

Openbare versie

Finnius advocaten B.V.
mr. GP. Roth
Huis Azië
Jollemanhof 20A
1019 GW AMSTERDAM

Datum	17 mei 2023
Ons kenmerk	[...]
Pagina	1 van 33
Telefoon	[...]
E-mail	[...]
Betreft	Beslissing op bezwaar Nyenburgh Holding B.V.

Geachte heer Roth,

Bij besluit van 14 december 2022 met kenmerk [...] heeft de Autoriteit Financiële Markten (**AFM**) aan Nyenburgh Holding B.V. (**NHBV**) een bestuurlijke boete van € 240.000,- opgelegd (**het Boetebesluit**). De boete is opgelegd wegens overtredingen in relatie tot de zogeheten transactierapportageverplichting. Het gaat om overtredingen van:

- artikel 26, eerste lid, van de Verordening (EU) nr. 600/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 betreffende markten in financiële instrumenten en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 (**MiFIR**) in de perioden van 31 mei 2018 tot en met 11 november 2019 en van 25 november 2020 tot en met 5 maart 2021; en
- artikel 1 van de Gedelegeerde verordening (EU) 2017/590 van de Commissie van 28 juli 2016 tot aanvulling van Verordening (EU) nr. 600/2014 van het Europees Parlement en de Raad met betrekking tot technische reguleringsnormen voor de melding van transacties aan de bevoegde autoriteit (**GV 2017/590**) in de periode van 24 september 2019 tot en met 1 november 2019.

Tegen het Boetebesluit heeft u namens NHBV bezwaar gemaakt. De AFM heeft besloten het Boetebesluit in stand te laten onder aanpassing en aanvulling van de motivering. In deze brief wordt uitgelegd hoe de AFM tot haar oordeel is gekomen.

Datum	14 december 2022
Ons kenmerk	[...]
Pagina	2 van 33

De beslissing op bezwaar is als volgt opgebouwd. In paragraaf I beschrijft de AFM de procedure. Paragraaf II bevat de relevante feiten en omstandigheden. In paragraaf III beschrijft de AFM kort de gronden van bezwaar, in paragraaf IV licht de AFM de achtergrond van het Boetebesluit toe, in paragraaf V geeft de AFM een beoordeling van de gronden van bezwaar en in paragraaf VI staat het besluit van de AFM. Paragraaf VII bevat de rechtsgangverwijzing en tot slot ziet paragraaf VIII op de publicatieplicht van het Boetebesluit nadat dit onherroepelijk is geworden.

I. Procedure

1. Met het Boetebesluit is een bestuurlijke boete als bedoeld in artikel 1:80 van de Wet op het financieel toezicht (**Wft**) van € 240.000,- opgelegd aan NHBV.
2. Bij brief van 20 januari 2023 heeft u namens NHBV pro forma bezwaar gemaakt tegen het Boetebesluit. Daarbij heeft u namens NHBV verzocht om een termijn van zes weken voor het indienen van de gronden van het bezwaar.
3. Bij brief van 24 januari 2023 met kenmerk [...] heeft de AFM de ontvangst van het bezwaar bevestigd en u een termijn van zes weken na afloop van de bezwaartermijn gegeven voor het indienen van de gronden van het bezwaar, onder opschorting van de beslistermijn. De AFM heeft u in deze brief ook gevraagd of NHBV gebruik wil maken van het recht om te worden gehoord.
4. Bij brief van 7 maart 2023 heeft u namens NHBV de gronden van het bezwaar ingediend (**het Bezwaarschrift**) en aangegeven dat NHBV gebruik wil maken van haar recht om te worden gehoord. De AFM heeft de ontvangst van de bezwaargronden bevestigd per e-mail van 9 maart 2023, waarbij de AFM heeft verzocht om verhinderdata voor de hoorzitting.
5. Bij brief van 14 maart 2023 heeft u namens NHBV aangegeven af te zien van het recht om te worden gehoord.
6. Op 11 april 2023 heeft de AFM een brief gestuurd met de mededeling dat zij niet binnen de wettelijke termijn zal kunnen beslissen en dat de AFM daarom gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om de beslissing op bezwaar te verdagen met zes weken op grond van artikel 7:10, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (**Awb**) tot en met 30 mei 2023.

Datum 14 december 2022
Ons kenmerk [...]
Pagina 3 van 33

II. Feiten en omstandigheden

7. Deze beslissing op bezwaar is gebaseerd op de feiten, zoals die zijn opgenomen in het onderzoeksrapport met kenmerk [...] (**het Onderzoeksrapport**), dat met het voornemen tot boeteoplegging van 4 mei 2022 (met kenmerk [...]) aan NHBV is verzonden en zoals die zijn opgenomen in het Boetebesluit. De feiten die zijn opgenomen in het Onderzoeksrapport en Boetebesluit moeten hier, voor zover zij niet reeds zijn herhaald, als herhaald en ingelast worden beschouwd.
8. Deze paragraaf is als volgt opgebouwd. Onder (a) wordt de transactierapportageverplichting onder MiFIR en de praktische uitvoering daarvan toegelicht. Onder (b) wordt de totstandkoming van een voor de transactierapportageverplichting essentieel 'XML-template' besproken. De communicatie van de AFM aan NHBV in relatie tot het transactierapportagesysteem wordt besproken onder (c) en de feiten en omstandigheden met betrekking tot de overtredingen waarvoor de boete is opgelegd, worden uiteengezet onder (d). Tot slot wordt onder (e) de toezichthistorie van NHBV besproken, voor zover relevant.

(a) Transactierapportageverplichting

9. Op grond van artikel 26, eerste lid, MiFIR zijn beleggingsondernemingen die transacties in financiële instrumenten verrichten verplicht om zo spoedig mogelijk en uiterlijk aan het einde van de volgende werkdag de volledige en nauwkeurige details van transacties te melden aan de bevoegde autoriteit (**de Transactierapportageverplichting**). Conform artikel 1 GV 2017/590 bevat een dergelijke transactiemelding alle details die zijn opgenomen in tabel 2 van bijlage I van GV 2017/590.
10. De Transactierapportageverplichting kent de praktische uitwerking dat die details door middel van één of meerdere bestanden (met de details van meerdere transacties in één bestand) worden verzonden aan een digitaal systeem, het Nordic Transaction Reporting System (**het NTRS**), wat door de AFM voor de ontvangst van transactierapportages wordt gebruikt.
11. De transactierapportage moet op grond van artikel 1 GV 2017/590 worden ingediend in een voorgeschreven XML-template overeenkomstig de ISO 20022-methodologie (**het Voorgeschreven XML-Template**) (zie (b) hieronder). Het NTRS kent een dusdanige werking dat het enkel transactierapportages kan inlezen die overeenkomstig het Voorgeschreven XML-Template zijn vormgegeven. Het NTRS beoordeelt of een ingediende rapportage (het bestand of 'file') voldoet aan dat template. In het geval dat een bestand niet is ingediend in het Voorgeschreven XML-Template, wordt dat bestand geweigerd. Het NTRS kan dan het bestand niet inzien en de daarin opgenomen transacties niet opnemen in het systeem. Als het bestand wel is ingediend in het Voorgeschreven XML-

Datum	14 december 2022
Ons kenmerk	[...]
Pagina	4 van 33

Template, controleert het NTRS of de details van de transacties die met het bestand worden gerapporteerd, overeenkomstig tabel 2 van bijlage bij GV 2017/590 zijn opgenomen.

- Om beleggingsondernemingen van eventuele fouten¹ in hun transactierapportages op de hoogte te brengen, verstuurt de AFM dagelijks door middel van feedbackbestanden een terugkoppeling. Hiermee kunnen beleggingsondernemingen vaststellen of het NTRS de ingediende bestanden en de daarin opgenomen transacties heeft verwerkt of dat het NTRS fouten heeft gedetecteerd en als gevolg daarvan individuele transacties of bestanden in z'n geheel heeft verworpen. Zo kan een beleggingsonderneming bepalen of er nog acties nodig zijn om de bestanden alsnog geschikt te maken voor verwerking door het NTRS en/of de details aan te passen van de transacties die nog niet geschikt zijn voor verwerking door het NTRS. Feedbackbestanden worden in reactie op elk ingediende rapportage verzonden, ook als de rapportage geen fouten bevat.

(b) Voorgescreven XML-Template

- Op 25 december 2015 heeft ESMA een consultatiedocument gepubliceerd over de Transactierapportageverplichting. In dit consultatiedocument is onder meer beschreven hoe er onder MiFIR² zal moeten worden gerapporteerd met het Voorgescreven XML-Template en dat dit template op dat moment een concept ('draft') betreft (**het Draft XML-Template**), wat ter beoordeling en goedkeuring aan ISO 20022-organen zal worden voorgelegd.³
- Op 18 mei 2017 heeft ISO het Draft XML-Template goedgekeurd en gepubliceerd op haar website met het *'Message Definition Report Part 1'*. ISO maakt gebruik van de Swift's MyStandards-website om het Draft XML-Template eveneens te publiceren, wat zij op 5 september 2017 heeft gedaan.
- Per 3 januari 2018 is het Draft XML-Template als het Voorgescreven XML-Template in gebruik genomen voor het indienen van transactierapportages onder MiFIR.

¹ Met fouten wordt het niet voldoen aan validatieregels bedoeld. Validatieregels behelzen de controle van het NTRS op ingediende rapportages, zowel op bestandsniveau als op het niveau van de gerapporteerde transacties, zoals in randnummer 11 beschreven.

² Voorafgaand aan de inwerkingtreding op 3 januari 2018, als opvolger van het transactierapportageregime uit MiFID I (Richtlijn 2004/39/EU), zoals geïmplementeerd in artikel 4:90e Wft (oud).

³ ESMA consultatiedocument: Guidelines on transaction reporting, reference data, order record keeping & clock synchronization (ESMA/2015/1909), p. 269.

Datum 14 december 2022
Ons kenmerk [...]
Pagina 5 van 33

16. Nadat ESMA het Draft XML-Template heeft omgezet in een definitieve versie van het Voorgescreven XML-Template (**het Definitieve XML-Template**), heeft ISO op 8 juni 2018 het Definitieve XML-Template goedgekeurd en gepubliceerd op haar website met het '*Message Definition Report - Part 2*'. Op 18 juni 2018 wordt het Definitieve XML-Template op de Swift's MyStandards-website gepubliceerd.
17. De ingebruikname van het Definitieve XML-Template stond gepland op 18 februari 2019. ESMA heeft de ingebruikname daarvan, als gevolg van Brexit, met een publicatie van 5 februari 2019 doorgeschoven naar het derde kwartaal van 2019.⁴ De datum van ingebruikname van het Definitieve XML-Template is uiteindelijk gesteld op 23 september 2019.⁵

(c) Communicatie AFM – NHBV

18. Op 17 februari 2016 heeft de AFM een rondetafelgesprek georganiseerd om verdere toelichting te geven op het in randnummer 13 genoemde consultatiedocument, waarbij werd uitgelegd dat ESMA de technische standaarden (als bedoeld in artikel 26, negende lid, MiFIR) zal opstellen en het Voorgescreven XML-Template zal ontwikkelen overeenkomstig de ISO 20022-methodologie. NHBV was daarbij aanwezig.
19. Op 24, 26 en 30 januari 2017 heeft de AFM een aantal seminars over de Transactierapportageverplichting gehouden, waarin de praktische uitvoering van die verplichting nader werd uitgelegd. In de presentatie werd gewezen op de benodigde technische documenten die via ESMA en de Swift's MyStandards-website van ISO konden worden verkregen voor het testen van het indienen van transactierapportages met het Voorgescreven XML-Template bij het NTRS. NHBV was bij dit seminar aanwezig op 24 januari 2017.
20. De AFM heeft een NTRS-testaccount aangemaakt voor NHBV. Vanaf 3 juli 2017 heeft NHBV toegang tot de testomgeving van het NTRS en vanaf 22 december 2017 toegang tot het productiesysteem⁶ van het NTRS.
21. Op 8 februari 2019 heeft de AFM marktpartijen, waaronder NHBV, per e-mail ervan op de hoogte gesteld dat de ingebruikname van het Definitieve XML-Template is uitgesteld tot het derde kwartaal van 2019. Per e-mail van 8 augustus 2019 heeft de AFM marktpartijen, waaronder NHBV, op de hoogte gebracht dat de testomgeving van het NTRS geschikt is gemaakt voor het Definitieve XML-Template en dat dit template vanaf 23 september 2019 moet worden gebruikt.

⁴ ESMA70-155-7026

⁵ <https://www.esma.europa.eu/data-reporting/mifir-reporting>

⁶ Marktpartijen krijgen toegang tot het productiesysteem van het NTRS nadat zij in het NTRS-systeem een aantal bestanden met fictieve transacties met goed gevolg hebben gerapporteerd. In het productiesysteem kunnen de door de instelling daadwerkelijk verrichte transacties worden gemeld.

Datum 14 december 2022
Ons kenmerk [...]
Pagina 6 van 33

22. Op 17 september 2019 stuurt de AFM opnieuw een e-mail naar, onder meer, NHBV met de mededeling dat het Voorgescreven XML-Template vanaf 23 september 2019 in gebruik moet worden genomen. In de e-mail staat ook dat ESMA heeft bepaald dat transacties die zijn uitgevoerd vanaf 20 september 2019 en op 23 september 2019 gerapporteerd moeten worden, moeten worden ingediend met het Definitieve XML-Template.

(d) Feiten met betrekking tot de overtredingen

23. NHBV is een beleggingsonderneming met een vergunning van de AFM, verkregen op 11 maart 2004.⁷ Op grond van haar vergunning mag zij handelen voor eigen rekening.⁸ NHBV heeft een rapportagesysteem laten bouwen door een derde partij om te voldoen aan de Transactierapportageverplichting (**het NHBV-rapportagesysteem**). [Partij A] heeft dat systeem voor NHBV gebouwd en voert het technisch beheer uit van het NHBV-rapportagesysteem. Daarnaast heeft NHBV een controlesysteem voor het identificeren van fouten in de transactierapportages die zij indient.
24. Op 24 oktober 2019 stuurt de AFM NHBV een e-mail met een verzoek om informatie naar aanleiding van een onderzoek door de AFM naar de Transactierapportageverplichting. Uit het onderzoek van de AFM is naar voren gekomen dat er voor een aantal handelsdagen geen transacties zijn gevonden in het NTRS (zogenoeten '**Gaps**'). Dit betreft, voor zover hier relevant, de volgende 11 handelsdagen:

1.	29 mei 2018	7.	19 november 2018
2.	28 september 2018	8.	3 december 2018
3.	3 oktober 2018	9.	19 december 2018
4.	5 oktober 2018	10.	25 februari 2019
5.	7 november 2018	11.	1 maart 2019
6.	16 november 2018		

25. De AFM vraagt NHBV dit te controleren en indien er in deze periode toch gehandeld is door NHBV, de ontbrekende transacties zo snel mogelijk bij de AFM te melden.
26. In aanvulling op de e-mail van 24 oktober 2019 stuurt de AFM op 1 november 2019 een e-mail waarin de AFM aangeeft dat uit het onderzoek tevens is gebleken dat de AFM in het NTRS vanaf 23 september 2019 tot en met 22 oktober 2019 geen transacties meer heeft ontvangen van NHBV. De aantallen transacties voor de handelsdagen 23 en 24 oktober 2019 waren bovendien aanzienlijk lager dan het

⁷ Als bedoeld in artikel 2:96, eerste lid, Wft.

⁸ Zoals gedefinieerd in onderdeel a van de definitie van verrichten van beleggingsactiviteiten in artikel 1:1 Wft.

Datum 14 december 2022
Ons kenmerk [...]
Pagina 7 van 33

dagelijks gemiddelde van de door NHBV uitgevoerde transacties. NHBV wordt gevraagd of ze dit kunnen verklaren.

27. Op 1 november 2019 meldt NHBV alsnog de ontbrekende transacties welke zijn uitgevoerd op 20 september 2019 tot en met 24 oktober 2019 (de transacties uit voorgaand randnummer) door middel van het Definitieve XML-Template in het NTRS.
28. Op 6 november 2019 belt NHBV de AFM naar aanleiding van de e-mails van de AFM van 24 oktober 2019 en 1 november 2019. NHBV is op basis van de bevindingen van de AFM een intern onderzoek gestart.
29. Op 7, 8 en 11 november 2019 meldt NHBV alsnog de Gaps met betrekking tot de nog niet eerder gerapporteerde handelsdagen, waarbij het gaat om 101.501 alsnog gerapporteerde transacties (zie randnummer 24).
30. Op 14 november 2019 ontvangt de AFM per e-mail een brief van NHBV, waarin de uitkomsten worden medegedeeld van het intern onderzoek dat NHBV heeft gedaan naar aanleiding van de informatieverzoeken van de AFM (randnummer 24 en 25). Over de Gaps geeft NHBV aan dat de (juiste) brondata ontbrak wat een storing veroorzaakte in het NHBV-rapportagesysteem. Hierdoor werden de bestanden niet naar de AFM verstuurd. Voorts geeft NHBV aan dat het ontbreken van transacties die zijn verricht in de periode 20 september 2019 tot en met 24 oktober 2019 samenhangt met de overgang naar het Definitieve XML-Template. Zij verklaart dat noodzakelijke aanpassingen door [Partij A] middels een automatische software-update aan het NHBV-rapportagesysteem zijn doorgevoerd. Deze automatische software-update heeft echter niet gewerkt, waardoor de transactierapportages na 23 september 2019 nog steeds in het Draft XML-Template zijn ingediend in het NTRS. Het controlesysteem van NHBV heeft dit niet opgemerkt omdat de oude versie van het NHBV-rapportagesysteem “*het nieuwe feedback formaat niet juist*”⁹ kon interpreteren. NHBV heeft een analyse gemaakt van de tekortkomingen en geeft aan mitigerende maatregelen te hebben genomen om herhaling te voorkomen. Daaronder is begrepen:

*“Ieder dag controleert een aparte applicatie of er feedback files zijn ontvangen van het rapportage portal. Indien dit niet het geval is, verstuurt de applicatie een error alert e-mail naar het management van Nyenburgh.”*¹⁰

31. Op 16 november 2019 controleert de AFM in het NTRS de rapportage van NHBV en constateert dat NHBV op 1 november 2019 alsnog 240.799 transacties, die eerder in het onjuiste XML-Template waren ingediend, alsnog in het Voorgeschreven XML-Template heeft gemeld aan de AFM. Daarnaast

⁹ Brief van NHBV van 14 november 2019, p. 2.

¹⁰ Brief NHBV 14 november 2019, p. 3.

Datum	14 december 2022
Ons kenmerk	[...]
Pagina	8 van 33

constateert de AFM dat NHBV op de dagen 7, 8 en 11 november 2019 tevens 101.501 nog niet eerder gemelde transacties heeft gerapporteerd. Dit betreft de Gaps op de hiervoor in randnummer 24 genoemde 11 handelsdagen.

32. Op 5 maart 2021 ontvangt de AFM per e-mail van NHBV een melding van een incident met betrekking tot het niet tijdig melden van gegevens over door NHBV verrichte transacties. Uit de e-mail blijkt dat de door NHBV op 23 november 2020 verrichte transacties nog niet zijn gerapporteerd aan de AFM. Dit kwam volgens NHBV aan het licht door een vergelijkbaar incident op 4 maart 2021, welke door [Partij A] in opdracht van NHBV tijdig is hersteld. [Partij A] heeft de oorzaak van het incident onderzocht – het NHBV-rapportagesysteem herkende een correctie van een onjuist ingevuld transactieveld niet en genereerde vervolgens geen bestand dat kon worden verstuurd naar de AFM – waarna [Partij A] een aanpassing in het systeem heeft doorgevoerd om herhaling van dit incident in de toekomst te voorkomen. NHBV geeft verder aan dat de op 23 november 2020 verrichte transacties op 5 maart 2021 alsnog worden gerapporteerd aan de AFM.
33. Op 6 maart 2021 controleert de AFM in het NTRS bovenstaande rapportage van NHBV en constateert dat NHBV op 5 maart 2021 alsnog 9.624 nog niet eerder gemelde transacties heeft gerapporteerd.
34. Op 12 maart 2021 stuurt NHBV per e-mail een antwoord op het verzoek van de AFM van 10 maart 2021 om verdere aanvulling van bovenstaande melding van het incident. NHBV geeft aan dat ten tijde van het incident de terugkoppeling uit het NHBV-rapportagesysteem niet zodanig overzichtelijk was, waardoor er op dat moment geen corrigerende actie is ondernomen door NHBV. In december 2020 zijn door [Partij A] verbeteringen doorgevoerd aan het NHBV-rapportagesysteem waardoor een identiek incident op 4 maart 2021 wel is herkend.

Datum 14 december 2022
Ons kenmerk [...]
Pagina 9 van 33

(e) Toezichthistorie

35. Bij brief van 12 december 2017 met kenmerk [...] heeft de AFM NHBV een waarschuwing gegeven wegens overtredingen van de voorloper van de Transactierapportageverplichting in artikel 4:90e, derde lid, Wft (oud).¹¹ NHBV heeft in de periode vanaf 1 juni 2017 tot en met 12 oktober 2017 tweemaal nagelaten een deel van de door haar verrichte transacties tijdig te melden of foutieve meldingen tijdig te herstellen. De eerste overtreding betrof het niet melden van alle transacties die op 29 augustus 2017 waren verricht door NHBV. De tweede overtreding betrof transacties die in de periode 1 juni 2017 tot en met 12 oktober 2017 door het rapportagesysteem van de AFM werden afgekeurd vanwege een onjuiste invulling van de beurscode (van ICE Europe) en welke vervolgens niet tijdig door NHBV werden hersteld. In totaal zijn 16.760 transacties te laat gemeld aan de AFM. De AFM heeft in de brief aangegeven te verwachten dat NHBV nagaat of vergelijkbare overtredingen zich voordoen dan wel hebben voorgedaan en daar indien nodig gepaste actie op onderneemt. Daarnaast heeft de AFM benadrukt dat zij ervan uitgaat dat NHBV maatregelen treft om toekomstige overtredingen te voorkomen.
36. [...]
37. [...]
38. [...]

III. Bezwaar

39. Samengevat en zakelijk weergegeven bevat het Bezwaarschrift de volgende gronden, waarbij een andere indeling is gehanteerd dan in het Bezwaarschrift:
- A.** Duur van de overtredingen is onjuist vastgesteld
 - B.** Boeteoplegging is niet opportuun en niet evenredig
 - C.** Boetebedrag is te hoog

IV. Achtergrond van het Boetebesluit

40. Alvorens in te gaan op de bezwaargronden van NHBV, zal de AFM toelichten waarom zij het Boetebesluit heeft genomen.

¹¹ Per 3 januari 2018 is de transactierapportageverplichting neergelegd in artikel 26, eerste lid, van MiFIR.

Datum 14 december 2022
Ons kenmerk [...]
Pagina 10 van 33

Belang Transactierapportageverplichting

41. De AFM is belast met het toezicht op marktmisbruik.¹² Dat toezicht is onuitvoerbaar zonder de beschikking te hebben over actuele, juiste en volledige gegevens over verrichte transacties. Daartoe dient de Transactierapportageverplichting, waarop de AFM eveneens toezicht houdt.¹³ Transactierapportages stellen de AFM in staat om potentiële gevallen van marktmisbruik op te sporen en te onderzoeken, om toezicht te houden op het eerlijk en ordelijk functioneren van de markten en om toezicht te houden op de activiteiten van beleggingsondernemingen.¹⁴ Transactiemeldingen zijn daarmee een essentieel hulpmiddel voor het markttoezicht van de AFM.¹⁵
42. Gegeven de snelheid waarmee ontwikkelingen zich kunnen opvolgen op de financiële markten, verplicht de Transactierapportageverplichting beleggingsondernemingen, waaronder NHBV, zo *spoedig mogelijk* en uiterlijk aan het einde van de volgende werkdag de volledige en nauwkeurige details van transacties in financiële instrumenten aan de AFM te melden. Het niet tijdig indienen van transactierapportages frustrereert daardoor het toezicht van de AFM en dat van ESMA, waaraan transactierapportages worden doorgezonden.¹⁶ Het vertrouwen in het toezicht door de AFM en door ESMA op de financiële markten, en daarmee in het functioneren van die markten, kan daardoor worden geschaad.
43. Om te zorgen voor een doeltreffende analyse van gegevens door bevoegde autoriteiten, worden in artikel 1 GV 2017/590 nadere eisen gesteld aan de wijze waarop de transactiemelding dient te geschieden.¹⁷ Alle op te nemen details dienen bij de AFM te worden gemeld overeenkomstig het Voorgescreven XML-Template. Beleggingsondernemingen die transacties rapporteren, ontvangen ten aanzien van elke ingediende rapportage een feedbackbestand. Uit dat feedbackbestand blijkt of de rapportage op zichzelf is geaccepteerd door het NTRS voor verwerking en of de in de rapportage opgenomen transacties geaccepteerd zijn voor verwerking. Het gaat derhalve om een validatie op twee niveaus: rapportage als geheel en de transacties daarin. Het niet accepteren van een rapportage als geheel, heeft tot gevolg dat het NTRS die rapportage niet kan verwerken. Het niet gebruiken van het Voorgescreven XML-Template leidt er in die zin toe dat de gehele rapportage onbruikbaar is voor verwerking in het NTRS. Dit frustrereert het toezicht van de AFM en ESMA op eenzelfde wijze als dat een niet tijdige rapportage dat doet: de te rapporteren transacties zijn ten onrechte niet beschikbaar voor het toezicht.

¹² Zie artikel 2, eerste lid, onder l, van het Besluit uitvoering EU-verordeningen financiële markten.

¹³ Zie artikel 2, eerste lid, aanhef en onder m, van het Besluit uitvoering EU-verordeningen financiële markten.

¹⁴ Zie overwegingen 32 en 34 MiFIR.

¹⁵ Zie overweging 16 GV 2017/590.

¹⁶ Zie artikel 26, eerste lid, MiFIR.

¹⁷ Overweging 1 GV 2017/590.

Overtredingen door NHBV

44. NHBV heeft zowel de Transactierapportageverplichting geschonden als de verplichting het Voorgeschreven XML-Template te gebruiken. Naar het oordeel van de AFM, ook na heroverweging, heeft zij dat in ernstige mate gedaan. In paragraaf V.A hieronder wordt uiteengezet op welke wijze de AFM de duur van de overtredingen van de Transactierapportageverplichting heeft vastgesteld. Op eenzelfde wijze stelt de AFM de duur vast van de overtredingen van de verplichting het Voorgeschreven XML-Template te gebruiken. Ten aanzien van beide soort overtredingen, geldt het volgende:

	Overtreding	Aanvang (dag na uiterlijke dag van melding)	Eind (datum alsnog gemeld)	Duur	Aantal handelsdagen aantal transacties
1.	Artikel 26, eerste lid, MiFIR	31 mei 2018	11 november 2019	Ruim 17 maanden	11 handelsdagen 101.501 transacties
2.	Artikel 1 GV 2017/590	24 september 2019	1 november 2019	Ruim 1 maand	25 handelsdagen 240.799 transacties
3.	Artikel 26, eerste lid, MiFIR	25 november 2020	5 maart 2021	Ruim 3 maanden	1 handelsdag 9.624 transacties

45. In totaal gaat het derhalve om 37 handelsdagen ten aanzien waarvan 351.924 transacties niet tijdig in het NTRS konden worden verwerkt, doordat zij ofwel in het geheel niet (tijdig) waren gerapporteerd ofwel niet tijdig in het Voorgeschreven XML-Template waren gerapporteerd. De overtredingen hebben voorts van ruim een maand tot bijna anderhalf jaar voortgeduurd. De AFM is, ook na heroverweging, van oordeel dat dit een omvangrijke, langdurige en daarmee grove schending betreft van zowel artikel 26, eerste lid, MiFIR als van artikel 1 GV 2017/590. Door die schending was het voor de AFM immers niet mogelijk om na te gaan of bij de ruim 350.000 verrichtte transacties eerlijk, billijk, professioneel en integer is gehandeld door marktpartijen. Doordat het toezicht op marktmisbruik is belemmerd, kan het vertrouwen in het toezicht door de AFM en ESMA op de financiële markten, en daarmee in het functioneren van die markten, worden geschaad.

Redenen tot boeteoplegging

46. De in voorgaand randnummer benoemde grove schending door NHBV geeft niet alleen voldoende reden tot boeteoplegging, maar noopt zelfs daartoe. De AFM heeft NHBV eerder uitdrukkelijk gewezen op het belang van naleving van de Transactierapportageverplichting. In de periode van 1 juni 2017 tot en met 5 oktober 2017 heeft NHBV de Transactierapportageverplichting (onder het oude regime van artikel 4:90e Wft) overtreden ten aanzien van 16.760 niet tijdig gerapporteerde transacties. De AFM

Datum	14 december 2022
Ons kenmerk	[...]
Pagina	12 van 33

heeft NHBV ten aanzien van die overtredingen op 12 december 2017 gewaarschuwd. Het doel van die waarschuwing is geweest herhaling van overtreding van de Transactierapportageverplichting door NHBV te voorkomen. De grove schending die sindsdien nog door NHBV is begaan, laat zien dat die waarschuwing niet het gewenste effect heeft bereikt. Dat effect probeert de AFM daarom met het Boetebesluit en de instandhouding daarvan, onder aanvulling en aanpassing van de motivering, alsnog te bereiken met leedtoevoeging. Die leedtoevoeging dient ter generale en speciale preventie en is noodzakelijk gebleken, nu waarschuwen niet effectief is bij NHBV.

47. Bij de beslissing over te gaan tot boeteoplegging, speelt voorts mee dat NHBV de **Overtredingen 1 en 2** (als hierboven in de tabel bij randnummer 44 benoemd) eerst pas heeft ontdekt, nadat de AFM NHBV had gewezen op het (nagenoeg) volledig uitblijven van transactierapportages ten aanzien van de betrokken handelsdagen. Dit rekent de AFM NHBV zwaar aan. Daartoe is van belang dat de AFM naar aanleiding van *elke* ingediende rapportage een feedbackbestand toestuurt naar de indiener. Indien NHBV op een handelsdag transacties verricht en een rapportage indient bij de AFM, ontvangt zij dus een feedbackbestand. Een feedbackbestand blijft alleen uit in het geval geen transactierapportage is ingediend. Aan de hand van het uitblijven van een feedbackbestand, ten aanzien van een handelsdag waarop NHBV wel transactie heeft verricht, kan derhalve uiterst eenvoudig worden afgeleid dat in het geheel geen transactierapportage is ingediend. Daarop kan vervolgens direct actie worden genomen, om alsnog (op de juiste wijze) een transactierapportage in te dienen. Gelet op de genoemde eenvoud, waarmee aan de hand van feedbackbestanden fouten of omissies in rapportages tijdig kunnen worden ontdekt om die vervolgens te herstellen, rekent de AFM het NHBV zwaar aan dat zij pas na bijna 17 maanden (in het uiterste geval) op de hoogte komt van die overtredingen. Dit had zij eenvoudig zelf veel eerder kunnen vaststellen, uiterlijk de dag na de dag waarop zij transacties dient te rapporteren. In die zin heeft NHBV, naar het oordeel van de AFM, het minimale verzuimd te doen in relatie tot de naleving van de Transactierapportageverplichting en van de verplichting het Voorgescreven XML-Template te gebruiken: het adequaat monitoren en opvolgen van feedbackbestanden. De AFM ziet hierin een grove onachtzaamheid van NHBV in de naleving van genoemde verplichtingen. De achterliggende oorzaken van het niet hebben ingediend van transactierapportages, kort gezegd een systeemfout in relatie tot onjuiste brondata en een niet succesvolle systeemupdate (zie randnummer 30 hierboven), doen hieraan geen afbreuk.
48. Eenzelfde verzuim speelt een rol bij de ontdekking van **Overtreding 3** (als hierboven in de tabel bij randnummer 44 benoemd). Die overtreding is weliswaar door NHBV zelf ontdekt en uit eigen beweging bij de AFM gemeld, maar wel pas na verloop van drie maanden. Ook hier had de vaststelling van het ontbreken van een feedbackbestand door NHBV veel sneller tot actie moeten leiden, waarbij ook hier geldt dat de achterliggende oorzaak van het uitblijven van een transactierapportage (kort gezegd een systeemfout in relatie tot het herstel van een onjuiste brokercode, zie randnummer 32 hierboven) hieraan geen afbreuk doet. NHBV heeft verzuimd tot adequate actie over te gaan.

Datum 14 december 2022
Ons kenmerk [...]
Pagina 13 van 33

49. In het licht van de in voorgaande randnummers 47 en 48 beschreven verzuimen, vraagt de AFM zich af of de mitigerende maatregelen die NHBV in november 2019 stelt te hebben genomen (zie hierboven randnummer 30), wel consistent worden uitgevoerd. De kern is hierbij voor de AFM dat er ten aanzien van Overtredingen 1, 2 en 3 door NHBV niet adequaat en tijdig wordt gemonitord op de feedbackbestanden van de AFM, althans dat bij het uitblijven daarvan geen of onvoldoende adequate actie wordt ondernomen om alsnog en in de toekomst tijdig transacties te rapporteren. De gestelde mitigerende maatregelen, waaronder het op de hoogte stellen van het management van het uitblijven van feedbackbestanden, hadden ten aanzien van Overtreding 3 effect moeten sorteren. Helaas is dat effect uitgebleven, althans onvoldoende gebleken. Daarmee is de AFM van oordeel dat de beschreven onachtzaamheid in ieder geval tot het staken van Overtreding 3 bij NHBV aanwezig is geweest, ondanks de waarschuwing en ondanks de gestelde mitigerende maatregelen in november 2019. In dat verband is opvallend dat NHBV kennelijk pas in april 2021 een medewerker heeft aangesteld die feedbackbestanden monitort en eventueel opvolgt.¹⁸ Die monitoring en opvolging hadden van meet af aan moeten plaatsvinden. Ook daarom is de AFM van oordeel, ook na heroverweging, dat boeteoplegging passend en geboden is.
50. Gelet op voorgaand randnummer, is de AFM ook na heroverweging van oordeel dat boeteoplegging geschikt en noodzakelijk is om het doel van leedtoevoeging ter generale en bestendige, speciale, preventie te bereiken. Voorts is de AFM van oordeel dat de belangen van NHBV bij het uitblijven van boeteoplegging niet opwegen tegen het doel van preventie bij die boeteoplegging. De toezichthistorie, waaronder de waarschuwing en de gestelde, maar onvoldoende effectief gebleken, mitigerende maatregelen en het bij herhaling overtreden van de Transactierapportageverplichting in relatie tot de genoemde verzuimen, noopt tot boeteoplegging. Andere maatregelen sorteren immers onvoldoende effect en de substantiële financiële last voor NHBV die met de boeteoplegging gepaard gaat, maakt deze afweging niet anders: die last betreft juist gebleken noodzaak om tot bestendige normconformiteit te komen. De boeteoplegging is daarom naar het oordeel van de AFM, ook na heroverweging, evenredig en opportuun.

Boetehoogte

51. De AFM voert een boetetoemettingsbeleid teneinde de boetehoogte in een concreet geval vast te stellen aan de hand van het basisbedrag. Dat basisbedrag betreft € 500.000,- voor zowel overtreding van artikel 26, eerste lid, MiFIR als voor overtreding van artikel 1 GV 2017/590.¹⁹ Het huidige

¹⁸ Zie de zienswijze van NHBV van 23 juni 2022, paragraaf 1.18 en Bezwaarschrift, p. 11.

¹⁹ Op grond van artikel 1:81, eerste lid, Wft bepaalt artikel 5, eerste lid, van het Besluit uitvoering EU-verordeningen financiële markten in samenhang met de bijlage dat overtreding van artikel 26, eerste lid, MiFIR en overtreding van artikel 1 GV 2017/590 beboetbaar is met categorie 2. Op grond van artikel 1:81, tweede lid, Wft kent categorie 2 een basisboetebedrag van € 500.000,-.

Datum 14 december 2022
Ons kenmerk [...]
Pagina 14 van 33

boetetoemingsbeleid (**Boetetoemingsbeleid AFM 2021**)²⁰ is in werking getreden op 1 juli 2021. Artikel 6.3 Boetetoemingsbeleid AFM 2021 bepaalt dat het oude boetetoemingsbeleid²¹ van toepassing is op overtredingen die zijn aangevangen voorafgaand aan 1 juli 2017 indien dat gunstiger is voor de overtreder. In onderhavig geval is dat oude boetetoemingsbeleid gunstiger voor NHBV. Dat oude beleid geeft een reductie op het basisbedrag van 40% in stap 4 daarvan,²² terwijl het huidige beleid geen reductie zou inhouden.²³

52. Het oude boetetoemingsbeleid kent in stappen 1 en 2 de mogelijkheid het basisbedrag te verhogen of te verlagen op grond van de ernst en duur van de overtreding en de verwijtbaarheid. Naar het oordeel van de AFM is er, ook na heroverweging, ten aanzien van die stappen geen sprake van omstandigheden die aanleiding zouden geven tot die verhoging of verlaging. De AFM licht dit toe aan de hand van de omstandigheden als bedoeld in artikel 1b, aanhef en *onderdelen a tot en met f*, van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (**Bbbfs**).
53. Ten aanzien van de ernst en duur van de overtredingen (*onderdeel a*) is de AFM van oordeel dat sprake is van een omvangrijke en relatief langdurige schending die geen reden geeft tot verlaging van het boetebedrag. NHBV heeft in drie verschillende periodes ruim 350.000 transacties niet tijdig dan wel op onjuiste wijze aan de AFM gemeld en het toezicht van de AFM en ESMA daarmee belemmerd. De periodes waarna de transacties alsnog (met het Voorgeschreven XML-Template) zijn gemeld, al dan niet nadat de AFM NHBV op de tekortkoming had gewezen, variëren van vijf weken tot bijna anderhalf jaar. Daarin ziet de AFM geen reden tot verlaging, maar ook niet tot verhoging.
54. Ook het met de overtredingen behaalde voordeel geeft geen aanleiding tot verhoging of verlaging van het boetebedrag (*onderdeel b*). Hier benadrukt de AFM, na heroverweging, dat de in het Boetebesluit gestelde irrelevantie van het behaalde voordeel²⁴ niet met zich brengt dat er met de overtredingen geen voordeel zou zijn behaald. Dat voordeel is er naar het oordeel van de AFM wel degelijk. NHBV heeft zowel in haar zienswijze in reactie op het boetevoornemen als in het Bezwaarschrift een zestal maatregelen opgesomd die zij heeft getroffen om de naleving van de Transactierapportageverplichting te bevorderen (zie randnummer 81 hieronder). Dit betreffen ook maatregelen die evident een geldelijke investering vergen (zoals het aantrekken van een nieuwe compliance officer en een extra IT-medewerker) die NHBV eerder niet heeft gedaan. Zij heeft aldus nalevingskosten bespaard, die de AFM

²⁰ *Stcrt.* 2021, 29600.

²¹ Te downloaden via https://www.afm.nl/~/_profmedia/files/afm/2017/boetetoemingsbeleid-2015.pdf

²² Gelet op een eigen vermogen van NHBV van ruim € 25,9 miljoen of van ruim € 15,5 miljoen (zie randnummer **XX** hieronder).

²³ Gelet op een balanstotaal van NHBV van ruim € 53,8 miljoen.

²⁴ Zie Boetebesluit, p. 12.

Datum 14 december 2022
Ons kenmerk [...]
Pagina 15 van 33

ziet als voordeel dat met de overtredingen is behaald. Gelet op hierop, ziet de AFM in het uitblijven van anderszins met de overtredingen behaald voordeel geen aanleiding tot matiging.

55. Door de overtredingen van de Transactierapportageverplichting en door het Voorgeschreven XML-Template niet te gebruiken, zijn de door NHBV te rapporteren transacties niet tijdig in het NTRS verwerkt en konden deze transacties niet worden ingezien door de AFM of ESMA. De AFM en ESMA zijn hierdoor in verschillende periodes aanzienlijk belemmerd in hun toezicht op marktmisbruik, marktmonitoring en de mogelijke inzet van interventiebevoegdheden.²⁵ Hierdoor valt niet uit te sluiten dat het vertrouwen in de markt en in het toezicht door de AFM en ESMA is geschaad en kan schade zijn toegebracht aan de werking van de financiële markten of aan de economie in bredere zin (*onderdeel c*). De exacte gevolgen daarvan zijn onduidelijk, evenzo de exacte gevolgen voor het financieel stelsel (*onderdeel d*) onduidelijk zijn. Beide onderdelen geven voor de AFM daarom geen reden tot verhoging van het basisbedrag en evenmin reden tot verlaging daarvan.
56. Ook de verwijtbaarheid van NHBV geeft voor de AFM geen aanleiding tot verhoging of verlaging van het basisbedrag over te gaan. Uit vaste jurisprudentie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven volgt dat het aan een professionele marktpartij is om op de hoogte te zijn van de van toepassing zijnde wet- en regelgeving en die na te leven.²⁶ Verwijtbaarheid is in die zin het uitgangspunt. In het geval van NHBV komt daar nog bij zij door de AFM is gewaarschuwd, waardoor NHBV zich ervan heeft moeten doordringen dat zij maatregelen diende te nemen om de Transactierapportageverplichting blijvend na te leven.²⁷ Zij heeft dat echter verzuimd. Voorts geldt ten aanzien van de tijdige ingebruikname van het Definitieve XML-Template dat de AFM NHBV herhaaldelijk van die verplichting op de hoogte heeft gesteld (zie randnummers 21 en 22). De keuze van NHBV om die ingebruikname bij [Partij A] te beleggen, komt voor haar rekening en risico en doet derhalve niet af aan de verwijtbaarheid. Zeker nu NHBV de Transactierapportageverplichting eerder heeft overtreden en NHBV op het belang van nakoming is geweest, ziet de AFM geen reden tot verlaging over te gaan op grond van verwijtbaarheid (*onderdelen e en f*).
57. Gelet op voorgaande randnummers 52 tot en met 56 geven stappen 1 en 2 van het oude boetetoemingsbeleid van de AFM geen aanleiding tot verhoging of verlaging. Stap 3, recidive, geeft dat evenmin, nu er geen sprake is van een herhaalde boeteoplegging ten aanzien van eenzelfde overtreding. Stap 4, de objectieve draagkracht, geeft wel aanleiding voor verlaging van het basisbedrag. Zoals in randnummer 51 hierboven is aangegeven, is een reductie van 40% aan de orde, wat resulteert

²⁵ Zie overweging 51 van Verordening (EU) 2019/2175 van het Europees Parlement en de Raad van 18 december 2019.

²⁶ Zie bijvoorbeeld CbB 21 december 2017, ECLI:NL:CBB:2017:409, r.o. 7.3 en CbB 6 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:243, r.o. 4.3.

²⁷ Zie CbB 6 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:243, r.o. 3.4.

Datum	14 december 2022
Ons kenmerk	[...]
Pagina	16 van 33

in een bedrag van € 300.000,-. Stap 5, behaald voordeel als ondergrens, geeft voorts geen aanleiding tot aanpassing van het bedrag van € 300.000,-.

58. Stap 6, de passendheidstoets, geeft wel aanleiding tot verdere verlaging van het basisbedrag, ook na heroverweging. De AFM licht dit toe aan de hand van de omstandigheden als bedoeld in artikel 1b, aanhef en *onderdelen g en h*, Bbbfs. Het gaat daarbij om de mate waarin NHBV heeft meegewerkt bij het onderzoek van de AFM en de maatregelen die zij ter voorkoming van herhaling van de overtredingen heeft genomen. Beide omstandigheden tezamen geven voor de AFM aanleiding het basisbedrag verder te verlagen met 20% tot € 240.000,-. Hierbij acht de AFM van belang dat NHBV zich, nadat de AFM haar op de Overtredingen 1 en 2 had gewezen, constructief heeft opgesteld. Zij heeft Overtreding 2 nog op dezelfde dag beëindigd en binnen twee en een halve week Overtreding 1 beëindigd (die een aanzienlijk langere periode besloeg). Voorts heeft NHBV maatregelen ter voorkoming van herhaling genomen die de AFM in dit kader meeweegt (zie randnummer 30 hierboven en randnummer 81 hieronder), ondanks dat de effectiviteit van die maatregelen niet in alle gevallen zaligmakend is gebleken (zie randnummer 49 hierboven). Tot slot heeft NHBV Overtreding 3 uit eigen beweging bij de AFM gemeld.
59. De geïndividualiseerde of subjectieve draagkracht van NHBV (stap 7 van het oude boetetoemingsbeleid van de AFM) geeft voor de AFM, ook na heroverweging, geen aanleiding tot verdere matiging. Hieronder in paragraaf V.C wordt dit nader toegelicht.
60. Ook na heroverweging stelt de AFM de boetehoogte vast op € 240.000,-. Hieronder zal de AFM ingaan op de bezwaargronden.

V. **Beoordeling van de bezwaargronden A tot en met C**

A. **Duur overtredingen**

61. Hetgeen hieronder is weergegeven onder randnummers 62 tot en met 64 betreft een (verkorte) weergave van het standpunt van NHBV en niet dat van de AFM.
62. De AFM baseert het Boetebesluit op de duur van de overtredingen die daarin zijn beschreven. Die duur is te lang. Met betrekking tot de hierboven in randnummer 24 genoemde Gaps, stelt de AFM de duur van de overtreding vast op ruim 16 maanden (namelijk van 31 mei 2018 tot en met 11 november 2019). In werkelijkheid gaat het echter slechts om 11 handelsdagen, waarover NHBV transacties niet tijdig heeft gemeld. Met betrekking tot de niet tijdig aan de AFM gemelde transacties als genoemd in randnummer 32 hierboven, gaat de AFM voorts uit van een duur van de overtreding van ruim drie maanden. Daarbij ging het echter slechts om één handelsdag, waarover NHBV niet tijdig transacties heeft gemeld.

Datum 14 december 2022
Ons kenmerk [...]
Pagina 17 van 33

63. De AFM sluit voor de vaststelling van de duur van de overtredingen aan bij de datum waarop de transacties alsnog zijn gemeld. Die wijze van vaststelling is onjuist. De normstelling van artikel 26, eerste lid, MiFIR kent immers een duidelijk tijdselement waarbinnen transacties moeten worden gemeld. Na afloop van dat tijdselement kan daarom niet alsnog aan de norm worden voldaan. Het niet tijdig melden van een transactie betreft daarom een aflopende overtreding. Het gaat niet om een doorlopende overtreding, die pas ten einde zou komen op het moment dat de transacties alsnog zijn gemeld. Daar gaat de AFM ten onrechte wel vanuit.
64. Er is daarom sprake van een kortere duur van de overtredingen dan waar de AFM in het Boetebesluit vanuit gaat. De boeteoplegging is daarom niet opportuun, onzorgvuldig en niet evenredig.

[Reactie AFM](#)

65. De AFM merkt allereerst op dat NHBV de haar in het Boetebesluit verweten overtredingen niet betwist. Wel betwist zij de duur van de overtredingen van artikel 26, eerste lid, MiFIR, zoals de AFM die heeft vastgesteld. Ook na heroverweging stelt de AFM de duur van die overtredingen als volgt vast:
- Handelsdagen genoemd in randnummer 24 hierboven: van 31 mei 2018 tot en met 11 november 2019
 - Handeldag genoemd in randnummer 32 hierboven: van 25 november 2020 tot en met 5 maart 2021
66. De AFM hanteert hierbij de rechtsregel dat een overtreding van een meldplicht net zolang voortduurt als dat de te melden informatie niet is gemeld.²⁸ De ratio daarvan is dat een meldplicht is gericht op het verkrijgen van informatie door de persoon aan wie moet worden gemeld, en dat zolang die persoon niet door vervulling van de meldplicht over die informatie komt te beschikken, er sprake is van een omissie en dus van een overtreding.²⁹
67. Uit de delictsomschrijving volgt dat de overtreding van de Transactierapportageverplichting aanvangt op het moment dat de termijn waarbinnen gemeld moet worden, is verstreken. Voorts volgt uit voorgaand randnummer dat die overtreding eerst afloopt op het moment waarop de met de overtreding ontstane omissie is tenietgedaan, zijnde het moment waarop de transacties alsnog (op juiste wijze) worden gemeld.

²⁸ Zie CRvB 28 november 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4614, r.o. 7.3 en Rb. Rotterdam 19 januari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV2271, r.o. 2.7.3.

²⁹ Zie HR 7 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH1911, r.o. 8.

Datum 14 december 2022
Ons kenmerk [...]
Pagina 18 van 33

68. De AFM heeft de duur van de overtredingen in het Boetebesluit juist vastgesteld. Van strijd met het opportuniteits-, zorgvuldigheids- of evenredigheidsbeginsel is geen sprake. Heroverweging leidt niet tot een ander oordeel. Deze grond treft geen doel.

B. Opportuniteit en evenredigheid boeteoplegging

69. Hetgeen hieronder is weergegeven onder randnummers 70 tot en met 83 betreft een (verkorte) weergave van het standpunt van NHBV en niet dat van de AFM. NHBV benoemt in de kern verschillende redenen waarom de boeteoplegging op zichzelf niet opportuun en niet evenredig is en dat de AFM daarom van boeteoplegging had moeten afzien. Hieronder worden die redenen weergegeven, met uitzondering van de door NHBV gestelde onjuiste vaststelling van de duur van de overtredingen. Die vaststelling is hierboven onder paragraaf V.A besproken.

1. Aanleiding Boetebesluit [...]

70. De boeteoplegging is onbegrijpelijk en wekt grote verbazing in relatie tot het tijdsverloop van de verschillende onderzoeken die de AFM naar NHBV heeft gedaan.
71. De AFM is eerst op 24 oktober 2019 een onderzoek gestart naar de naleving van de Transactierapportageverplichting. De in dat kader door de AFM aan NHBV gestelde vragen zijn op 14 november 2019 door NHBV beantwoord. Daarmee is de AFM bekend geworden met de overtredingen van de Transactierapportageverplichting ten aanzien van de hierboven in randnummer 24 genoemde Gaps en de overtreding inzake het niet gebruiken van het Definitieve XML-Template. De AFM heeft destijds geen aanleiding gezien om tot handhaving over te gaan ten aanzien van die overtredingen.
72. [...]
73. Dat de AFM, in het licht van het voorgaande, bijna een jaar na de waarschuwing plots in mei 2022 een voornemen tot boeteoplegging aan NHBV verzond, is onbegrijpelijk. Zeker nu de enige reden daartoe is geweest dat NHBV de op 23 november 2020 verrichte transacties, het gaat om slechts één handelsdag, niet tijdig heeft gemeld. Dat is immers de enige overtreding van de Transactierapportageverplichting die na [...] bekend is geworden bij de AFM, bovendien doordat NHBV die overtreding uit eigen beweging op 5 maart 2021 aan de AFM heeft gemeld. Het naar aanleiding daarvan opleggen van een boete valt niet te rijmen met [...]. De verbetering die NHBV in relatie tot [...] heeft doorgevoerd in haar transactierapportages, heeft immers geleid tot de ontdekking van de niet tijdig gemelde transacties die op 23 november 2020 zijn verricht. Naar aanleiding van die verbetering heeft de AFM juist afgezien van [...]. Het past niet dan toch een boete op te leggen. Daarmee wordt goed gedrag gestraft. Het voorgaande maakt de boeteoplegging niet opportuun en buitenproportioneel.

Datum 14 december 2022
Ons kenmerk [...]
Pagina 19 van 33

2. Complexe norm

74. De Transactierapportageverplichting, zoals die thans in MiFIR is neergelegd, vergt zeer substantiële technische aanpassingen van marktpartijen ten opzichte van het oude regime.³⁰ Er moet thans worden gewerkt met omvangrijke templates en ESMA-richtsnoeren. NHBV heeft de uitvoering van de transactierapportageverplichting uitbesteed aan [Partij A] en [Partij A] de opdracht gegeven het NHBV-rapportagesysteem aan te passen aan het Definitieve XML-Template, zodat verrichte transacties vanaf 23 september 2019 correct konden worden gerapporteerd. Dat is gebeurd door middel van een automatische systeemupdate die niet goed heeft gewerkt. Daardoor konden ‘feedback files’ niet op de juiste wijze door [Partij A] worden verwerkt. De feedback van het NHBV-rapportagesysteem gaf geen foutmelding, maar een melding zonder feedback:

“viermaal N/A: Accepted: N/A, Rejected: N/A, Received: N/A, Pending: N/A”³¹

75. Voor NHBV is het onbegrijpelijk dat de AFM het mislukken van een software-update direct na de inwerkingtreding van een nieuw regime ten grondslag legt aan een boete. Dit terwijl dat mislukken in de eerste weken na die inwerkingtreding aan het licht is gekomen. Uit artikel 26, zevende lid, MiFIR volgt bovendien dat de wetgever rekening heeft gehouden met de omstandigheid dat er fouten kunnen worden gemaakt in een transactierapportage. Het is welhaast onmogelijk om elke transactierapportage foutloos te laten zijn. Dat neemt niet weg dat NHBV haar verantwoordelijkheid heeft genomen en heeft geïnvesteerd in het NHBV-rapportagesysteem en in compliance.
76. Gelet op het voorgaande, moet de complexiteit van het transactierapportageregime worden meegewogen in de opportuniteit van de boete, mede in relatie tot de mate waarin die complexiteit afdoet aan de verwijtbaarheid van NHBV. De AFM heeft dit nagelaten en boeteoplegging is daarom niet opportuun.

3. Ernst en omvang overtredingen

77. De beperkte omvang van de overtredingen doet af aan de ernst en verwijtbaarheid, waardoor boeteoplegging niet opportuun is. Die omvang betreft transacties op niet meer dan 12 handelsdagen in een periode van bijna drie jaar en transacties:

“in de allereerste weken nadat de sector moest overstappen op een nieuw, nog technischer, wijze van transactierapportage.”³²

³⁰ Zie artikel 4:90e Wft (oud).

³¹ Bezwaarschrift, p. 6.

³² Bezwaarschrift, p. 7.

Datum 14 december 2022
Ons kenmerk [...]
Pagina 20 van 33

78. Het gaat hierbij om minder dan 5% van de door NHBV tussen 31 mei 2018 en 5 maart 2021 verrichte en gerapporteerde transacties. Het overgrote deel van de verrichte transacties heeft NHBV volledig, juist en tijdig gemeld.
79. Ten aanzien van de ernst van de overtredingen is voorts van belang dat de oorzaak van die overtredingen niet is gelegen in onjuist beleid of een bewuste keuze van NHBV om zich er makkelijk vanaf te maken. Een gebrek aan compliance-gerichtheid is NHBV niet te verwijten. De oorzaken zijn namelijk gelegen in:
- een technische storing met betrekking tot de 11 Gaps;
 - een niet goed doorgekomen software update met betrekking tot het Definitieve XML-Template; en,
 - een incidentele menselijke fout met betrekking tot de transacties verricht op 23 november 2020, waarbij een onjuiste broker code is ingevoerd.
80. Het NHBV-rapportagesysteem is volledig in lijn met de eisen die daaraan in MiFIR worden gesteld. Boeteoplegging is niet opportuun. Daarbij komt dat de schadelijke gevolgen van de overtredingen voor de toezichthoudende functie van de AFM en het vertrouwen daarin zeer beperkt zijn. Die gevolgen zijn door de AFM ook niet concreet gemaakt. Voorts zijn:

“alle transacties door Nyenburgh op zo’n wijze (...) gemeld dat deze alsnog door het systeem van de AFM konden worden verwerkt. Hier doet niet aan af dat daar in sommige gevallen enige tijd overheen is gegaan.”³³

4. Compliance-gerichtheid

81. De boeteoplegging is niet opportuun, gelet op de compliance-gerichtheid van NHBV die afbreuk doet aan de verwijtbaarheid. In het Bezwaarschrift heeft NHBV een negental omstandigheden opgesomd in dit kader. Die omstandigheden betreffen de constructieve opstelling van NHBV bij het onderzoek van de AFM, de stelling dat verdere incidenten met bepaalde oorzaken zijn uitgebleven, het uit eigen beweging melden van Overtreding 3 aan de AFM en een zestal maatregelen die NHBV heeft genomen naar aanleiding van de overtredingen. Die maatregelen betreffen onder meer het in november 2019 in gebruik nemen van een aparte applicatie waarmee dagelijks wordt gecontroleerd of er feedback files zijn ontvangen van de AFM. Als dat niet het geval is, wordt het management van NHBV op de hoogte gesteld. Uit het geheel van maatregelen blijkt dat de houding van NHBV ‘van meet af aan’ volledig gericht is geweest op de naleving van de Transactierapportageverplichting en op transparantie richting de AFM.

³³ Bezwaarschrift, p. 9.

Datum 14 december 2022
Ons kenmerk [...]
Pagina 21 van 33

82. Gelet op voorgaand randnummer, kan NHBV de stelling in het Boetebesluit niet volgen dat zij bij herhaling onvoldoende rekenschap heeft gegeven van de Transactierapportageverplichting. De AFM erkent de compliance-gerichtheid en de coöperatieve opstelling van NHBV (waaronder het uit eigen beweging melden van de overtreding inzake de op 23 november 2020 verrichte transacties), maar weegt beide niet mee in het kader van de opportuniteit van de boeteoplegging. Dat is een miskenning van het handhavingsbeleid van de AFM, waaruit volgt dat de compliance-gerichtheid een belangrijke factor is in de beoordeling of boeteoplegging passend is.³⁴ Ook uit het feedbackstatement volgt het belang van compliance-gerichtheid bij de afweging of er een handhavingsmaatregel wordt opgelegd.³⁵ De AFM heeft hier onvoldoende rekening mee gehouden bij haar afweging om tot boeteoplegging over te gaan.

5. Evenredigheid

83. In het boetebesluit ontbreekt ten onrechte een toets aan het evenredigheidsbeginsel, zoals voorgeschreven door de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State in haar uitspraak van 2 februari 2022.³⁶ Bij die toets dient de AFM te betrekken dat boeteoplegging tot significante reputatieschade van NHBV zal leiden, nu de AFM meent dat een boetebesluit in beginsel moet worden gepubliceerd. Daarnaast dient de AFM bij die toets te betrekken dat het boetebesluit een nieuw antecedent voor de beleidsbepalers van NHBV in het leven roept.

Reactie AFM

84. De AFM stelt voorop dat de boeteoplegging aan NHBV opportuun en evenredig is, zoals zij hierboven in randnummers 46 tot en met 50 heeft toegelicht. De verschillende omstandigheden en argumenten die NHBV in bezwaar hiertegen aandraagt, maken dat niet anders. De AFM licht dat hieronder toe.

1. Aanleiding Boetebesluit [...]

85. Anders dan NHBV lijkt te stellen, is de boeteoplegging gelegen in de constatering van Overtredingen 1, 2 en 3. Overtreding 3 is derhalve niet de enige aanleiding daartoe geweest. Uit het tijdsverloop dat de verschillende overtredingen omvat en dat is gelegen tussen het begaan van die overtredingen en het versturen van het boetevoornemen, kan niet worden afgeleid dat de AFM na constatering van Overtredingen 1 en 2 geen aanleiding zag een boete op te leggen. Het boetevoornemen bewijst het

³⁴ NHBV verwijst naar 'Handhavingsbeleid van de Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandsche Bank', p. 5, *Stcrt.* 2020, 56540.

³⁵ NHBV verwijst naar 'Consultatie Handhavingsbeleid Feedback statement van de AFM en DNB' pp. 6 en 8, te raadplegen via <https://www.afm.nl/~profmedia/files/nieuws/2020/november/feedback-statement-handhavingsbeleid.pdf>.

³⁶ ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285.

Datum 14 december 2022
Ons kenmerk [...]
Pagina 22 van 33

tegendeel en de blote betwisting van NHBV maakt dat niet anders. Met genoemd tijdsverloop is de verjaringstermijn van artikel 5:45, eerste lid, Awb voorts niet geschonden en dat tijdsverloop staat daarom niet aan boeteoplegging in de weg.³⁷

86. Ook [...] staat niet aan boeteoplegging in de weg. Anders dan NHBV kennelijk meent, ziet [...] namelijk niet op de naleving van de Transactierapportageverplichting of op de naleving van de verplichting het Voorgeschreven XML-Template te gebruiken. [...]
87. [...]
88. Uit randnummers 85 en 87 hierboven volgt dat het genoemde tijdsverloop, [...] niet aan boeteoplegging in de weg staan. De boeteoplegging typeren als 'het straffen van goed gedrag' in relatie tot het uit eigen beweging melden van Overtreding 3, maakt dit niet anders. In de eerste plaats miskent NHBV met een dergelijk typeren dat de boete niet alleen voor Overtreding 3 is opgelegd, maar ook voor Overtredingen 1 en 2. Voorts heeft de AFM in randnummer 48 hierboven reeds toegelicht dat er ook ten aanzien van Overtreding 3 sprake is van een verzuim en onachtzaamheid. Daarnaast geeft het begaan van Overtreding 3 aanleiding te twijfelen aan de effectiviteit van de gestelde mitigerende maatregelen die NHBV heeft genomen om herhaling van overtredingen te voorkomen. Het goede gedrag van het uit eigen beweging melden van Overtreding 3 komt daarom slechts gewicht toe in het kader van de boetehoogte (zie randnummer 58 hierboven) en niet in het kader van de boeteoplegging an sich. Van een gebrek aan opportuniteit of proportionaliteit is daarom geen sprake.

2. Complexe norm

89. De AFM stelt voorop dat de naleving van de Transactierapportageverplichting en de naleving van de verplichting het Draft XML-Template (als het Voorgeschreven XML-Template is de periode van 3 januari 2018 tot 23 september 2019) te gebruiken, complex is. Daarom heeft de AFM veel aandacht besteed aan het informeren van marktpartijen over die verplichtingen en hoe die moeten worden vervuld. Daartoe heeft de AFM een rondetafelgesprek en op verschillende dagen seminars georganiseerd (zie randnummers 18 en 19 hierboven). In dat kader is van belang dat NHBV, zoals zij zelf ook aangeeft (zie randnummer 78 hierboven), beide verplichtingen veelvuldig is nagekomen. Genoemde complexiteit is daarom, ook voor NHBV in het bijzonder, geen onoverkomelijke horde gebleken. Het verwijt wat de AFM NHBV maakt, ligt ook niet primair in het niet kunnen doorgronden van die complexiteit. Dat verwijt is juist gelegen in het verzuim het minimale te doen wat van NHBV wordt verwacht: een adequate monitoring en opvolging van feedbackbestanden en van het al dan niet uitblijven daarvan. Dit heeft de AFM uitgebreid toegelicht in randnummers 47 en 48 hierboven. Bij dat verzuim speelt

³⁷ Zie Rb Rotterdam 12 juni 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8138, r.o. 14 en Vrz. Rb. Rotterdam 4 mei 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:4929, r.o. 4.3.

Datum 14 december 2022
Ons kenmerk [...]
Pagina 23 van 33

complexiteit geen rol, althans brengt dat naar het oordeel van de AFM niet het gewicht in de schaal wat NHBV voorstaat.

90. Gelet op voorgaand randnummer, ziet de AFM in de overgang van het Draft XML-Template naar het Definitieve XML-Template geen reden om (aanvullende) complexiteit mee te wegen bij de opportuniteit van de boeteoplegging. Die overgang is ook geenszins gelijk te stellen met de overgang van het oude transactierapportageregime van artikel 4:90e Wft naar het nieuwe onder, kort gezegd, artikel 26 MiFIR en GV 2017/590. Het ging bij eerstgenoemde overgang om een update van het Voorgescreven XML-Template, waarop NHBV herhaaldelijk is geweest door de AFM en waarbij NHBV in de gelegenheid is gesteld die update te testen (zie randnummers 21 en 22 hierboven). Desondanks is Overtreding 2 begaan. Dat [Partij A] er in dat kader niet in is geslaagd een systeemupdate door te voeren en dat er geen foutmelding kwam, komt voor rekening en risico van NHBV. Daarbij merkt de AFM op dat er vanuit het NTRS feedbackbestanden zijn verzonden die aan NHBV hebben aangegeven dat het gebruikte format onjuist is.³⁸ Die feedbackbestanden hadden NHBV direct tot actie moeten bewegen. Bij [Partij A] hebben de feedbackbestanden ertoe geleid dat een melding werd gegenereerd met de tekst:

“viermaal N/A: Accepted: N/A, Rejected: N/A, Received: N/A, Pending: N/A”³⁹

91. Ook die melding had, naast de feedbackbestanden, naar het oordeel van de AFM tot het besef bij NHBV moeten leiden dat er een fout is opgetreden in haar transactierapportage. ‘N/A’ betekent immers in de regel ‘not available’ of ‘not applicable’ en wijkt in die zin dermate af van een juiste gang van zaken dat een adequate monitoring tot directe actie had moeten leiden. Kennelijk is NHBV echter eerst een maand nadien overgegaan tot actie door vanaf 24 oktober 2019 weer (gedeeltelijk) met het Voorgescreven XML-Template te rapporteren. Vervolgens heeft zij niet uit eigen beweging herstel meldingen gedaan over de gemiste handelsdagen, maar is daartoe pas overgegaan nadat de AFM haar daarop had gewezen (zie randnummers 24 tot en met 26 hierboven). Ook hier is derhalve sprake van inadequate monitoring en opvolging, hetgeen de AFM NHBV aanrekent. De overtredingen zijn verwijtbaar en boeteoplegging is opportuun.
92. Aan het voorgaande doet niet af dat uit artikel 26, zevende lid, MiFIR zou volgen dat de Europese wetgever rekening heeft gehouden met de omstandigheid dat er fouten kunnen worden gemaakt in een transactierapportage. Dat die bepaling de verplichting oplegt om fouten en omissies in een transactierapportage te herstellen, betekent niet dat het is toegestaan die fouten te maken en die

³⁸ Zie Onderzoeksrapport, p. 13.

³⁹ Bezwaarschrift, p. 6.

Datum 14 december 2022
Ons kenmerk [...]
Pagina 24 van 33

omissies te creëren. De Transactierapportageverplichting, waaronder de gestelde termijn, geldt immers onverkort.⁴⁰

3. Ernst en omvang overtredingen

93. De AFM stelt voorop dat zij de ernst en omvang van de overtredingen dusdanig vindt, dat boeteoplegging is geboden. Dit heeft de AFM hierboven in randnummers 46 tot en met 50 toegelicht. Dat die ernst en omvang beperkt zou zijn, kan de AFM derhalve niet volgen. Voorts doet aan die ernst en omvang geen afbreuk dat Overtreding 2 is begaan in de allereerste weken, waarin het Definitieve XML-Template moest worden gebruikt. NHBV is immers meermaals vooraf op de hoogte gesteld van de ingebruikname van het Definitieve XML-Template en NHBV heeft verzuimd het minimale te doen: adequate monitoring en opvolging van feedbackbestanden. De AFM is hierop al ingegaan in randnummer 47 hierboven. In aanvulling daarop merkt de AFM op dat de overgang van het Draft XML-Template naar het Definitieve XML-Template geen ‘nieuwe, nog technischere wijze van transactierapportage’ inhoudt: het ging in die zin ‘slechts’ om een update van het Voorgeschreven XML-Template. Die update is simpelweg niet goed doorgevoerd door NHBV, terwijl zij zich daarop al meer dan een jaar en drie maanden had kunnen voorbereiden.
94. Gelet op het hierboven in randnummers 47 tot en met 48 beschreven verzuim en de daarin benoemde onachtzaamheid, doen de achterliggende oorzaken van de overtredingen ook geen afbreuk aan de ernst en omvang daarvan. Een adequate monitoring en opvolging van feedback had die oorzaken sneller moeten openbaren, nog los van de omstandigheid dat die oorzaken überhaupt voorkomen hadden moeten worden. De AFM volgt dan ook niet de stelling dat NHBV geen gebrek aan compliancegerichtheid is te verwijten. Dat is haar wel degelijk.
95. De schadelijke gevolgen van de overtredingen zijn hierboven in randnummer 55 al genoegzaam besproken door de AFM. Daarin ziet zij juist reden tot boeteoplegging en geen reden tot het afzien daarvan. Dat de transactierapportages alsnog (op juiste wijze) zijn ingediend, maakt dit niet anders. NHBV is daartoe immers verplicht, zoals meer expliciet blijkt uit artikel 26, zevende lid, MiFIR. De tijd die het alsnog (op juiste wijze) rapporteren van transacties in beslag heeft genomen, maakt juist wel dat boeteoplegging opportuun is. Met die tijd is de tijdslimiet van artikel 26, eerste lid, MiFIR immers in ernstige mate overschreden.

⁴⁰ Zie in dit verband de ESMA Richtsnoeren ‘Het melden van transacties, het bijhouden van ordergegevens en de synchronisatie van beursklokken in het kader van MiFID II’, p. 311: “Gezien artikel 26, lid 7, laatste alinea, MiFIR, dient de indienende entiteit onmiddellijk actie te ondernemen bij een verwerping om ervoor te zorgen dat fouten zonder onnodige vertraging worden gecorrigeerd.” De richtsnoeren zijn te downloaden via https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma-2016-1452_guidelines_mifid_ii_transaction_reporting_nl.pdf.

Datum 14 december 2022
Ons kenmerk [...]
Pagina 25 van 33

96. Uit voorgaande randnummers 93 tot en met 95 volgt dat de ernst en omvang van de overtredingen en de verwijtbaarheid naar het oordeel van de AFM niet aan boeteoplegging in de weg staan. Hetzelfde geldt voor de stelling van NHBV dat de gemiste transactierapportages slechts 5% behelzen van de in de periode van 31 mei 2018 tot en met 5 maart 2021 te rapporteren transacties. Dat NHBV de Transactierapportageverplichting en de verplichting het Voorgeschreven XML-Template in veel voorkomende gevallen *wel* is nagekomen, neemt immers de hiervoor beschreven verzuimen en onachtzaamheid geenszins weg.

4. Compliance-gerichtheid

97. Naar het oordeel van de AFM is de boeteoplegging opportuun, ook in relatie tot de compliance-gerichtheid van NHBV. In randnummers 46 tot en met 50 is de AFM hierop al uitgebreid ingegaan. Gelet daarop, kan de AFM de stelling van NHBV niet volgen dat zij ‘van meet af aan’ volledig gericht is geweest op de naleving van de Transactierapportageverplichting. Een adequate monitoring en opvolging van feedbackbestanden en het al dan niet uitblijven daarvan, ontbrak immers. Voorts heeft de mitigerende maatregel het management op de hoogte te stellen van het in voorkomend geval uitblijven van een feedbackbestand, niet voorkomen dat Overtreding 3 is begaan en heeft NHBV kennelijk pas in april 2021 een medewerker aangesteld die feedbackbestanden monitort en eventueel opvolgt. Die monitoring en opvolging had van meet af aan moeten plaatsvinden. De compliance-gerichtheid van NHBV staat daarom niet in de weg aan boeteoplegging. Wel geeft zij aanleiding tot matiging, zoals hierboven in randnummer 58 beschreven.
98. Het beroep van NHBV op het handhavingsbeleid van de AFM en het feedbackstatement (zie voor vindplaatsen randnummer 82 hierboven) maakt het voorgaande niet anders. Uit beide documenten volgt weliswaar dat compliance-gerichtheid een factor is die meeweegt bij de keuze welke maatregel de AFM neemt, maar geenszins blijkt daaruit dat het een doorslaggevende factor zou zijn. De AFM weegt de compliance-gerichtheid van NHBV minder zwaar dan NHBV voorstaat. Dan betekent echter niet dat de AFM daarmee haar handhavingsbeleid miskent. Het gaat daarbij immers om maatwerk en in het handhavingsbeleid is expliciet gemaakt dat de weging van factoren zoals compliance-gerichtheid van geval tot geval kan verschillen.⁴¹

⁴¹ Zie ‘Handhavingsbeleid van de Autoriteit Financiële Markten en De Nederlandsche Bank’, p. 5, *Stcrt.* 2020, 56540: “Deze opsomming van factoren is limitatief noch imperatief. Dit betekent dat de opsomming niet uitputtend is en dat de weging van de genoemde factoren van geval tot geval kan verschillen.”.

Datum	14 december 2022
Ons kenmerk	[...]
Pagina	26 van 33

5. Evenredigheid

99. De AFM stelt zich, ook na heroverweging, op het standpunt dat de boeteoplegging evenredig is. In randnummers 46 tot en met 50 hierboven heeft zij dat toegelicht. De door NHBV gestelde omstandigheden dat boeteoplegging door de publicatie daarvan tot reputatieschade zal leiden en dat met het Boetebesluit een nieuw antecedent voor de beleidsbepalers van NHBV tot stand komt, acht de AFM daarbij niet van belang. Over de publicatie van de boete zal de AFM eerst kunnen beslissen na het onherroepelijk worden van die boete. Daarop kan en zal de AFM niet vooruitlopen. Gestelde reputatieschade is daarmee prematuur en raakt niet aan de evenredigheid van de boeteoplegging. Hetzelfde geldt voor de totstandkoming van een antecedent voor de beleidsbepalers. Het antecedent heeft immers pas eventuele gevolgen in het geval de AFM tot een (her)toets overgaat, waarbij niet zozeer de opgelegde maatregel zelf als wel het achterliggende feitencomplex de voornaamste rol speelt. De enkele totstandkoming van het antecedent, raakt daarom niet aan de evenredigheid van de boeteoplegging.

Conclusie

100. De boeteoplegging is opportuun en evenredig. De ernst en omvang van de overtredingen en de verwijtbaarheid van NHBV doen daaraan geen afbreuk. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt niet tot een ander oordeel. Deze grond treft geen doel.

C. Boetehoogte

101. Hetgeen hieronder is weergegeven onder randnummers 102 tot en met 106 betreft een (verkorte) weergave van het standpunt van NHBV en niet dat van de AFM. NHBV benoemt in de kern verschillende redenen waarom de boete te hoog is vastgesteld door de AFM. Hieronder worden die redenen achtereenvolgens weergegeven.

1. Ernst, duur en verwijtbaarheid

102. Onder verwijzing naar de relevante factoren voor de vaststelling van de boetehoogte, als opgenomen in artikel 1b Bbbfs, dient de AFM over te gaan tot verdergaande matiging. Zoals hierboven onder randnummers 62 tot en met 64 en 77 tot en met 80 is beschreven, zijn ten eerste zowel de ernst en de duur van de overtreding beperkt. Ten tweede geldt dat NHBV geen onjuiste werkwijze heeft gehanteerd ten aanzien van de complexe aard van de Transactierapportageverplichting. Dit doet afbreuk aan de mate van verwijtbaarheid, zoals hierboven in randnummer 76 beschreven. Ten derde heeft NHBV geen enkel voordeel behaald met de overtredingen en de relevantie van dat gegeven

Datum	14 december 2022
Ons kenmerk	[...]
Pagina	27 van 33

wordt door de AFM ten onrechte ter zijde geschoven.⁴² Ten vierde hebben de overtredingen niet tot verliezen van derden geleid of schade toegebracht aan de markten of economie in bredere zin; alle transacties zijn immers alsnog gemeld. Ten vijfde geldt dat NHBV zich coöperatief heeft opgesteld bij het onderzoek naar de overtredingen en na het contact met de AFM onmiddellijk de oorzaken daarvan heeft opgespoord. Daarnaast heeft NHBV de overtreding met betrekking tot de op 23 november 2020 verrichte transacties zelf ontdekt en uit eigen beweging aan de AFM gemeld. Tot slot en ten zesde heeft NHBV de hierboven in randnummer 81 genoemde maatregelen genomen ter voorkoming van herhaling van de overtredingen.

103. De AFM dient om de redenen genoemd in voorgaand randnummer en op grond van artikel 2 Bbbfs tot verdergaande matiging van de boete over te gaan. Daarbij benadrukt NHBV dat de matiging van 20%, vanwege de constructieve opstelling van NHBV, onvoldoende recht doet aan die redenen. Bovendien blijft onduidelijk waarom er “voor een afslag van slechts 20%”⁴³ is gekozen, wat een motiveringsgebrek oplevert.

2. Subjectieve draagkracht

104. Met het Boetebesluit oordeelt de AFM dat het eigen vermogen van NHBV een boete van € 240.000,- kan dragen, ondanks dat het Openbaar Ministerie (**OM**) een conservatoir beslag heeft gelegd bij NHBV. De AFM gaat er met dat oordeel ten onrechte aan voorbij dat de draagkracht van NHBV door toedoen van de AFM ernstig is aangetast. In de zienswijze van NHBV, in reactie op het boetevoornemen, heeft NHBV toegelicht dat [...] Daar kan de AFM niet zo lichtvaardig overheen stappen. De boete dient ook hierom te worden gematigd.

⁴² NHBV verwijst naar het Boetebesluit, p. 12: “(...) dat er sprake is van een ernstige overtreding, waarbij behaald voordeel niet aan de orde en daarmee ook niet relevant is (...)”.

⁴³ Bezwaarschrift, p. 16.

Datum 14 december 2022
Ons kenmerk [...]
Pagina 28 van 33

3. Willekeur

105. De boetehoogte is in strijd met het verbod op willekeur, gelet op de twee meest recente boetes die de AFM heeft opgelegd in verband met de Transactierapportageverplichting.⁴⁴ Die boetes bedragen slechts € 100.000,-, terwijl het in het ene geval ging om 140.699 niet gemelde transacties over een periode van 4 maanden en in het andere geval om 21.509 transacties in een periode van ongeveer 3 jaar. Beide boetes zijn met 80% gematigd vanwege compliance-gerichtheid van de overtreder. Die compliance-gerichtheid vertoont veel overeenkomsten met de compliance-gerichtheid van NHBV en ook die overtreders hadden eerder een waarschuwing ontvangen van de AFM in relatie tot de naleving van de Transactierapportageverplichting. Hiermee is het onbegrijpelijk dat de boete aan NHBV niet met 80%, maar slechts met 20% is gematigd, hetgeen resulteert in een boete voor NHBV die bijna 2,5 maal zo hoog is als de andere twee boetes.
106. Voorts is de boetehoogte onbegrijpelijk in relatie tot de boetes die De Nederlandsche Bank (**DNB**) oplegt voor overtreding van artikel 3:72 Wft. Op grond van die bepaling dienen financiële rapportages ingediend te worden bij DNB en overtreding van de bepaling kent een basisbedrag bij boeteoplegging van € 500.000,-, net als bij de Transactierapportageverplichting. De ernst van de overtreding wordt daarbij ingegeven door DNB als het niet kunnen uitoefenen van haar toezichtstaak, net als de AFM dat doet in relatie tot de Transactierapportage. De AFM legt echter boetes op die vele malen hoger zijn dan de boetes op grond van het beleid dat DNB tot 3 mei 2022 hanteerde. Dat beleid kent een maximum van € 30.000,-, wat in schril contrast staat met de boete aan NHBV van € 240.000,-.

Reactie AFM

107. De AFM stelt voorop dat zij, ook na heroverweging, van oordeel is dat de boetehoogte van € 240.000,- recht doet aan de omstandigheden van het geval en passend en geboden is. In hetgeen NHBV in bezwaar aandraagt, ziet de AFM geen aanleiding tot verdergaande matiging. Zij licht dat toe.

1. Ernst, duur en verwijtbaarheid

108. In randnummers 52 tot en met 59 hierboven is de AFM reeds uitgebreid ingegaan op de omstandigheden die in artikel 1b Bbbfs worden genoemd in relatie tot de vaststelling van de hoogte van de boete. Uit die randnummers blijkt dat en waarom de AFM een ander gewicht toekent aan de ernst, duur, verwijtbaarheid, het met de overtredingen behaalde voordeel, de schadelijke gevolgen van de overtredingen, de constructieve opstelling van NHBV en de maatregelen die zij heeft genomen ter voorkoming van herhaling dan NHBV voorstaat. In aanvulling daarop wijst de AFM op randnummer 95

⁴⁴ NHBV verwijst naar <https://www.afm.nl/nl-nl/sector/actueel/2019/apr/boete-flow-traders> en <https://www.afm.nl/nl-nl/sector/actueel/2019/apr/boete-insinger-gilissen>.

Datum 14 december 2022
Ons kenmerk [...]
Pagina 29 van 33

hierboven, waarin zij toelicht dat de schadelijke gevolgen die aan de overtredingen zijn verbonden, niet in voldoende mate worden gemitigeerd door alsnog de gemiste transactie te rapporteren. Daarbij komt dat het alsnog rapporteren noodzaak betreft om de overtreding te kunnen staken. De AFM ziet daarin, mede in relatie tot de ernst van de overtredingen, geen reden tot verdere matiging.

109. Naast een verlaging van het basisbedrag van € 500.000,- naar € 300.000,- op grond van objectieve draagkracht, ziet de AFM alleen reden tot matiging binnen ‘stap 6 passendheidstoets’ van het oude boetetoemingsbeleid. Daarbij gaat het op het compliance-gerichte gedrag van NHBV, bestaande uit:

- de constructieve opstelling van NHBV;
- de maatregelen die zij ter voorkoming van herhaling heeft genomen; en,
- de omstandigheid dat NHBV Overtreding 3 uit eigen beweging heeft gemeld bij de AFM.

110. De matiging die de AFM aan deze omstandigheden toekent, is een niet te verwaarlozen 20%. Voor een hoger percentage van matiging ziet de AFM geen aanleiding. Daarbij stelt de AFM voorop dat het oude boetetoemingsbeleid terughoudendheid voorschrijft bij matiging binnen stap 6.⁴⁵ Voorts zou verdergaande matiging, naar het oordeel van de AFM geen recht doen aan de overige omstandigheden van onderhavig geval, waarbij in het bijzonder meeweegt dat:

- NHBV transactierapportages over 37 handelsdagen, waarbij het gaat om ruim 350.000 transacties niet tijdig (op de juiste wijze) bij de AFM heeft ingediend;
- NHBV de overtredingen op 36 van die 37 handelsdagen niet zelf heeft ontdekt of heeft gemeld aan de AFM;
- de door NHBV gestelde mitigerende maatregelen die zijn getroffen in november 2019 Overtreding 3 niet hebben kunnen voorkomen; en,
- NHBV kennelijk pas in april 2021 adequate monitoring en opvolging van feedbackbestanden heeft georganiseerd.

111. De vaststelling van de hoogte van de boete geschiedt naar alle relevante omstandigheden van het geval en betreft geen wiskundige exercitie.⁴⁶ Met de vaststelling van de boetehoogte op € 240.000,- heeft de AFM recht gedaan aan die omstandigheden en maatwerk geleverd. Voor verdere matiging bestaat geen aanleiding.

⁴⁵ Zie ook Rb. Rotterdam 25 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:11638, r.o. 5.7.

⁴⁶ Zie Rb. Rotterdam 25 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:11638, r.o. 5.2 – 5.3.

Datum	14 december 2022
Ons kenmerk	[...]
Pagina	30 van 33

2. Subjectieve draagkracht

112. De AFM houdt bij het vaststellen van de boete rekening met de draagkracht van de overtreder.⁴⁷ Het oude boetetoemtingsbeleid (zie randnummer 51 hierboven) geeft op basis van objectieve draagkracht een reductie van 40% ten opzichte van het basisbedrag voor beleggingsondernemingen met een eigen vermogen tussen € 5 miljoen en € 50 miljoen. Op basis van de gegevens die NHBV per e-mail van 26 augustus 2022 heeft overgelegd, [...]. De AFM is van oordeel dat het, na verdere matiging met 20% wegens compliance-gericht gedrag, resterende boetebedrag van € 240.000,- door NHBV kan worden gedragen. De subjectieve draagkracht van NHBV is daartoe, gelet op het genoemde eigen vermogen, ruimschoots toereikend. Voor een verdere matiging op basis van draagkracht ziet de AFM geen aanleiding.
113. In het Bezwaarschrift stelt NHBV [...]. Nog los van de omstandigheid dat NHBV hiermee geen duidelijkheid verschaft over de concrete gevolgen van dat verlies en die afname voor haar financiële draagkracht, heeft NHBV de stellingen niet met stukken onderbouwd. Reeds daarom ziet de AFM in die stellingen geen aanleiding de boete verder te matigen op grond van ontoereikende financiële draagkracht van NHBV. Voor zover het genoemde verlies tot de genoemde afname heeft geleid en die afname in relatie staat tot het eerder aan de AFM gestelde eigen vermogen van [...], ziet de AFM ook daarin geen aanleiding tot verdergaande matiging over te gaan. Met die afname zou dan een eigen vermogen resteren van [...]. Ook met dat eigen vermogen valt NHBV binnen de bandbreedte van € 5 miljoen tot € 50 miljoen, waarmee de reductie van 40% op het basisbedrag gelijk blijft. Voorts is ook een eigen vermogen van [...] ruimschoots toereikend in relatie tot de boete van € 240.000,-. NHBV heeft voorts geen andere stellingen aangevoerd, laat staan onderbouwd, waaruit zou blijken dat de boete van € 240.000,- niet door haar zou kunnen worden gedragen. Voor verdere matiging op grond van subjectieve draagkracht ziet de AFM, ook na heroverweging, geen aanleiding.
114. Tot slot merkt de AFM in relatie tot de subjectieve draagkracht van NHBV nog op dat [...] waarover NHBV spreekt, op zichzelf niet relevant is bij de vaststelling van de boetehoogte. Enkel in het geval NHBV stelt en met stukken onderbouwt dat [...] tot concrete gevolgen heeft geleid die maken dat de financiële draagkracht van NHBV niet toereikend is om de boete van € 240.000,- te voldoen, kan de AFM dat meewegen bij de vaststelling van de boetehoogte. NHBV heeft dat echter niet gedaan.

3. Willekeur

115. Voor een nog verdergaande verlaging van de boetehoogte, zoals de AFM dat bij de twee door NHBV genoemde boetes heeft gedaan, ziet de AFM ook na heroverweging geen aanleiding. Van schending van het verbod op willekeur of het gelijkheidsbeginsel is geen sprake. De AFM stelt voorop dat, in

⁴⁷ Artikel 4, eerste lid, Bbbfs.

Datum 14 december 2022
Ons kenmerk [...]
Pagina 31 van 33

tegenstelling tot het betoog van NHBV, de omstandigheden van het onderhavige geval niet vergelijkbaar zijn met de relevante omstandigheden inzake de twee genoemde boetes. De AFM licht dat toe.

116. De matiging van 20% van de boete aan NHBV is gestoeld op haar compliance-gerichte gedrag, bestaande uit de omstandigheden die in randnummer 109 hierboven zijn benoemd. De omstandigheden die in randnummer 110 zijn benoemd, zijn voorts voor de AFM reden geweest niet tot verdergaande matiging over te gaan. In die laatst genoemde omstandigheden is het verschil gelegen met de twee door NHBV benoemde boetes. Zo is van belang dat:

- de omvang van de overtredingen die zijn begaan door NHBV meer dan twee keer zo groot is als de omvang van de overtredingen inzake de twee boetes *gezamenlijk* (ruim 350.000 transacties versus ruim 162.000 transacties); en,
- NHBV de overtredingen op 36 van de 37 handelsdagen niet zelf heeft ontdekt of heeft gemeld aan de AFM, terwijl de overtredders inzake de twee boetes alle overtredingen waarvoor de boetes zijn opgelegd, wel zelf hebben ontdekt en gemeld aan de AFM.

117. Beide omstandigheden maken dat het geval van NHBV op relevante aspecten verschilt ten aanzien van de twee genoemde boetes. De compliance-gerichte houding van NHBV na het constateren van de overtredingen vertoont weliswaar bepaalde overeenkomsten met die van de overtredders inzake de twee genoemde boetes, maar gelet op de hiervoor beschreven verschillen rechtvaardigt dat niet dezelfde mate van verlaging van de boetehoogte. Daarbij speelt tevens een rol dat de mitigerende maatregelen die NHBV in november 2019 stelt te hebben genomen, Overtreding 3 niet hebben kunnen voorkomen. Hierbij merkt de AFM op dat het vaststellen van de boetehoogte maatwerk is en boetetoemeting afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval. Zo heeft de rechter overwogen:

“Het enkele feit dat de AFM in het compliance-gerichte gedrag van [onderneming 2] en [onderneming 3] aanleiding heeft gezien de hoogte van de aan hen op te leggen boetes vast te stellen op 20% van het toepasselijke basisbedrag van € 500.000,-, betekent niet dat de AFM in andere gevallen waarin de compliance-gerichtheid van de overtredder voor haar aanleiding vormt dit basisbedrag te verlagen, zoals in het geval van [eiseres] , de hoogte van de op te leggen boete ook op 20% van het basisbedrag moet vaststellen.

Nog daargelaten dat de mate van compliance-gerichtheid kan verschillen, moet bij het vaststellen van de hoogte van de boete immers rekening worden gehouden met alle relevante (boete verhogende en -verlagende) omstandigheden van het geval en

Datum 14 december 2022
Ons kenmerk [...]
Pagina 32 van 33

*niet alleen met de compliance-gerichtheid van de overtreder.*⁴⁸ (onderstreping toegevoegd, AFM)

118. Van strijd met het gelijkheidsbeginsel of schending van het verbod op willekeur is naar het oordeel van de AFM geen sprake.
119. NHBV brengt verder naar voren dat de hoogte van de door DNB conform haar beleid maximaal op te leggen boete wegens overtreding van artikel 3:72 Wft slechts €30.000,- bedraagt. De boetehoogte van € 240.000,- zou daarmee niet zijn te rijmen. De AFM stelt in dit kader voorop dat sprake is van enkel door DNB opgesteld beleid⁴⁹ ten aanzien van normen, waarop de AFM op geen enkele wijze toezicht houdt. Het gelijkheidsbeginsel strekt niet zover dat de AFM bij de vaststelling van een boetehoogte rekening dient te houden met beleid van een ander bestuursorgaan ten aanzien van normen waarop zij geen toezicht houdt. De AFM ziet daarom in het beleid van DNB geen reden haar eigen boetetoemittingsbeleid anders toe te passen, dan zij heeft gedaan. De AFM merkt hierbij op dat de rechter het oude boetetoemittingsbeleid ten aanzien van verschillende zaken in z'n algemeenheid niet onredelijk heeft geacht.⁵⁰ Voor verdere matiging ziet de AFM geen aanleiding.

Conclusie

120. De hoogte van de boete is, gelet op de aan de orde zijnde omstandigheden, passend en geboden. De ernst en omvang van de overtredingen, de verwijtbaarheid van NHBV en de subjectieve draagkracht zijn bij de vaststelling van de boetehoogte op juiste wijze door de AFM meegewogen. Er is geen sprake van willekeur of strijd met het gelijkheidsbeginsel. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt niet tot een ander oordeel. Deze grond treft geen doel.

⁴⁸ Zie Rb. Rotterdam, 25 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:11638, r.o. 5.2 - 5.3.

⁴⁹ In tegenstelling tot bijvoorbeeld het handhavingsbeleid van de AFM, zie voetnoot 38.

⁵⁰ Zie CBb 13 september 2017, ECLI:NL:CBB:2017:309 en Rb. Rotterdam 25 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:11638;

Datum 14 december 2022
Ons kenmerk [...]
Pagina 33 van 33

VI. **Besluit**

121. De AFM heeft besloten het Boetebesluit in stand te laten, onder aanpassing en aanvulling van de motivering, zoals opgenomen in deze beslissing op bezwaar.⁵¹ Dit besluit leidt ertoe dat geen aanleiding bestaat om over te gaan tot de in het Bezwaarschrift verzochte vergoeding van de kosten als bedoeld in artikel 7:15, tweede lid, Awb.

VII. **Rechtsgangverwijzing**

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

VIII. **Publicatie**

123. Op grond van de Wft moet de AFM het Boetebesluit openbaar maken, nadat het onherroepelijk is geworden. Ook moet de AFM dan de uitkomst van deze beslissing op bezwaar bekend maken en indien van toepassing de uitkomst van het beroep en hoger beroep. De AFM zal daarbij afwegen of er sprake is van bijzondere omstandigheden waardoor er aanleiding is om anoniem te publiceren of om de publicatie uit te stellen. Als het besluit onherroepelijk is geworden, zal NHBV hierover in een aparte brief worden geïnformeerd en wordt NHBV in de gelegenheid gesteld om haar zienswijze te geven.

Hoogachtend,
Autoriteit Financiële Markten

[was getekend]
[Manager]
[Juridische Zaken]

[was getekend]
[Hoofd]
[Juridische Zaken]

⁵¹ Deze beslissing op bezwaar is genomen door het bestuur van de AFM en conform het tekeningsmandaat ondertekend door een hoofd en een manager.