

OPENBARE VERSIE
Aangetekend verstuurd
ABN AMRO Bank N.V.
De Raad van Bestuur
Gustav Mahlerlaan 10
1082 PP AMSTERDAM

Datum 28 augustus 2014
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 1 van 33
Kopie aan Prof. mr. W.A.K. Rank
Telefoon 020 - 797 2545
Email boetefunctionaris@afm.nl
Betreft Oplegging bestuurlijke boete,
mogelijkheid tot aanvullende zienswijze
inzake publicatie

Geachte leden van de Raad van Bestuur,

De Autoriteit Financiële Markten (AFM) heeft besloten aan ABN AMRO Bank N.V. (ABN AMRO) een bestuurlijke boete van € 3 miljoen op te leggen wegens overtreding van artikel 35, eerste lid, van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo), in de periode van 3 september 2009 tot en met 17 maart 2010.

De AFM heeft onderzoek gedaan naar de rol die [Fortis Bank (Nederland) N.V. (Fortis), waarvan ABN AMRO de rechtsopvolger is] heeft gespeeld bij de totstandkoming van transacties inzake rentederivaten met de woningcorporatie Stichting Vestia (Vestia). De AFM heeft bij ABN AMRO onder meer gegevens opgevraagd om te kunnen vaststellen welke werkzaamheden [Fortis] in relatie tot Vestia heeft uitgevoerd. Uit de ontvangen informatie blijkt dat [Fortis] niet alleen voor eigen rekening met Vestia als contractuele wederpartij heeft gehandeld (verrichten van beleggingsactiviteiten), maar ook beleggingsdiensten aan Vestia in haar hoedanigheid als cliënt van [Fortis] heeft verleend. ABN AMRO is niet in staat gebleken om de AFM voldoende gegevens te verstrekken om per transactie te kunnen beoordelen welke beleggingsdiensten [door Fortis] zijn verleend (het ontvangen en doorgeven van orders van de cliënt, het voor rekening van de cliënt uitvoeren van orders en/of het adviseren van de cliënt) of zelfs maar óf er ten aanzien van specifieke transacties beleggingsdiensten zijn verleend. Hiermee heeft [Fortis] onvoldoende gegevens bijgehouden om het toezicht door de AFM mogelijk te maken. Dit levert een overtreding op van artikel 35, eerste lid, BGfo.

Hieronder wordt het besluit toegelicht. Paragraaf 1 bevat een weergave van het onderzoek door de AFM en de feiten die hieruit naar voren zijn gekomen. In paragraaf 2 worden die feiten beoordeeld. Paragraaf 3.1 bevat het besluit tot boeteoplegging en in paragraaf 3.2 wordt ABN AMRO in de gelegenheid gesteld een aanvullende zienswijze te geven op het voornemen van de AFM om over te gaan tot volledige openbaarmaking van het boetebesluit. Dit gelet op het feit dat per 1 augustus 2014 een gewijzigd publicatieregime in werking is getreden.

In paragraaf 4 staat hoe ABN AMRO bezwaar tegen dit besluit kan maken.

1. Feiten en onderzoek

Eerst wordt in paragraaf 1.1 een overzicht gegeven van alle (rechts)personen die in het onderzoek zijn betrokken. Daarna volgt in paragraaf 1.2 een weergave van het verloop van het onderzoek en het boeteproces. Tot slot bevat paragraaf 1.3 een samenvatting van de feiten die aanleiding vormen tot het besluit.

• 1.1 Betrokken (rechts)personen

ABN AMRO Bank N.V. (ABN AMRO)

Dit boetebesluit heeft betrekking op ABN AMRO.

Op 1 juli 2010 heeft een juridische fusie plaatsgevonden tussen ABN AMRO en Fortis Bank (Nederland) N.V., waarbij de laatstgenoemde vennootschap is opgehouden te bestaan. In dit besluit worden zowel ABN AMRO als haar rechtsvoorgangers, waaronder Fortis Bank (Nederland) N.V., aangeduid als ABN AMRO, tenzij het onderscheid relevant is om te vermelden. In dat geval:

- wordt Fortis Bank (Nederland) N.V. aangeduid als **[Fortis]**, en;
- wordt de ABN AMRO-organisatie zoals die bestond vóór 1 juli 2010 aangeduid als de **oude ABN AMRO Bank**.

Op grond van artikel 2:97, eerste lid, onder b, Wft is het ABN AMRO als bank toegestaan om beleggingsdiensten te verlenen en beleggingsactiviteiten te verrichten.

Vanaf in ieder geval 2004 tot 2010 onderhield [de heer A] als accountmanager bij [Fortis] de meeste contacten met Vestia en [B].

• **Stichting Vestia (Vestia)**

De bedrijfsomschrijving van Vestia luidt: *“Het bouwen en exploiteren van woningen”*.¹ Vestia is gevestigd op het adres Kruisplein 15 C, 3014 DB Rotterdam.

Vanaf in ieder geval 2004 onderhield [de heer C] als treasurer bij Vestia de meeste contacten met [Fortis]. Hij wordt thans verdacht van omkoping, witwassen en belastingfraude.

• **[B]**

De bedrijfsomschrijving van [B] luidt: *“Het optreden als intermediair met betrekking tot financieringen en beleggingen voor de zakelijke markt, niet zijnde natuurlijke personen”*.² De onderneming is gevestigd op het adres [REDACTED]. Eén van de handelsnamen van [B] is [D].

Enig bestuurder en aandeelhouder van [B] is [E], van welke vennootschap [de heer F] enig bestuurder en aandeelhouder is.

¹ Inschrijving handelsregister onder nummer 29034021.

² Inschrijving handelsregister onder nummer [REDACTED].

[B] beschikt niet over een vergunning van de AFM.

1.2 Verloop onderzoek en boeteproces

In deze paragraaf wordt het verloop van het onderzoek en het boeteproces beschreven.

Naar aanleiding van berichtgeving in de media omtrent derivatentransacties van Vestia heeft de AFM per e-mail van 6 februari 2012 ABN AMRO vragen gesteld over [REDACTED] Vestia. In de e-mail is gevraagd naar het beleid van [Fortis] ten aanzien van marginbewaking voor professionele beleggers, waarbij de AFM ervan uitging dat Vestia als zodanig was bestempeld. Ook is gevraagd naar het soort dienstverlening voor Vestia (vermogensbeheer, advies of execution only) en het beleid is ten aanzien van ‘Know your customer (wordt informatie over financiële positie, doelstellingen en risicobereidheid ingewonnen?)’ bij dat type dienstverlening.

Diezelfde dag heeft ABN AMRO telefonisch gereageerd. Zakelijk weergegeven, heeft ABN AMRO het volgende geantwoord:

- ABN AMRO administreert de derivatenposities in het Murex systeem. Iedere nacht vindt er een herwaardering van de posities plaats op grond van marktdata. De marginverplichtingen en saldering zijn via het Colline systeem vastgelegd. Wekelijks vindt er een afrekening plaats. Vestia heeft vaker dan eens moeten bijstorten. Als onderpand is een cashrekening bij [Fortis] voor Vestia geopend. De afspraken met Vestia pasten binnen het kredietrisico op Vestia.
- De dienstverlening voor Vestia was execution only. Jaarlijks vond er een revisie van de dienstverlening plaats. Daarbij werd gekeken naar het jaarverslag van Vestia en was er contact met de treasury en het bestuur van Vestia. [De oude ABN AMRO Bank] heeft ook gevraagd om inzicht te verkrijgen in de totale positie van Vestia. Vestia heeft dit inzicht niet gegeven. Vestia was in de veronderstelling dat zij professioneel genoeg was om de risico's (van de totale positie) in te schatten en daarom ook geen advies van [de oude ABN AMRO Bank] nodig had.

Per e-mail van 7 februari 2012 heeft de AFM aan ABN AMRO aanvullende vragen gesteld over de dienstverlening aan Vestia. De vragen zagen op het tot stand komen van de classificatie van Vestia als professionele belegger, de motivering van de keuze voor execution only dienstverlening, de jaarlijkse revisie van de portefeuille, de relatie van de accountmanager van [Fortis] met Vestia, het (beleid inzake het) waarschuwen voor grote of risicovolle orders, de omvang van de portefeuille en de wijze van orderverwerking voor Vestia.

Per e-mail van 8 februari 2012 heeft de AFM in aanvulling op de e-mail van 7 februari 2012 vragen aan ABN AMRO gesteld over het eventueel gebruikmaken van een intermediair bij de dienstverlening aan Vestia, de opbrengst voor [Fortis] van een gemiddelde transactie en de geldstromen in het kader van een dergelijke transactie tussen [Fortis], Vestia en – voor zover van toepassing – de intermediair.

Bij brief van 8 maart 2012 heeft ABN AMRO gereageerd op de vragen van de AFM van 7 en 8 februari 2012. Ten aanzien van de relatie met Vestia antwoordt ABN AMRO dat Vestia klant was van de beide rechtsvoorgangers van ABN AMRO, in elk geval sinds 1994 van de oude ABN AMRO Bank en in elk geval sinds 2002 ook van [Fortis]. In 2009 heeft [de oude ABN AMRO Bank] besloten om geen nieuwe positieverhogende

transacties meer voor Vestia uit te voeren. ABN AMRO verzoekt de AFM om een gesprek, teneinde haar antwoorden nader toe te lichten.

Vervolgens is een afspraak gemaakt voor een gesprek op 4 april 2012 ten kantore van ABN AMRO, waarbij zowel de AFM als DNB aanwezig zullen zijn. Ter voorbereiding op dit gesprek heeft de AFM per e-mail van 16 maart 2012 bij ABN AMRO de volgende gegevens opgevraagd:

- “*Derivatenbeleid + eventuele aandachtspunten voor wederpartijen met specifieke kenmerken (indien aanwezig die van een woningbouwcorporatie).*”
- *De ISDA³ en CSA⁴ overeenkomsten met Vestia.*”

Verder heeft de AFM in deze e-mail ABN AMRO erop gewezen dat de tussenpersoon [B] “*mogelijk zonder vergunning van de AFM diensten verleende*”.

Op 20 maart 2012 heeft de AFM aan ABN AMRO een volgende e-mail gestuurd ter voorbereiding op het gesprek van 4 april 2012. Hierin heeft de AFM een aantal voorbeeldvragen opgenomen.

Per e-mail van 28 maart 2012 heeft ABN AMRO aan de AFM de ‘thans geldende ISDA en CSA overeenkomsten met Vestia’ gezonden. Van de op 1 december 2001 gedateerde ISDA Master Agreement en Schedule ontbraken de pagina’s 2 tot en met 17. Daarnaast heeft ABN AMRO het ‘Derivatenbeleid Algemeen (Central OBSI Credit Risk Policy)’ en het ‘Derivatenbeleid woningbouwcorporaties’ bijgevoegd.

Op 4 april 2012 heeft het gesprek tussen de AFM, DNB en ABN AMRO plaatsgevonden.⁵

Per e-mail van 10 april 2012 heeft de AFM aan ABN AMRO de op 4 april 2012 gemaakte afspraak bevestigd, om de volgende informatie aan de AFM te verstrekken:

- “*(Derivaten)beleid tbv van woningbouwcorporaties van [Fortis]*”
- *Brief van (advocaat van) [B] inzake wel/geen vergunningsplichtige dienstverlening*
- *Overhedge rapportage*”.

Op 11 april 2012 heeft een tweede gesprek plaatsgevonden tussen de AFM, DNB en ABN AMRO. Hierbij is onder meer besproken het interne onderzoek door de afdeling Security & Intelligence Management (SIM) van ABN AMRO naar de dienstverlening aan Vestia.⁶ Van het gesprek is door ABN AMRO een verslag opgemaakt, dat op 26 april 2012 is verstrekt aan de AFM.

Per e-mail van 13 april 2012 heeft de AFM aan ABN AMRO de volgende informatie opgevraagd:

³ ISDA staat voor *International Swaps and Derivatives Association*. Een *ISDA Master Agreement* is een standaard overeenkomst voor Over The Counter-derivaten.

⁴ CSA staat voor *Credit Support Annex*. Dit is een overeenkomst die deel uitmaakt van de ISDA en betrekking heeft op het onderpand voor het krediet.

⁵ Van dit gesprek is geen verslag opgemaakt.

⁶ In eerste instantie heeft de afdeling SIM van ABN AMRO twee deelonderzoeken gedaan, genaamd MAUI 1.0 en MAUI 2.0, welke in het gesprek zijn toegelicht. Daarna is nog een verdiepingsonderzoek gedaan, genaamd MAUI 3.0.

Datum 28 augustus 2014
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 5 van 33

- “De toegezegde stukken (Derivaten)beleid tbv woningbouwcorporaties van [Fortis], brief van (advocaat van) [B] inzake wel/geen vergunningsplichtige dienstverlening en overhedge rapportage). Graag ontvangen wij deze stukken begin komende week.
- Hoe lang de periode na introductie Mifid heeft geduurd dat Vestia in de boeken stond als non-professional én hoeveel transacties in deze periode zijn verricht. Graag ontvangen wij deze informatie eind volgende week.
- De Rapportage van Compliance zodra deze is afgerond.”

Bij brief van 26 april 2012 heeft ABN AMRO de AFM het verslag toegestuurd van het gesprek van 11 april 2012 en alle gegevens zoals gevraagd in het gesprek van 4 april 2012 en de e-mails van 10 en 13 april 2012. ABN AMRO heeft onder meer de volgende gegevens overgelegd:

- het oude beleid van [Fortis] ten aanzien van woningcorporaties uit 2003 (‘policy paper volkshuisvesting’);
- legal opinion van [REDACTED] d.d. 3 februari 2009 met betrekking tot de activiteiten van [B];
- rapporten van [REDACTED] inzake de door Vestia toegepaste *cost price hedge accounting* van 11 augustus 2009 en 20 augustus 2010;
- beleid (Financial Markets) ten aanzien van intermediairs uit 2006;
- memo MT GMK NL⁷ van 4 januari 2005 met toelichting op het besluit uitzonderingspositie [B];
- memo intern advies van [Fortis] inzake [B] van 15 oktober 2004;
- samenwerkingsovereenkomst met [B] van 14 oktober 2009.

[REDACTED]

Op 28 augustus 2012 heeft de AFM in kopie een e-mail van DNB aan ABN AMRO ontvangen, ter voorbereiding op een op 4 september 2012 gepland gesprek van de AFM en DNB met ABN AMRO.

Op 4 september 2012 heeft dit gesprek plaatsgevonden. Er is onder meer gesproken over de grondigheid, diepgang en scope van het interne onderzoek dat door afdeling SIM van ABN AMRO was uitgevoerd. Van het gesprek is door ABN AMRO een verslag opgemaakt, dat de AFM op 25 september 2012 heeft ontvangen.

Op 6 september 2012 heeft de AFM in kopie het informatieverzoek ontvangen dat DNB, mede namens de AFM, naar aanleiding van het gesprek op 4 september 2012 aan ABN AMRO had gestuurd. Hierin zijn de volgende aanvullende gegevens opgevraagd:

1. “Het rapport opgesteld door de afdeling Security & Intelligence Management (uitgebreide versie).
2. Het rapport opgesteld door de afdeling Compliance inzake de zorgplicht van [Fortis] in relatie tot de dienstverlening aan Vestia.
3. De uitkomsten, en vastlegging van de zelfreflecties en lessons learned binnen ABN AMRO naar aanleiding van bovengenoemde onderzoeken.”

Bij brief van 13 september 2012 heeft ABN AMRO gereageerd op het informatieverzoek van DNB. ABN AMRO heeft DNB toegestuurd:

- de eindrapportage van de afdeling SIM met betrekking tot Vestia van 5 juli 2012;
- de rapportage van de afdeling Compliance met betrekking tot Vestia ‘inzake de zorgplicht’ van 20 juli 2012.

⁷ Management Team afdeling Global Markets NL.

Voorts zegt ABN AMRO toe aan DNB een *lessons learned*-document met betrekking tot Vestia te zullen verstrekken, zodra dit definitief is.

Op verzoek van de AFM en DNB is een afspraak gemaakt voor een vierde overleg, op 24 oktober 2012. Ter voorbereiding op dit gesprek heeft de AFM op 9 oktober 2012 telefonisch en per e-mail aan ABN AMRO laten weten de volgende aspecten van de bedrijfsvoering van ABN AMRO te willen bespreken:

- het intermediairbeleid van [Fortis] en de uitzonderingspositie van [B];
- de kwalificatie van Vestia en soortgelijke semi-publieke instellingen als ‘professionele belegger’, alsmede de wijze waarop deze kwalificatie tot stand komt;
- de provisiebetalings aan tussenpersonen en de passendheid hiervan (zowel de provisie an sich als de hoogte hiervan);
- de beloningen van medewerkers betrokken bij de dienstverlening aan Vestia (beloningsbeleid);
- de mate waarin de dienstverlening aan Vestia zorgvuldig is geweest en de reflectie op die dienstverlening, waarbij onder meer aandacht wordt gevraagd voor de periodieke revisies van de portefeuille en van de cliëntclassificatie;
- een reflectie op de rol van de afdeling Compliance [REDACTED], met aandacht voor de verhouding tussen risk management, commercie en compliance, alsmede de lessen die de afdeling Compliance, kijkend naar de Vestia casus, heeft getrokken ten aanzien van haar optreden.

Per e-mail van 22 oktober 2012 heeft de AFM van ABN AMRO informatie ontvangen ter voorbereiding op het gesprek van 24 oktober 2012. De informatie betreft een presentatie genaamd ‘Reflectie Vestia’ waarin actiepunten zijn beschreven die ABN AMRO wenst uit te voeren met betrekking tot verschillende bedrijfsvoeringsaspecten die verband houden met de dienstverlening aan Vestia.

Op 24 oktober 2012 heeft het vierde gesprek tussen de AFM en DNB en ABN AMRO plaatsgevonden. Van het gesprek is door DNB een gespreksverslag opgesteld en verstrekt aan de AFM.

De AFM en DNB hebben aangegeven dat uit de presentatie van 22 oktober 2012 niet blijkt wat ABN AMRO daadwerkelijk gaat doen om een toekomstige Vestia-situatie te voorkomen en wat de gedragsveranderingen zijn die ABN AMRO wil bewerkstelligen. Voorts constateerden de AFM en DNB dat de presentatie niet volledig is, aangezien een aantal aspecten van de bedrijfsvoering die naar voren zijn gekomen in de SIM-rapportage, in de presentatie niet wordt geadresseerd. De AFM en DNB hebben ABN AMRO verzocht om binnen veertien dagen een aangepast plan van aanpak te verstrekken.

Op 7 november 2012 heeft DNB met ABN AMRO telefonisch overleg gehad over het door ABN AMRO opgestelde gespreksverslag. In aansluiting daarop heeft DNB aan ABN AMRO een e-mail met enkele opmerkingen en verzoeken gestuurd, met kopie aan de AFM.

De AFM heeft per e-mail van 24 november 2012 ABN AMRO om nadere informatie verzocht inzake de portefeuille van Vestia over de jaren 2007-2010. In de e-mail is opgenomen:

- *“Graag ontvangen we een compleet portefeuilleoverzicht (per regel: type derivaat, handelsdatum, nominale waarde).*
- *Heeft Vestia zelf ook swaptions geschreven? Zo ja, dan zien we [...] graag terug in het portefeuilleoverzicht voor welke opties dit eventueel geldt.*

- *ABN AMRO geeft in haar brief van 8 maart 2012 aan dat de huidige derivatenportefeuille van Vestia bruto € 1,97 miljard bedraagt. Hierbij is geen rekening gehouden met tegengestelde posities. Graag krijgen we een indicatie/schatting van de netto portefeuille (waarbij rekening is gehouden met tegengestelde posities) op het hoogste punt.”*

Bij brief van 27 november 2012 heeft de FIOD in overleg met het Openbaar Ministerie (OM) op basis van artikel 6, derde lid, van het Besluit politiegegevens bijzondere opsporingsdiensten, e-mails uit de e-mailbox van [B] aan de AFM verstrekt.

Per e-mail van 30 november 2012 heeft de AFM de op 24 november 2012 gevraagde informatie over de portefeuille van Vestia van ABN AMRO ontvangen. ABN AMRO verwijst in haar reactie naar een drietal tabbladen van een meegestuurd Excel bestand met daarin de volgende portefeuilleoverzichten:

- *“portefeuilleoverzicht Vestia ex F 2004-2010”;*
- *“portfolio Vestia old AAB based on dealconfirmations”;*
- *“Vestia Portfolio Overview incl swaptions”.*

Per e-mail van 14 december 2012 heeft de AFM van ABN AMRO het document ‘Reflectie Vestia, Dialoog DNB & AFM, Goedgekeurd Raad van Bestuur 11 december 2012’ ontvangen. Dit betreft het naar aanleiding van het overleg van 24 oktober 2012 herziene reflectie-document.

De AFM heeft bij brief van 6 februari 2013 ABN AMRO om de volgende informatie verzocht:

1. *“a. alle (schriftelijke) afspraken tussen [Fortis] en [B] h.o.d.n. [D] tot op heden die zien op de dienstverlening tussen [D] [B] en [Fortis], inclusief conceptovereenkomsten, uitgezonderd de bemiddelingsovereenkomst van 14 oktober 2009 waarover de AFM reeds beschikt; en
b. een volledige opgave van de vergoedingen die [D] [AFM: B] hiervoor -per jaar- van [Fortis] heeft ontvangen, voor zover dit afwijkt van de opgave die is opgenomen in de presentatie van SIM voor de AFM of DNB van 11 april 2012 en de rapportage Maui 3.0;*
2. *Hoe heeft [Fortis] zich bij aanvang van de dienstverlening aan Vestia ervan vergewist dat [D] [B] handelde in overeenstemming met de vergunningplicht? Gaarne eventuele schriftelijke stukken ter zake overleggen;*
3. *Hoe heeft [Fortis] zich er elke twaalf maanden van vergewist dat [D] [B] handelde in overeenstemming met de vergunningplicht? Gaarne eventuele schriftelijke stukken ter zake overleggen;*
4. *Van vijf hieronder genoemde transacties met Vestia die door de AFM zijn geselecteerd uit het door ABN AMRO verstrekte portefeuilleoverzicht⁸ ontvangen wij graag per transactie:*
 - a. *Alle informatie die ziet op het aangaan van deze transacties. Hieronder wordt in ieder geval begrepen alle correspondentie en andere contactmomenten tussen [Fortis], [D] [B] en Vestia die hebben plaatsgevonden zowel voorafgaand als bij het aangaan van de transacties alsmede de confirmations.*
 - b. *De door [Fortis] aan [D] [B] betaalde vergoeding onderbouwd met schriftelijke documenten (rekeningafschriften en facturen) waarbij wordt aangegeven waarom de provisie is betaald en welke werkzaamheden [D] [B] hiervoor heeft verricht;*

⁸ Zoals de AFM heeft ontvangen per e-mail van 30 november 2012.

c. Hoe heeft [Fortis] de aan [D] [B] betaalde provisie transparant gemaakt aan Vestia? Gaarne eventuele schriftelijke stukken ter zake overleggen.

Product type	Trade date	Dealnummer
IRS ⁹	27 mei 2009	DIO20160
Receiver swaption	6 oktober 2009	DKC59973,59709
Receiver swaption	6 oktober 2009	DKC59772,59636
Floating to fixe lening	15 oktober 2009	DJS03550, DJS03607, DKD 13766, DKD 14746
IRS extendible (aanpassing)	15 oktober 2009	DJS02559 en DJV94280

*Voor zover ABN AMRO bij bovengenoemde transacties geen vergoeding aan [D] [B] heeft betaald, verzoeken wij u een selectie van vijf additionele transacties te maken uit de periode 2009 - 2011, waarbij een provisie aan [D] [B] is betaald en waarvan ten minste drie transacties hebben plaatsgevonden na 1 juli 2009”

Per e-mail van 27 februari 2013 heeft ABN AMRO op het informatieverzoek van 6 februari 2013 gereageerd. Bij de reactie zijn 18 documenten gevoegd. In antwoord op vraag 4.b laat ABN AMRO nog weten dat niet van alle door de AFM geselecteerde transacties een factuur aanwezig is. In antwoord op vraag 4.c geeft ABN AMRO aan dat ten tijde van de transacties tussen [Fortis] en [B] het transparant maken van betaalde vergoedingen “*geen verplichting, noch algemeen gebruik*” was en dat zij in haar beperkte onderzoek ook geen schriftelijk bewijs heeft gevonden van transparantie richting Vestia over betaalde vergoedingen door [Fortis] aan [B].

Op 4 maart 2013 heeft de AFM telefonisch contact gehad met ABN AMRO. Diezelfde dag heeft de AFM het gesprek als volgt per e-mail van bevestigd:

“Zoals vanochtend besproken hierbij een korte bevestiging. Onder punt 4a van het informatieverzoek hebben wij om alle informatie (correspondentie, contactmomenten) aangaande een aantal transacties verzocht. Wij hebben enkel de confirmations van de transacties ontvangen. U gaf aan dat er geen andere informatie aangaande de transacties beschikbaar is.”

Later die dag heeft ABN AMRO per e-mail op deze bevestiging gereageerd en – kort gezegd – de AFM gevraagd of zij verdere zoekacties wenselijk vindt.

Per e-mail van 8 maart 2013 heeft de AFM aan ABN AMRO laten weten dat verder onderzoek naar de gevraagde correspondentie en andere contactmomenten aangaande transacties met Vestia op dat moment niet vereist was. Daarbij heeft de AFM aangegeven dat zij hierop in de toekomst kan terugkomen.

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

Bij brief van 28 maart 2013 heeft ABN AMRO gereageerd op het informatieverzoek van 8 maart 2013. ABN AMRO verwijst naar de dienstverlening bij Vestia. De volgende passage is opgenomen in de brief:

⁹ Interest Rate Swap.

“ABN AMRO heeft in het kader van het onderzoek van Vestia regelmatig contact gehad met de AFM, zowel mondeling als schriftelijk. Ook tijdens dit onderzoek is de vraag aan de orde geweest hoe de dienstverlening aan Vestia (een Public Sector klant) diende te worden gekwalificeerd. Het sluiten van een OTC derivatenovereenkomst (waaronder een rentederivaat valt) wordt in beginsel gedaan op basis van een zogenaamde principal-to-principal verhouding. ABN AMRO is dan niet de adviseur van de klant maar de tegenpartij van de klant. Dit wordt ook vastgelegd in de transactie bevestigingen. Omdat het principal-to-principal model niet past in de definitie van het ‘verlenen van een beleggingsdienst’ zoals is opgenomen in artikel 1:1 van de Wft, is er naar mening van ABN AMRO formeel ook geen sprake van execution only dienstverlening, als variant van effectendienstverlening. Dit neemt niet weg dat het principal-to-principal model wel vaak een execution only achtig karakter heeft, zoals ook is toegelicht in het Vestia dossier. [REDACTED]

De AFM heeft op 10 april 2013 telefonisch met ABN AMRO gesproken over de reflecties van ABN AMRO inzake de Vestia-casus. Hierbij heeft de AFM aangegeven dat zij geen inhoudelijke reactie op de reflecties kan geven vóór de afronding van het onderzoek door de AFM.

Bij brief van 19 april 2013 heeft de AFM aan ABN AMRO gevraagd om haar alsnog de informatie te verstrekken waarom de AFM in het informatieverzoek van 6 februari 2013 had verzocht, maar nog niet had ontvangen, dan wel gemotiveerd aan te geven waarom verstrekking niet mogelijk is.

Tevens heeft de AFM de volgende aanvullende vragen gesteld omtrent de dienstverlening aan Vestia:

1. *“Waaruit bestond precies de dienstverlening van [Fortis] aan Vestia? Als er stukken zijn die dit onderbouwen, verzoekt de AFM u deze over te leggen.*
2. *Heeft [Fortis] haar dienstverlening juridisch gekwalificeerd en zo ja, wat was daarvan de conclusie? Als er stukken zijn die dit onderbouwen, verzoekt de AFM u deze over te leggen.*
3. *Is ABN AMRO van oordeel dat sprake was van een execution only relatie met Vestia, of juist niet? Wat wordt in dit verband verstaan onder “execution only achtig karakter” vermeld in de brief 28 maart 2013 van ABN AMRO?*
4. *Welke gevolgen heeft het antwoord op vraag 3 voor de kwalificatie van de dienstverlening aan Vestia?”*

Op 25 april 2013 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen de AFM, DNB en ABN AMRO over de implementatie van de lessen uit de zelfreflectie naar aanleiding van de Vestia-casus.¹⁰

Op 14 mei 2013 heeft op verzoek van ABN AMRO een gesprek plaatsgevonden met de AFM, naar aanleiding van het informatieverzoek van de AFM van 19 april 2013.¹¹ Daarbij heeft ABN AMRO het volgende toegezegd:

- ABN AMRO zal zo spoedig mogelijk de vier vragen over de dienstverlening aan Vestia, zoals gesteld per brief van 19 april 2013, beantwoorden;
- ABN AMRO zal uiterlijk aan het eind van de week aan de AFM laten weten:
 - o wat zij reeds aan onderzoek heeft gedaan;

¹⁰ Van dit gesprek is geen formeel verslag opgemaakt.

¹¹ Van dit gesprek is geen formeel verslag opgemaakt.

- o welke gegevens zeker niet beschikbaar zijn (dat wil zeggen, het ontbreken van zowel de *voice logs* als de e-mailboxen van [de heer A]); en
- o welke (on)mogelijkheden er kleven aan het doen van een eventueel vervolgonderzoek.

Per e-mail van 16 mei 2013 heeft ABN AMRO gereageerd op het informatieverzoek van de AFM van 19 april 2013. ABN AMRO geeft aan dat naast de deal confirmations de gevraagde informatie over de transacties met Vestia, zoals verzocht op 6 februari 2013, niet beschikbaar is. ABN AMRO laat de AFM onder meer weten: *“Uit (...) bleek dat er geen gesprekken beschikbaar waren van [de heer A]. (...) Nu de gesprekken van [de heer A] niet beschikbaar blijken te zijn, er niet bekend is op welk moment [de heer A] de opdracht kreeg van Vestia voor bepaalde deals, er niet bekend is wat het exacte moment is dat de trader de opdracht voor de deal kreeg, is het naar mening van SIM/ABN AMRO niet zinvol om de voice logging tapes te ‘doorzoeken’ naar eventuele communicatie/informatie met betrekking tot transacties in relatie tot Vestia. Dit omdat de kans op succes nihil is. (...)*

Als gevolg van het feit dat [de heer A] sinds 2010 niet meer werkzaam meer is bij de bank, is zijn e-mailbox “vernietigd” één jaar na het moment van ontslag. Dit is vermoedelijk gebeurd in 2011 en in lijn met de toenmalige policies van FBN hieromtrent. De vernietiging heeft dus ruim voor de aanvang van het interne onderzoek van de bank plaats gevonden.

Nu de mailbox van [de heer A] niet meer voorhanden is, is het onmogelijk om email correspondentie met betrekking tot derivaten transacties tussen [de heer A] enerzijds en Vestia (lees: [de heer C]) en [B] anderzijds te achterhalen.”

Bij brief van 31 oktober 2013 heeft de AFM aan ABN AMRO een aanvullend informatieverzoek gestuurd. In het informatieverzoek is onder meer opgenomen:

- “1. Graag ontvangt de AFM een kopie van de ontbrekende pagina's van deze [op 28 maart 2012 door ABN AMRO aan de AFM gezonden] ISDA master agreement.(...) (...)*
- 3. De AFM gaat er vanuit dat er bij ABN AMRO geen andere informatie voorhanden is dan de hierboven genoemde [op 27 februari 2013 door ABN AMRO aan de AFM gezonden] documenten, die ziet op het aangaan van de bovengenoemde geselecteerde transacties. Indien er wel documenten met betrekking tot deze transacties bestaan waaruit elk stadium van verwerking van deze transacties door [Fortis] inzake Vestia blijkt, zoals bedoeld in artikel 35, eerste en vierde lid, BGfo ontvangt de AFM graag een kopie van deze documenten.*
- 4. De AFM verzoekt ABN AMRO om alsnog per geselecteerde transactie gedocumenteerd aan te geven welke werkzaamheden [B] met betrekking tot deze specifieke transactie heeft verricht.*
- 5. Graag ontvangt de AFM een kopie van de bovengenoemde “policies” van Fortis en van het beleid van ABN AMRO (oud-ABN AMRO en huidig ABN AMRO) met betrekking tot het vernietigen van e-mailboxen in de periode 2007 tot heden.”*

Bij brief van 21 november 2013 heeft ABN AMRO gereageerd op het informatieverzoek van 31 oktober 2013. ABN AMRO heeft daarbij de gehele ISDA Master Agreement met Vestia van 1 december 2001 gevoegd. Ook heeft ABN AMRO de AFM een kopie verstrekt van ‘een annex bij het algemene e-mailbeleid van [Fortis] van 17 januari 2007’. Op vraag 3 van het informatieverzoek antwoordt ABN AMRO:

“Met betrekking tot de vijf geselecteerde transacties is geen nadere informatie gevonden die als basis zou kunnen dienen voor een beschrijving van de werkzaamheden per transactie.”

Bij brief van 26 februari 2014 heeft de AFM haar voornemen kenbaar gemaakt om aan ABN AMRO een bestuurlijke boete op te leggen wegens overtreding van artikel 35, eerste lid, BGfo.

Op 17 april 2014 heeft ABN AMRO, bijgestaan door haar gemachtigden, mondeling haar zienswijze op het boetevoornemen gegeven en daarbij stukken overgelegd.

1.3 Feiten die aanleiding vormen tot het besluit

Deze paragraaf bevat een korte samenvatting van de feiten die aanleiding vormen tot het boetebesluit.

Op grond van artikel 35, eerste lid, BGfo moet [Fortis] gegevens bijhouden over alle door haar verleende beleggingsdiensten, nevendiensten en verrichte beleggingsactiviteiten teneinde toezicht door de AFM mogelijk te maken op de naleving van hetgeen ter implementatie van de MiFID bij of krachtens de Wft is bepaald.

Nadat Vestia eind 2011 in de problemen was gekomen door haar portefeuille van rentederivaten, is de AFM een onderzoek gestart naar banken en bemiddelaars die een rol speelden bij de totstandkoming van de derivatentransacties met Vestia, waaronder [Fortis]. De AFM heeft bij ABN AMRO onder meer gegevens opgevraagd om te kunnen vaststellen welke werkzaamheden [Fortis] in relatie tot Vestia heeft uitgevoerd. De AFM heeft van ABN AMRO informatie ontvangen waaruit blijkt dat [Fortis] niet alleen voor eigen rekening met Vestia als contractuele wederpartij heeft gehandeld (verrichten van beleggingsactiviteiten), maar ook beleggingsdiensten aan Vestia in haar hoedanigheid als cliënt van [Fortis] heeft verleend. ABN AMRO is ondanks herhaaldelijk verzoek niet in staat gebleken om de AFM op transactieniveau voldoende gegevens te verstrekken om per transactie te kunnen beoordelen welke beleggingsdiensten [door Fortis] zijn verleend (het ontvangen en doorgeven van orders van de cliënt, het voor rekening van de cliënt uitvoeren van orders en/of het adviseren van de cliënt) of zelfs maar óf er ten aanzien van specifieke transacties beleggingsdiensten zijn verleend.

Het onderscheid naar het soort beleggingsdienst is voor de AFM van essentieel belang om te kunnen toetsen of [Fortis] in het kader van haar dienstverlening de toepasselijke wet- en regelgeving heeft nageleefd. De AFM richt zich dan in het bijzonder op de vraag of [Fortis] het belang van Vestia in de juiste mate in acht heeft genomen, gelet op de soort beleggingsdienst die is verleend. Hierbij gaat het bijvoorbeeld om de naleving van de zorgplicht van artikel 4:23 Wft die van toepassing is in geval van beleggingsadvies, de naleving van de best execution verplichting van artikel 4:90a Wft in geval van het uitvoeren van orders voor rekening van de cliënt of de naleving van artikel 168a, eerste lid, BGfo bij de toetsing van de noodzaak van de provisiebetalingen aan [B]. Gezien de hoogte van de aan [B] betaalde provisies, had de AFM met name daarnaar onderzoek willen doen.

2. Beoordeling

2.1 Wettelijk kader

In artikel 1:1 Wft is – voor zover relevant – bepaald:

“In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt, voorzover niet anders is bepaald, verstaan onder:
(...)

professionele belegger:

(...)

o. een rechtspersoon of vennootschap die aan twee van de volgende omvangseisen voldoet:

- 1. een balanstotaal van ten minste € 20.000.000;*
- 2. een netto-omzet van ten minste € 40.000.000;*
- 3. een eigen netto vermogen van ten minste € 2.000.000.*

(...)

provisie: beloning of vergoeding, in welke vorm dan ook, voor het bemiddelen of adviseren ter zake van een financieel product of het verlenen van een beleggingsdienst of nevendienst.

(...)

verlenen van een beleggingsdienst:

- a. in de uitoefening van beroep of bedrijf ontvangen en doorgeven van orders van cliënten met betrekking tot financiële instrumenten;*
- b. in de uitoefening van beroep of bedrijf voor rekening van die cliënten uitvoeren van orders met betrekking tot financiële instrumenten;*

(...)

- d. in de uitoefening van beroep of bedrijf adviseren over financiële instrumenten;*

(...)

(...)

verrichten van een beleggingsactiviteit:

- a. in de uitoefening van beroep of bedrijf handelen voor eigen rekening;*

(...)

In artikel 35 BGfo is bepaald:

- 1. Een beleggingsonderneming houdt gegevens bij over alle door haar verleende beleggingsdiensten, nevendiensten en verrichte beleggingsactiviteiten ten einde het toezicht op de naleving van hetgeen ter implementatie van de richtlijn markten voor financiële instrumenten ingevolge de wet is bepaald mogelijk te maken.*
- 2. De beleggingsonderneming bewaart de gegevens, bedoeld in het eerste lid, gedurende ten minste vijf jaar.*
- 3. Een beleggingsonderneming bewaart de gegevens met betrekking tot de overeenkomst, bedoeld in artikel 4:89, tweede lid, van de wet, ten minste voor de duur van de relatie met de cliënt.*
- 4. Een beleggingsonderneming bewaart de gegevens, bedoeld in het eerste en derde lid, op een duurzame drager in een zodanige vorm en op zodanige wijze dat:
 - a. de Autoriteit Financiële Markten vlot toegang kan hebben tot de gegevens en elk stadium van de verwerking van een transactie kan reconstrueren;**

- b. *alle wijzigingen, alsmede de inhoud van de gegevens voordat wijzigingen zijn aangebracht, gemakkelijk kunnen worden achterhaald;*
- c. *de gegevens niet anderszins gemanipuleerd of gewijzigd kunnen worden.*
5. *De Autoriteit Financiële Markten stelt een lijst op van gegevens die een beleggingsonderneming op grond van hetgeen ter implementatie van de richtlijn markten voor financiële instrumenten ingevolge de wet is bepaald, ten minste moet bewaren.*

2.2 Zienswijze ABN AMRO

In haar op 17 april 2014 gegeven zienswijze heeft ABN AMRO – zakelijk weergegeven – het volgende naar voren gebracht:

- **Geen overtreding van artikel 35, eerste lid, BGfo**

De relatie tussen [Fortis] en Vestia was een *principal to principal* (P2P)-relatie, aangezien partijen transacties met elkaar aangingen als elkaars volwaardige wederpartijen. [Fortis] verleende hierbij dan ook geen *beleggingsdiensten* aan Vestia, maar verrichtte uitsluitend *beleggingsactiviteiten*. Voor *beleggingsactiviteiten* gelden slechts twee administratieve vereisten op grond van artikel 35, eerste lid, BGfo (nummers 5 en 11 uit de door de AFM gepubliceerde minimumlijst) en daaraan heeft [Fortis] voldaan. ABN AMRO licht dit als volgt toe.

Als een bank/beleggingsonderneming optreedt als wederpartij verricht zij *beleggingsactiviteiten*, maar kán er tevens sprake zijn het verlenen van *beleggingsdiensten*. De kernvraag hierbij is of de bank/beleggingsonderneming handelt *‘on behalf of clients’*. Hierbij is van belang of de wederpartij ervan uit mocht gaan dat zij als cliënt zou worden behandeld of dat die zij zich daadwerkelijk opstelt als wederpartij en daarmee sprake is van een P2P-relatie. De Europese Commissie heeft aangegeven welke elementen aanleiding geven om aan te nemen dat sprake is van een P2P-relatie. Uit de behandeling van die elementen hieronder blijkt dat deze naadloos aansluiten op de relatie tussen [Fortis] en Vestia:

- *Transacties worden aangegaan op specifiek verzoek van de wederpartij*
Vestia legde zelf transactieverzoeken in en gaf aan wat de gewenste looptijd en nominale waarde was.
- *Transacties worden aangegaan op eigen boek en niet als tussenpersoon*
[Fortis] handelde als wederpartij van Vestia en niet als tussenpartij om een transactie tussen Vestia en een derde tot stand te brengen.
- *Transacties worden aangegaan op ‘request for quote’ basis*
Vestia vroeg niet alleen bij [Fortis] quotes op voor de transacties. Vestia vroeg bij diverse banken, zowel in Nederland als in het buitenland, quotes op en sloot de transactie af bij de besteieder. Daarbij onderhandelde Vestia niet alleen over de spread en de looptijd, maar ook over specifieke elementen van de toepasselijke documentatie, waaronder de (hoge) threshold voor collateral verplichtingen. Dit deed Vestia ook in relatie tot andere partijen waarvan zij derivaten afnam. Dat een bank om zaken te mogen doen met Vestia zich had te schikken naar Vestia’s wensen ten aanzien van de documentatie, onderstreept de opstelling van Vestia als principal eens te meer.
- *De transacties worden aangegaan met een professionele wederpartij*
Vestia was een professionele belegger met een derivatenportefeuille met een waarde van vele

miljarden euro. Vestia had bovendien een substantieel handelsvolume. Vestia-treasurer [de heer C] werd zowel binnen als buiten de sector beschouwd als een absolute expert op het gebied van derivaten.

o *Market practice*

Volgens de Europese Commissie is de wholesale OTC-derivatenmarkt bij uitstek een voorbeeld van een markt waarin principals elkaar vinden en door ‘rond te shoppen’ op zoek naar de beste deal. Dit is precies wat Vestia deed.

Per 1 oktober 2012 moeten woningcorporaties verplicht worden geclassificeerd als niet-professionele belegger en moet worden vastgelegd dat de bank de woningcorporatie heeft geadviseerd over iedere aangevane derivatentransactie. Daarmee is een P2P-relatie met een woningcorporatie niet meer mogelijk, maar a contrario moet uit de nieuwe regelgeving worden afgeleid dat dit tevoren wel mogelijk was en, zoals hierboven uiteengezet, was dit ook de relatie tussen [Fortis] en Vestia.

In het onderzoeksrapport licht de AFM een aantal elementen uit het dossier waaruit zou blijken dat [Fortis] ook beleggingsdiensten aan Vestia zou hebben verleend.¹² De AFM trekt die elementen echter uit hun verband en verbindt er daardoor de verkeerde conclusies aan. Hieronder worden de elementen uit het rapport geciteerd, met puntsgewijs de reactie van ABN AMRO daarop:

“Voorts komt de AFM tot de conclusie dat [Fortis] in relatie tot Vestia niet uitsluitend heeft gehandeld voor eigen rekening, omdat zij ook beleggingsdiensten heeft verleend aan Vestia. De AFM heeft in haar onderzoek vastgesteld dat het contact tussen [Fortis] en Vestia verder strekte dan het enkel afgeven van quotes door [Fortis] en het door Vestia op basis daarvan inleggen van orders. Dit wordt geïllustreerd door het volgende:¹³

1. “ABN AMRO heeft op de vraag van de AFM ‘Hoe was de relatie tussen de accountmanager bij [Fortis] en Vestia?’ op 8 maart 2012 het volgende geantwoord: *‘In de praktijk waren er directe contacten met meerdere afdelingen en personen van de bank, zoals de treasury afdeling voor Public Banking klanten. De contacten vanuit het account management en de treasury afdeling waren het meest frequent, zowel face-to-face als telefonisch en per e-mail. Aan de zijde van de klant was het contact met de treasurer en met de operationele mensen het meest intensief.’*”

Reactie ABN AMRO:

De AFM concludeert op basis van het frequente contact tussen [Fortis] en Vestia dat de relatie verder moet gaan dan het optreden als elkaars wederpartij. Dit is echter onjuist. Juist in de professionele OTC-markt is het van belang dat goede en frequente contacten worden onderhouden tussen de belangrijke spelers op deze markt. Daarmee wordt de basis gelegd voor het aangaan van derivatencontracten en plaatsen partijen zich bovendien blijvend in de kijker als potentiële wederpartij van toekomstige derivatencontracten.

Het is normaal taalgebruik om hierbij te spreken over klanten, dit moet zeker niet worden gezien als een

¹² Pag. 37 en 38 onderzoeksrapport.

¹³ Voor de overzichtelijkheid zijn in dit citaat de gedachtestreepjes vervangen door cijfers.

juridische kwalificatie van de activiteiten van [Fortis]. **[Einde reactie]**

2. “De afdeling Compliance van ABN AMRO heeft in haar rapportage van 20 juli 2012 onder meer het volgende vermeld: *‘alhoewel producten formeel op execution only basis werden aangeboden, het bij Vestia zou kunnen zijn dat er ook inhoudelijk contact is geweest waardoor er bij bepaalde transacties sprake kan zijn geweest van advisering’.*”

Reactie ABN AMRO:

In een compliance rapport van ABN AMRO wordt vermeld dat het zou kunnen dat bij Vestia ook inhoudelijk contact is geweest waardoor er bij bepaalde transacties sprake kan zijn geweest van advisering. Buiten het feit dat dit een speculatieve mededeling is waar op zichzelf weinig waarde kan worden toegekend – er wordt geen daadwerkelijke conclusie getrokken – volgt uit de documentatie met betrekking tot de transacties dat van advisering geen sprake is geweest. Transacties werden aangegaan op basis van quotes die Vestia opvroeg en waarbij Vestia de beoogde looptijd en nominale waarde opgaf.

De AFM heeft ook een e-mail uitgelicht waarin het woord advies voorkomt. Op basis daarvan concludeert de AFM dat er kennelijk sprake was van een adviesrelatie. Deze conclusie is te kort door de bocht en vindt geen enkele steun in de feiten ten aanzien van de totstandkoming van de transacties, noch in de feiten ten aanzien van de totstandkoming van deze documenten.

De passages waarin het woord advies voorkomt hebben niet de strekking de relatie met Vestia te kwalificeren. Het betreft geen juridische of feitelijke analyse van de vraag of Vestia werd geadviseerd. Het betreft min of meer ter loopse opmerkingen van business-medewerkers. Deze uitlatingen kunnen dan ook niet de conclusie van de AFM dragen dat sprake moet zijn geweest van advisering door [Fortis]. Dit is eens te meer het geval nu deze conclusie geen steun vindt in de feiten. De e-mailcorrespondentie met betrekking tot de rentederivaten bevat geen advisering, maar uitsluitend onderhandelingen en bevestigingen van transacties. De AFM heeft geen enkel document aangewezen waarin [Fortis] Vestia daadwerkelijk adviseert. **[Einde reactie]**

3. “In de SIM rapportage¹⁴ staat de volgende passage uit een e-mailbericht van [de heer G] ([REDACTED]) aan [de heer H] ([REDACTED]) op 13 juli 2005 opgenomen: *‘Wij hebben een zeer bewuste commerciële keuze gemaakt die geleid heeft tot een geweldig succes: € [REDACTED] Mark Up gerealiseerd door [de heer A] in de eerste zes maanden van 2005 (2004 € [REDACTED])!!! Vier uur reistijd per dag wordt nu zeer effectief ingezet met de advisering, structurering en de verkoop van rentederivaten.’*”

Reactie ABN AMRO:

Met de opmerking dat het thuiswerken van [de heer A] een bewuste keuze is geweest, omdat hij door verlies van reistijd de vrijgekomen tijd kan inzetten voor advisering, structurering en verkoop van

¹⁴ SIM rapportage van 5 juli 2012 (pag. 39 en 40).

rentederivaten, wordt niet bedoeld dat [de heer A] beleggingsadvies verleende. Zie ook de reactie op punt 2. Het betreft slechts een generieke opsomming van activiteiten. Uit de context kan worden opgemaakt dat het ging om het creëren van tijdsruimte voor [de heer A] en dat de verwijzing naar de door hem verrichte werkzaamheden in louter algemene zin is bedoeld, als een verwijzing naar de werkzaamheden waarmee [de heer A] zich in het algemeen placht bezig te houden. **[Einde reactie]**

- 4.a “Uit e-mailcontact¹⁵ tussen de accountmanager enerzijds, Vestia en [B] anderzijds volgt dat [Fortis] productvoorstellen heeft gedaan. In de e-mail van 22 maart 2005 van [de heer A] aan Vestia staat bijvoorbeeld: *‘Ik heb nog even gekeken naar de niveau’s voor een nieuwe swap en tevens hoe we een nieuwe swap kunnen gebruiken om de bestaande 50/50+ nog iets te verbeteren’*. Op 1 september 2009 zendt [de heer A] een e-mail aan Vestia ([de heer C]), waarin een herstructurering van de losse receiver swaptions wordt voorgesteld.¹⁶ Ook volgt dit uit de een email van [de heer A] aan [B] op 10 november 2004:

*‘[de heer F], NIEUW! Target Crescendo Swap
Vestia ontvangt van 5/9/04 tot 5/9/05: 6,225% (A, 30/360) (...) Wat denk je ervan?’*

- 4.b [B] vraagt op verschillende momenten aan [Fortis] om productvoorstellen te doen. In een e-mail van 8 december 2010 vraagt [B] bijvoorbeeld aan medewerkers van [Fortis] ([REDACTED]) het volgende: *‘Ik heb met [de heer C] gesproken over die 250 mio basisrente lening. Zou je een berekening kunnen maken als we de basisrente om zouden bouwen naar een 10 + 40 extendible lening. Hou maar even geen rekening met de krediet opslag. We zouden graag een vb willen zien waarbij de eerste en tweede periode op 1 niveau zou liggen’*.”

Reactie ABN AMRO:

Ook de productvoorstellen die de AFM citeert, betreffen geen beleggingsadvies. Van beleggingsadvies is sprake als een specifiek financieel instrument wordt aanbevolen aan een specifieke cliënt en is afgestemd op diens persoonlijke kenmerken of omstandigheden.

Vestia sloot de rentederivaten op stand-alone basis af, bij de beste bieder, los van de kredieten waarvan het renterisico werd afgedekt. [Fortis] had zodoende geen kennis van de specifieke kredieten of rentepositie van Vestia, maar had slechts in generieke zin kennis van de bedrijfsvoering en wijze van financiering van Vestia. In een dergelijke situatie is vanzelfsprekend geen sprake van beleggingsadvies.

De contacten tussen [Fortis] en Vestia onderschrijven dit en hielden dan ook geen beleggingsadvies in. Er werd gesproken over de wijze waarop een transactie zou kunnen worden vormgegeven om tot een voor beide partijen optimale structuur te komen. [Fortis] gaf Vestia geen aanbeveling om, gelet op Vestia’s situatie, een bepaald renterisico te hedgen of om een bepaalde renteswap aan te gaan. De persoonlijke omstandigheden van Vestia werden expliciet niet meegenomen.

¹⁵ Zie onder andere e-mails d.d. 10 november 2004, 11 november 2004, 22 maart 2005 en 8 december 2010 door de AFM op 27 november 2012 ontvangen van de FIOD, zoals opgenomen in bijlage 4 [bij onderzoeksrapport].

¹⁶ Zie bijlage 6 [bij onderzoeksrapport].

Vestia besliste zelf welk risico zij wilde hedgen en welke transactie zij zou aangaan.

De discussie tussen partijen had uitsluitend tot doel om tot een optimale afstemming van vraag en aanbod te komen. [Fortis] gaf daarbij aan onder welke voorwaarden, waaronder de prijs, zij bereid was een transactie aan te gaan. Soms kan een aanpassing in de structuur van een transactie tot een gunstigere prijs leiden, terwijl de transactie nog steeds voldoet aan de doelstellingen van de wederpartij. Dat is in een P2P-relatie een volstrekt normale gang van zaken en geen reden om aan te nemen dat beleggingsadvies of een andere beleggingsdienst werd verleend. **[Einde reactie]**

5. “ABN AMRO heeft in haar antwoord op de vraag van de AFM of [Fortis] Vestia altijd heeft gezien als professionele belegger op 8 maart 2012 aangegeven dat Vestia onder de classificatie van professionele partij werd behandeld. ABN AMRO geeft hierbij aan dat deze classificatie aan Vestia is bevestigd in 2008 en herbevestigd in 2009.”

Reactie ABN AMRO:

Ook uit het feit dat [Fortis] Vestia classificeerde als professionele belegger mag niet worden afgeleid dat [Fortis] van mening was dat beleggingsdiensten werden verleend. Als gezegd is het feit dat de wederpartij een professionele belegger is, een element dat het bestaan van een P2P-relatie onderschrijft. Om deze reden heeft [Fortis] de professionaliteit van Vestia als belegger onderzocht. De classificatie als professionele belegger is derhalve juist een ondersteunend element voor de kwalificatie van de relatie tussen [Fortis] en Vestia als P2P. **[Einde reactie]**

Anders dan de AFM in haar rapport veronderstelt, is het standpunt van ABN AMRO niet dat [de] activiteiten [van Fortis] in relatie tot Vestia zijn uitgezonderd van de Wft op grond van artikel 1:18, aanhef en onder h, Wft. Het standpunt van ABN AMRO is dat [Fortis] in relatie tot Vestia uitsluitend beleggingsactiviteiten heeft verricht (handel voor eigen rekening), waarop vrijwel geen vereisten uit de Wft van toepassing zijn.

Blijkens het onderzoeksrapport gaat het de AFM om het bijhouden van gegevens op transactieniveau. De AFM heeft een minimumlijst gepubliceerd van gegevens die een beleggingsonderneming op grond van artikel 35 BGfo moet bijhouden.¹⁷ Terzake van het verrichten van beleggingsactiviteiten zijn – op transactieniveau – uitsluitend de nummers 5 en 11 relevant, zijnde:

	Type gegeven	Indicatieve inhoud gegeven	Artikelen in wet- en regelgeving die op gegeven betrekking hebben	Indicatieve tijd wanneer gegeven is gecreëerd
5	Gegevens over uitgevoerde transacties	Alle relevante gegevens over de door de beleggingsonderneming verrichte transacties in financiële instrumenten.	Art. 4:90e, eerste en tweede lid, Wft en art. 8 Uitvoeringsverordening MiFID.	Zodra de transactie is verricht.
11	Transacties	De gegevens waarop gedoeld	Art. 8 (1)	Onmiddellijk

¹⁷ Zie: <http://www.afm.nl/~media/Files/internationaal/mifid/lijst-minimaal-bewaren-gegevens260907.ashx> (gepubliceerd in september 2007).

Datum 28 augustus 2014

Ons kenmerk [REDACTED]

Pagina 18 van 33

voor eigen rekening	wordt in artikel 8 (1) Uitvoeringsverordening. Dit betreft o.a. identificatie / naam financieel instrument, aard van transactie, hoeveelheid, prijs, plaats van uitvoering, datum en tijd.	Uitvoeringsverordening MiFID.	na uitvoering van de transactie.
---------------------	--	-------------------------------	----------------------------------

Aan deze vereisten heeft [Fortis] voldaan en derhalve is geen sprake van overtreding van artikel 35, eerste lid, BGfo.

- **Boeteoplegging onevenredig**

Zou er niettemin sprake zijn van een overtreding, dan zou gelet op de specifieke omstandigheden van het geval het opleggen van een boete onevenredig zijn en geen enkel doel dienen. Dit om volgende redenen.

De door de AFM onderzochte transacties zijn alle aangegaan door [Fortis]. De oude ABN AMRO Bank had al ruim voor de fusie met Fortis besloten geen positieverhogende transacties meer met Vestia aan te gaan. De reden hiervoor was dat Vestia weigerde te voldoen aan verzoeken van de oude ABN AMRO Bank om inzicht te geven in haar totale portefeuille. De oude ABN AMRO Bank had dat inzicht onvoldoende, omdat Vestia bij verschillende banken kredieten afsloot en bij verschillende (andere) banken met derivaten de renterisico's op die kredieten afdekte.

Eventuele tekortkomingen in de nakoming van administratieverplichtingen moeten dan ook aan [Fortis] worden toegerekend. Hoewel ABN AMRO als rechtsopvolger van [Fortis] formeel verantwoordelijk is, moet worden benadrukt dat de fusie door de Staat is afgedwongen en ABN AMRO bijvoorbeeld niet tevoren een *due diligence* bij [Fortis] heeft kunnen uitvoeren. Ook na de fusie heeft ABN AMRO geen mogelijkheden gehad om alsnog te voldoen aan de (vermeende) verplichtingen als hier aan de orde. Wel heeft zij na de fusie met [Fortis] het aangaan van positieverhogende transacties met Vestia met onmiddellijke ingang gestaakt. Al met al is de zaak Vestia een *legacy file* van het niet meer bestaande [Fortis], waarmee ABN AMRO zelf niets van doen heeft gehad.

Daarnaast is van belang dat ABN AMRO alles in het werk heeft gesteld om de problematiek rondom Vestia aan te pakken. ABN AMRO heeft verlies genomen door – ter voorkoming van een faillissement van Vestia – een regeling met Vestia te treffen ten aanzien van de derivatenportefeuille. ABN AMRO heeft zelfs het voortouw genomen om alle banken waarmee Vestia derivatentransacties was aangegaan te betrekken in deze regeling en zo de toekomst voor Vestia veilig te stellen.

Ook moet worden meegewogen dat ABN AMRO [REDACTED] door de publiciteit rondom dit dossier al veel schade heeft geleden.

Tot slot acht ABN AMRO het onzorgvuldig dat het onderzoeksrapport onbewezen, suggestieve opvattingen bevat die niet aan het boetevoornemen ten grondslag zijn gelegd, maar wel tendentius en stemming makend zijn. [REDACTED]

[REDACTED]

Een ander voorbeeld is het heel ver gaande, ongefundeerde verwijt dat ABN AMRO onvoldoende checks and balances zou hebben ingebouwd. In het rapport is daarover opgenomen¹⁹:

“De beleggingsportefeuille van Vestia bedroeg op een gegeven moment € 1,97 miljard. Dit is dermate omvangrijk dat van een professionele instelling als [Fortis] mag worden verwacht dat de gegevens voldoende worden bijgehouden en dat er voldoende checks en balances zijn ingebouwd in de aansturing van de medewerkers teneinde ‘in control’ te zijn. Ondanks het feit dat de AFM niet kan achterhalen welke beleggingsdiensten er zijn verleend, staat naar het oordeel van de AFM als een paal boven water dat [Fortis] ten aanzien van beide hiervoor genoemde aspecten (het bijhouden van gegevens en de checks en balances) ernstige steken heeft laten vallen. Dit laatste aspect vormt geen onderdeel van dit dossier. De AFM hecht er echter wel aan om dit, mede gezien de maatschappelijke onrust in het dossier Vestia, mee te wegen bij haar oordeel. Het bevestigt namelijk de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid van [Fortis].”

Met het wegvallen van deze verwijten wordt eens te meer duidelijk dat een boete onevenredig zou zijn.

- **Publicatie boetebesluit**

Omdat het onderzoeksrapport veel verwijten bevat die niet aan het boetevoornemen ten grondslag zijn gelegd (zie hierboven), zal het eventuele boetebesluit zodanig afwijken van de inhoud van het onderzoeksrapport dat ABN AMRO nu nog geen adequate zienswijze kan geven op de voorgenomen publicatie van dat besluit. ABN AMRO verzoekt de AFM daarom haar nog in de gelegenheid te stellen om een aanvullende zienswijze te geven aan de hand van het concept-boetebesluit, mocht het zo ver komen.

Reeds op voorhand benadrukt ABN AMRO dat in het eventuele boetebesluit geen andere feiten of bevindingen vermeld mogen worden dan die aan de boete ten grondslag worden gelegd en dat uit de bewoordingen van dat besluit duidelijk zal moeten blijken dat het gaat om handelingen van [Fortis], waarvan ABN AMRO slechts de rechtsopvolger is. Ook verzet ABN AMRO zich tegen de voorgenomen veelvuldig herhaalde publicatie van het besluit (website AFM, persbericht, Engelse vertaling, AFM-nieuwsbrieven, Twitter en eventuele advertenties in dagbladen).

2.3 Beoordeling van de feiten

Deze paragraaf kent de volgende indeling. In paragraaf 2.3.1 wordt behandeld op grond waarvan de AFM van oordeel is dat ABN AMRO artikel 35, eerste lid, BGfo heeft overtreden. In paragraaf 2.3.2 komt de evenredigheid van de boeteoplegging aan de orde.

¹⁸ [REDACTED]

¹⁹ Pag. 42 onderzoeksrapport.

2.3.1 Overtreding artikel 35, eerste lid, BGfo

De AFM is van oordeel dat [Fortis] in de periode van 3 september 2009 tot en met 17 maart 2010 het bepaalde in artikel 35, eerste lid, BGfo heeft overtreden. De AFM komt tot dit oordeel op grond van het volgende.

2.3.1.1 Artikel 35 BGfo en minimumlijst

Op grond van artikel 35, eerste lid, BGfo moet [Fortis] gegevens bijhouden over alle door haar verleende beleggingsdiensten, nevendiensten en verrichte beleggingsactiviteiten teneinde toezicht door de AFM mogelijk te maken op de naleving van hetgeen ter implementatie van de MiFID bij of krachtens de Wft is bepaald.

De AFM heeft ter uitvoering van artikel 35, vijfde lid, BGfo een lijst gepubliceerd met gegevens die minimaal bijgehouden en bewaard dienen te worden ter naleving van dit artikel.²⁰ De beleggingsonderneming moet in ieder geval voldoende gegevens bijhouden om de AFM in staat te stellen na te gaan of de voor de beleggingsonderneming op grond van de MiFID in de Wft en het BGfo geïmplementeerde regels worden nageleefd, en in het bijzonder of de beleggingsonderneming alle verplichtingen jegens haar cliënten is nagekomen. De lijst is niet limitatief van aard. De AFM heeft bij de publicatie van de lijst benadrukt dat het, ondanks de door haar uitgebrachte lijst, de verantwoordelijkheid van de beleggingsondernemingen blijft al de gegevens te bewaren die naar haar eigen inschatting noodzakelijk zijn om het toezicht mogelijk te maken en dus te voldoen aan het bepaalde in artikel 35, eerste lid, BGfo.

De AFM stelt voorop dat ingevolge artikel 35, eerste lid, BGfo de beleggingsonderneming voldoende gegevens op transactioniveau moet bijhouden om adequaat toezicht door de AFM mogelijk te maken. Daartoe is het allereerst noodzakelijk dat uit de gegevens in ieder geval kan worden afgeleid wat de exacte aard van de werkzaamheden is geweest. De AFM moet aan de hand van de bijgehouden gegevens kunnen vaststellen of de beleggingsonderneming beleggingsdiensten heeft verricht, en zo ja welke, of dat zij enkel voor eigen rekening heeft gehandeld. Zeker waar, zoals bij [Fortis], verschillende diensten en activiteiten onder één dak plaatsvinden, is het aan de beleggingsonderneming om onduidelijkheid over de aard van de per transactie verrichte werkzaamheden te voorkomen.

2.3.1.2 Verlenen van beleggingsdiensten

In het kader van het onderzoek naar de bedrijfsvoering van [Fortis] ten aanzien van de door haar verrichte werkzaamheden in relatie tot Vestia, heeft de AFM bij ABN AMRO gegevens opgevraagd. Dit betrof onder meer gegevens om te kunnen vaststellen welke werkzaamheden waren uitgevoerd. Die gegevens zijn voor de AFM van belang om te kunnen vaststellen welke bepalingen die op grond van de MiFID in de Wft en het BGfo zijn geïmplementeerd op die werkzaamheden van toepassing zijn en vervolgens te kunnen beoordelen in hoeverre die bepalingen door [Fortis] zijn nageleefd.

²⁰ Zie: <http://www.afm.nl/~media/Files/internationaal/mifid/lijst-minimaal-bewaren-gegevens260907.ashx> (gepubliceerd in september 2007).

De AFM heeft van ABN AMRO informatie ontvangen waaruit blijkt dat [Fortis] niet alleen voor eigen rekening in financiële instrumenten heeft gehandeld met Vestia als contractuele wederpartij (verrichten van beleggingsactiviteiten), maar ook beleggingsdiensten aan Vestia in haar hoedanigheid als cliënt van [Fortis] heeft verleend. Onder het begrip ‘verlenen van beleggingsdiensten’ vallen uiteenlopende vormen van dienstverlening, waaronder het ontvangen en doorgeven van orders van de cliënt, het voor rekening van de cliënt uitvoeren van orders en het adviseren van de cliënt (beleggingsdiensten onder a, b en d). Door het ontbreken van voldoende informatie kan de AFM niet vaststellen wanneer exact wélke beleggingsdiensten zijn verleend. Uit de overgelegde informatie komt echter wel een duidelijk en overtuigend beeld naar voren dat [Fortis] heeft beoogd in het belang van Vestia te handelen door als dienstverlener van Vestia op te treden bij de uitvoering van de transacties. De AFM vindt steun voor dit oordeel in het feit dat [Fortis] jarenlang intensief heeft samengewerkt met Vestia.²¹ De contacten waren hierbij niet beperkt tot enkel individuele transacties, maar er was structureel en frequent inhoudelijk overleg tussen [Fortis] en Vestia (al dan niet via [B] als intermediair) over het opzetten van constructies om Vestia op grote schaal gebruik te laten maken van rentederivaten. Daarbij hielden vanuit [Fortis] medewerkers van verschillende afdelingen, zoals treasury en accountmanagement, over meerdere jaren op verschillende manieren structureel en intensief contact met Vestia om het (her-)gebruik van derivaten mogelijk te maken. [Fortis] ging hierin zo ver dat zij één van haar medewerkers, in de persoon van [de heer A], hiervoor zelfs (vrijwel volledig) vrijmaakte.

Dit alles roept een beeld op van een hoge mate van dienstverlening door [Fortis] jegens Vestia waarbij, getuige de handelwijze van [Fortis], beoogd werd te handelen in het belang van Vestia. De AFM acht het dan ook volstrekt onaannemelijk dat [Fortis] – zoals [ABN AMRO] stelt – binnen deze langdurige en structurele inhoudelijke samenwerking alleen voor eigen rekening zou hebben gehandeld en geen diensten aan Vestia zou hebben verleend. De AFM zal haar oordeel verder toelichten aan de hand van het feit dat [Fortis] inhoudelijke productvoorstellen aan Vestia en [B] heeft gedaan, dat er door [Fortis] is geadviseerd aan Vestia, het dienstverleningsapparaat dat [Fortis] had ingericht, de kwalificatie die [Fortis] aan Vestia heeft gegeven en de omvang van de aan [B] betaalde provisijs.

- **Doen van productvoorstellen**

Uit verschillende e-mailberichten blijkt dat [Fortis] ([de heer A]) productvoorstellen aan Vestia en [B] heeft gedaan.

Op 1 september 2009 stuurt [de heer A] een e-mail aan [de heer CA] (Vestia), waarin hij herstructurering van ‘de losse receiver swaptions’ voorstelt. [de heer A] geeft een gedetailleerde uiteenzetting van de mogelijkheden voor Vestia om tien lopende swaptions te unwinden een nieuwe lening en een float/float swap af te sluiten. In de mail is onder meer te lezen:

“We kunnen de losse receiver swaptions als volgt herstructureren:

Te unwinden:

10 swaptions met een totale hoofdsom van EUR 250.000.000

[beschrijving kenmerken swaptions]

²¹ Naar eigen opgave werkten partijen al langer samen, maar de AFM heeft zich in haar onderzoek gericht op de periode vanaf 2004.

In combinatie met de volgende lening + swap kan e.a.a. zero-cost.

[beschrijving kenmerken lening]

Doordat deze lening circa EUR 5mio meer oplevert dan het unwinden kost zou je dit restant in een float/float swap kunnen "parkeren".

Bijvoorbeeld:

[beschrijving kenmerken swap]

Hoor graag wat je van e.e.a. denkt. Wellicht de lening opknippen in 2 of meer leningen?"

Later die dag heeft [de heer A] per e-mail overleg over zijn voorstellen met [de heer F], nadat deze de voorstellen van [Fortis] heeft besproken met [de heer C].

Blijkens het door ABN AMRO aan de AFM toegestuurde 'portefeuilleoverzicht Vestia exF 2004-2010'²² heeft Vestia met haar zeventien transacties op 3 en 4 september 2009²³ de productvoorstellen van [de heer A] (grotendeels) opgevolgd.

Ook eerder heeft [Fortis] productvoorstellen gedaan. De AFM wijst op de volgende e-mails:

- In zijn e-mail van 10 november 2004 attendeert [de heer A] [de heer F] op een nieuw product en vraagt wat hij ervan vindt:
"[de heer F],
NIEUW! Target Crescendo Swap
Vestia ontvangt van 5/9/04 tot 5/9/05: 6,225% (A, 30/360)
[uiteenzetting kenmerken swap]
Wat denk je ervan?"
- In zijn e-mail van 22 maart 2005 aan [de heer C] (Vestia), met kopie aan [B], schrijft [de heer A] onder meer: "*Ik heb nog even gekeken naar de niveau's voor een nieuwe swap en tevens hoe we een nieuwe swap kunnen gebruiken om de bestaande 50/50+ nog iets te verbeteren*" en "*Door de techniek van de extendible in te zetten zou je de swap kunnen verlagen tot 3,76%*".
Deze mededelingen worden steeds gevolgd door een voorstel voor de constructie van het product.
- In zijn e-mail van 19 maart 2007 aan [B] brengt [de heer A] nieuwe varianten van bestaande producten onder de aandacht. In de e-mail staat onder meer:
"*We hebben een interessante nieuwe variant op de extendible fixe lening*"
[beschrijving bestaande en nieuwe variant]
De volgende variant valt bij sommige klanten wellicht nog beter in de smaak:
Extendible fixe+ lening:
[beschrijving nieuwe variant]
Op en aanmerkingen altijd welkom!"

De bovenstaande, gedetailleerde productvoorstellen stroken niet met de situatie dat [Fortis] uitsluitend voor eigen rekening zou hebben gehandeld met Vestia als wederpartij. Zeker waar het initiatief uitging van [Fortis], mag ervan worden uitgegaan dat [Fortis] met haar voorstellen (ook) de belangen van Vestia als

²² Bijlage bij e-mail van ABN AMRO aan AFM van 30 november 2012.

²³ Nrs. 268 t/m 284 op het overzicht.

Datum 28 augustus 2014
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 23 van 33

belegger heeft behartigd en daarmee orders voor rekening van Vestia als cliënt heeft uitgevoerd (beleggingsdienst onder b).

Daarnaast kan sprake zijn van advies (beleggingsdienst onder d). In haar zienswijze stelt ABN AMRO dat met de gedane productvoorstellen geen beleggingsadvies is gegeven. De AFM reageert hierop als volgt. Als gezegd, heeft [Fortis] op transactieniveau onvoldoende gegevens bijgehouden om de aard van de werkzaamheden te kunnen kwalificeren. Dit levert nu juist de overtreding op. Maar uit de gedane productvoorstellen wordt duidelijk dat [Fortis] hoe dan ook dienstverlenend optrad voor Vestia als cliënt (mogelijk ook door het geven van advies) en zich niet – zoals [ABN AMRO] stelt – beperkte tot overleg over de vormgeving van transacties.

In het kader van dit boetebesluit zijn de productvoorstellen van 1 september 2009 het meest relevant, maar de e-mails uit 2004, 2005 en 2007 wijzen erop dat het doen van productvoorstellen een vast onderdeel vormde van de dienstverlening van [Fortis] aan Vestia. Ook heeft ABN AMRO zelf verklaard dat [de] werkwijze [van Fortis] in relatie tot Vestia in de loop der jaren niet wezenlijk is veranderd.

- **Verwijzingen naar het geven van advies**

Op 13 juli 2005 stuurt [de heer G] ([REDACTED]) een e-mail aan [de heer H] ([REDACTED]) over de activiteiten van [de heer A] in relatie tot Vestia. Hierin merkt hij op:

“Wij hebben een zeer bewuste commerciële keuze gemaakt die geleid heeft tot een geweldig succes: € [REDACTED] Mark Up gerealiseerd [de heer A] in de eerste zes maanden van 2005 (2004 € [REDACTED])!!! Vier uur reistijd per dag wordt nu zeer effectief ingezet met de advisering, structurering en de verkoop van rentederivaten.”

Zonder enig voorbehoud wordt hiermee intern binnen [Fortis] als feit gepresenteerd dat [de heer A] Vestia heeft geadviseerd over rentederivaten (beleggingsdienst onder d). Dat het – zoals ABN AMRO in haar zienswijze opmerkt – in deze e-mail gaat om een algemene beschrijving van de werkzaamheden van [de heer A] voor Vestia, doet niet af aan de inhoud van de mededeling: [de heer A] is zeer succesvol in (onder meer) het geven van *advies* over rentederivaten. Deze e-mail dateert uit 2005, maar de AFM heeft geen reden om aan te nemen dat de aard en het karakter van de werkzaamheden van [de heer A] naderhand dusdanig zouden zijn gewijzigd dat niet langer sprake meer zou zijn van advisering. ABN AMRO heeft zelf verklaard dat [de] werkwijze [van Fortis] in relatie tot Vestia in de loop der jaren niet wezenlijk veranderde en ook uit de stukken blijkt dat de intensieve en structurele contacten van [de heer A] met Vestia tot in 2010 voortduurden.

De afdeling Compliance van ABN AMRO komt in haar rapportage van 20 juli 2012 onder meer tot de volgende bevinding:²⁴

“Het bedieningsmodel van treasury producten aan zakelijke relaties waaronder Vestia, is en was niet altijd eenduidig danwel werd niet altijd eenduidig uitgevoerd. [...] Alhoewel producten formeel op execution only basis werden aangeboden, het bij Vestia zou kunnen zijn dat er ook inhoudelijk contact is geweest waardoor er bij bepaalde transacties sprake kan zijn geweest van advisering.”

²⁴ Pag. 4.

Zoals ABN AMRO in haar zienswijze op zichzelf terecht opmerkt, staat met deze bevinding van de afdeling Compliance niet vast dát er is geadviseerd, maar de bevinding onderschrijft wel de hierboven genoemde mededeling van [de heer G] dat [Fortis] aan Vestia ook advies over rentederivaten heeft gegeven.

- **Dienstverlenend apparaat binnen [Fortis]**

ABN AMRO heeft op de vraag van de AFM ‘Hoe was de relatie tussen de accountmanager bij [Fortis] en Vestia?’ bij brief van 8 maart 2012 het volgende geantwoord:

“In de praktijk waren er directe contacten met meerdere afdelingen en personen van de bank, zoals de treasury afdeling voor Public Banking klanten. De contacten vanuit het account management en de treasury afdeling waren het meest frequent, zowel face-to-face als telefonisch en per e-mail. Aan de zijde van de klant was het contact met de treasurer en met de operationele mensen het meest intensief.”

Uit dit antwoord komt naar voren dat binnen [Fortis] meerdere medewerkers over meerdere jaren, op verschillende manieren, structureel en intensief contacten met Vestia onderhielden om het gebruik van rentederivaten mogelijk te maken. Ook dit getuigt van een zodanige mate van dienstverlening, dat ervan moet worden uitgegaan dat [Fortis] (ook) de belangen van Vestia behartigde en daarmee orders uitvoerde voor rekening van Vestia als cliënt en/of Vestia adviseerde. Het moge zo zijn dat ook bij handel voor eigen rekening in de professionele OTC-markt goede en frequente contacten van belang zijn, maar het hierboven beschreven apparaat binnen [Fortis] dat werkzaam was voor Vestia wijst (ook) op dienstverlening, bestaande uit het verlenen van beleggingsdiensten.

- **Kwalificatie van Vestia als professionele belegger**

ABN AMRO heeft bij brief van 8 maart 2012 de AFM laten weten dat Vestia als professionele partij was gekwalificeerd en werd behandeld, en dat de classificatie aan Vestia is bevestigd in 2008 en herbevestigd in 2009.

Ingevolge artikel 4:18a Wft moet een beleggingsonderneming haar *cliënten* kwalificeren als professionele belegger, niet-professionele belegger of in aanmerking komende wederpartij. Het feit dat [Fortis] Vestia heeft gekwalificeerd als professionele belegger is daarmee een belangrijke aanwijzing dat Vestia (ook) een cliënt van [Fortis] was waarvoor [Fortis] beleggingsdiensten verleende. Er zou immers geen wettelijke verplichting hebben bestaan tot het kwalificeren van Vestia indien [Fortis], zoals [ABN AMRO] stelt, uitsluitend handelde voor eigen rekening.

ABN AMRO voert in haar zienswijze aan dat [Fortis] de professionaliteit van Vestia als belegger heeft onderzocht om te bezien of zij met Vestia in een P2P-relatie kon handelen. ABN AMRO onderbouwt dit uitsluitend met een algemene uiteenzetting over de kenmerken van een P2P-relatie, waarvan het aangaan van transacties met een professionele wederpartij er één zou zijn. De AFM is van oordeel dat ABN AMRO hiermee niet aannemelijk heeft gemaakt dat [Fortis] Vestia uitsluitend met het oog op de P2P-transacties heeft gekwalificeerd als professionele belegger en daarmee onverplicht zou hebben voldaan aan een norm die geldt ten opzichte van cliënten.

- **Omvang van de door [Fortis] aan [B] betaalde provisies**

In de periode van 2004 tot en met 2010 heeft [Fortis] aan [B] in totaal een bedrag van ruim € [REDACTED] betaald aan provisies, die waren gerelateerd aan transacties met Vestia.²⁵ Deze omvangrijke transactie gerelateerde provisies laten zich moeilijk rijmen met de stelling van ABN AMRO dat [Fortis] uitsluitend voor eigen rekening heeft gehandeld. In dat geval zou het eerder voor de hand hebben gelegen om aanbrengprovisies (van aanzienlijk beperktere omvang) aan [B] te betalen.

2.3.1.3 Onvoldoende bijhouden van gegevens

Inleiding

ABN AMRO is niet in staat gebleken om de AFM op transactieniveau voldoende gegevens te verstrekken om per transactie te kunnen beoordelen welke beleggingsdiensten [door Fortis] zijn verleend (het ontvangen en doorgeven van orders van de cliënt, het voor rekening van de cliënt uitvoeren van orders en/of het adviseren van de cliënt) of zelfs maar óf er ten aanzien van specifieke transacties beleggingsdiensten zijn verleend.

Het onderscheid naar het soort beleggingsdienst is voor de AFM van belang om te kunnen toetsen of [Fortis] in het kader van haar dienstverlening de toepasselijke wet- en regelgeving heeft nageleefd en in het bijzonder het belang van Vestia in juiste mate in acht heeft genomen. Hierbij gaat het bijvoorbeeld om de naleving van de zorgplicht van artikel 4:23 Wft die van toepassing is in geval van beleggingsadvies, de naleving van de best execution verplichting van artikel 4:90a Wft in geval van het uitvoeren van orders voor rekening van de cliënt of de naleving van artikel 168a, eerste lid, BGfo bij de toetsing van de noodzaak van de provisiebetalingen aan [B], ten bedrage van in totaal ruim € [REDACTED].²⁶

Bijgehouden gegevens onvoldoende

Dat de door [Fortis] op transactieniveau bijgehouden gegevens onvoldoende waren, blijkt uit het volgende. Bij haar onderzoek heeft de AFM vijf transacties geselecteerd en ABN AMRO verzocht alle informatie te verstrekken die ziet op het aangaan van deze transacties.²⁷ Daarbij heeft de AFM duidelijk gemaakt dat zij in ieder geval alle correspondentie wil ontvangen die heeft plaatsgevonden tussen [B], [Fortis] en Vestia, zowel voorafgaand aan als bij het aangaan van de geselecteerde transacties. Deze gegevens waren nodig om per transactie te kunnen vaststellen wat de aard van de dienstverlening aan Vestia is geweest en de provisiebetalingen aan [B] te kunnen toetsen aan artikel 168a BGfo. Voor zover [Fortis] voor de geselecteerde transacties geen vergoeding aan [B] had betaald, heeft de AFM aan ABN AMRO verzocht om dezelfde informatie te verstrekken ten aanzien van vijf additionele transacties uit de periode 2009 tot en met 2011, waarbij (wel) provisie aan [B] was betaald en waarvan ten minste drie transacties hebben plaatsgevonden na 1 juli 2009.

ABN AMRO heeft hierop vrijwel geen informatie met betrekking tot de vijf geselecteerde transacties aan de AFM kunnen overleggen. Op 27 februari 2013 heeft ABN AMRO slechts facturen van [B] overgelegd die betrekking hadden op drie van de vijf geselecteerde transacties. De facturen voor de ontvangen provisies met betrekking tot de twee andere geselecteerde transacties had ABN AMRO niet beschikbaar. Daarnaast heeft ABN AMRO facturen van [B] overgelegd die zien op drie additionele transacties uit de periode na 1 juli 2009.

²⁵ Zie overzicht op pagina 32 van het onderzoeksrapport.

²⁶ Dit betreft de provisies over de periode van 2004 tot en met 2010.

²⁷ Brieven AFM aan ABN AMRO van 6 februari 2013 en 19 april 2013.

ABN AMRO gaf bovendien aan dat de telefoongesprekken tussen de accountmanager van [Fortis] ([de heer A]) enerzijds en Vestia ([de heer C]) en [B] anderzijds niet werden opgenomen (geen *voice logging*) en dat de e-mailbox van [de heer A] niet meer beschikbaar was omdat deze door ABN AMRO – vermoedelijk in 2011 – was vernietigd.

ABN AMRO was derhalve niet in staat om opnames van telefoongesprekken of enige e-mailcorrespondentie aan de AFM te verstrekken. Deze informatie ontbreekt niet alleen ten aanzien van de vijf door de AFM en drie door ABN AMRO zelf geselecteerde transacties (zie hierboven), maar ten aanzien van alle 64 transacties in de periode van 3 september 2009 tot en met 17 maart 2010.²⁸ Dat ABN AMRO ten aanzien van geen van die transacties over opnames van telefoongesprekken beschikt, blijkt uit haar brief aan de AFM van 16 mei 2013 (antwoord op verzoek 1).

2.3.1.4 Conclusie overtreding

Uit het voorgaande volgt dat [Fortis] beleggingsdiensten aan Vestia heeft verleend, maar op transactieniveau dermate weinig gegevens heeft bijgehouden dat de AFM niet in staat is om per transactie te beoordelen welke beleggingsdiensten zijn verleend (het ontvangen en doorgeven van orders van de cliënt, het voor rekening van de cliënt uitvoeren van orders en/of het adviseren van de cliënt) of zelfs maar óf er ten aanzien van specifieke transacties beleggingsdiensten zijn verleend. Hiermee heeft [Fortis] onvoldoende gegevens bijgehouden om het toezicht door de AFM mogelijk te maken. Dit levert een overtreding op van artikel 35, eerste lid, BGfo.

2.3.1.5 Periode beboetbare overtreding

Ten aanzien van de periode vóór 28 augustus 2009 is de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete komen te vervallen.²⁹ De eerste transacties na deze datum hebben plaatsgevonden op 3 september 2009.³⁰ De overtreding is daarom beboetbaar over de periode van 3 september 2009 tot en met 17 maart 2010.³¹

2.3.2 Evenredigheid boeteoplegging

In paragraaf 2.3.1 is ingegaan op de aspecten van de zienswijze van ABN AMRO die betrekking hebben op de overtreding zelf. In deze paragraaf wordt ingegaan op hetgeen ABN AMRO heeft aangevoerd ten aanzien van de evenredigheid van het opleggen van een boete.

Overtreding door [Fortis]

ABN AMRO wijst erop dat de in het onderzoeksrapport geconstateerde overtreding is begaan door één van haar rechtsvoorgangers, [Fortis]. De AFM stelt voorop dat ABN AMRO met de juridische fusie op 1 juli 2010 alle

²⁸ De 64 transacties in die periode staan genoemd in het door ABN AMRO op 30 november 2012 aan de AFM toegestuurde ‘portefeuilleoverzicht Vestia exF 2004-2010’, nrs. 268 t/m 331.

²⁹ Artikel 5:45, eerste lid, Awb.

³⁰ Zie het door ABN AMRO op 30 november 2012 aan de AFM toegestuurde ‘portefeuilleoverzicht Vestia exF 2004-2010’, nrs. 268 t/m 272.

³¹ Datum laatste positieverhogende transactie, zie nr. 331 van het ‘portefeuilleoverzicht Vestia exF 2004-2010’.

rechten en verplichtingen van (onder meer) [Fortis] heeft overgenomen. ABN AMRO kan daarom zonder meer worden beboet voor de overtreding door [Fortis]. De enkele omstandigheid dat de fusie heeft plaatsgevonden onder bijzondere omstandigheden, zonder voorafgaande *due diligence*, acht de AFM niet dermate zwaarwegend, dat dit aanleiding zou moeten zijn om de overtreding onbeboet te laten. Bovendien heeft ABN AMRO zelf na de fusie de e-mailbox van [de heer A] (de hoofdrolspeler bij [Fortis] in deze zaak) vernietigd, waardoor zij het toezicht door de AFM nog lastiger – en feitelijk onmogelijk – heeft gemaakt. De vernietiging van de e-mailbox maakt geen deel uit van de overtreding waarvoor de boete wordt opgelegd, maar betekent wel dat de stelling van ABN AMRO dat zij er alles aan heeft gedaan om de gevolgen van de overtreding te ondervangen, niet opgaat. De AFM voegt hieraan toe dat de getroffen maatregelen die ABN AMRO in haar zienswijze noemt, niet afdoen aan de evenredigheid van een boete. ABN AMRO heeft hiermee niet méér gedaan dan van haar mocht worden verwacht om de gevolgen van de overtreding te beheersen en herhaling te voorkomen, dit zeker gelet op de maatschappelijke onrust waartoe de problemen van Vestia als gevolg van de rentederivaten hebben geleid.

Overige omstandigheden

De – door ABN AMRO verder niet toegelichte – omstandigheden [REDACTED] [REDACTED]³² en dat zij door de publiciteit rondom dit dossier al veel schade heeft geleden, doen voor de AFM niet af aan de opportuniteit van een boete. De AFM heeft een eigen verantwoordelijkheid om handhavend op te treden waar zij op haar toezichtsterrein overtredingen constateert en het is niet in te zien waarom eerdere publiciteit [REDACTED] [REDACTED] zouden moeten leiden tot het afzien van een boete in de onderhavige zaak, waarbij de AFM nog opmerkt dat de eerdere publiciteit geen betrekking had op de specifieke overtreding van artikel 35 BGfo [REDACTED].

Reikwijdte onderzoeksrapport

[REDACTED]

Voor het verwijt aan [Fortis] dat zij bij de aansturing van medewerkers onvoldoende checks en balances heeft ingebouwd, geldt dat dit geen rol heeft gespeeld bij het vaststellen van de overtreding. Het weegt echter wel mee bij het bepalen van de mate van verwijtbaarheid, hetgeen in de door ABN AMRO geciteerde passage uit het onderzoeksrapport ook is aangegeven. In dit verband wordt verwezen naar paragraaf 3.1.1 hieronder.

32 [REDACTED]

3. Besluit

3.1 Besluit tot boeteoplegging

Op grond van het voorgaande heeft de AFM besloten om aan ABN AMRO een bestuurlijke boete op te leggen wegens overtreding van artikel 35, eerste lid, BGfo in de periode van 3 september 2009 tot en met 17 maart 2010.

3.1.1 Hoogte van de boete

Wettelijk kader

Voor overtreding van artikel 35, eerste lid, BGfo geldt op grond van artikel 1:81, eerste en tweede lid, Wft en artikel 10 van het Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (Bbbfs) een basisbedrag van € 2 miljoen. 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.³³ 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.³⁴ De AFM houdt bij het vaststellen van de bestuurlijke boete voorts rekening met de draagkracht van de overtreder.³⁵

Hierna zal worden beoordeeld of er aanleiding is om het basisbedrag van € 2 miljoen te verhogen of te verlagen.

Ernst en/of duur van de overtreding

Het basisbedrag van € 2 miljoen kan worden verhoogd of verlaagd met ten hoogste 50%, indien de ernst en/of duur van de overtreding dit rechtvaardigt.

De AFM verhoogt het basisbedrag met 25%, gelet op de ernst van de overtreding. Toelichting:

Vestia was een grote cliënt van [Fortis]. De beleggingsportefeuille van Vestia bedroeg op een gegeven moment € 1,97 miljard³⁶ en bestond grotendeels uit publieke gelden. Omdat [Fortis] structureel onvoldoende gegevens heeft bijgehouden ten aanzien van de voor Vestia uitgevoerde transacties, heeft zij de AFM de mogelijkheid tot adequaat toezicht ontnomen. Dit klemt temeer gelet op de omvang van voornoemde beleggingsportefeuille in samenhang met het maatschappelijk belang dat Vestia vertegenwoordigt. De overtreding betekent dat de AFM niet kan toetsen of [Fortis] in het kader van haar dienstverlening de toepasselijke wet- en regelgeving heeft nageleefd en in het bijzonder de belangen van Vestia in juiste mate in acht heeft genomen. Hierbij gaat het bijvoorbeeld om de naleving van de zorgplicht van artikel 4:23 Wft die van toepassing is in geval van beleggingsadvies, de naleving van de best execution verplichting van artikel 4:90a Wft in geval van het uitvoeren van orders voor rekening van de cliënt of de naleving van artikel 168a, eerste lid, BGfo bij de toetsing van de noodzaak van de omvangrijke provisies die [Fortis] aan [B] heeft betaald. Dit maakt de overtreding bovengemiddeld ernstig en is

³³ Artikel 2, tweede lid, Bbbfs.

³⁴ Artikel 2, derde lid, Bbbfs.

³⁵ Artikel 4, eerste lid, Bbbfs.

³⁶ ABN AMRO geeft in haar brief van 8 maart 2012 aan dat de derivatenportefeuille van Vestia op dat moment bruto € 1,97 miljard bedraagt. Hierbij is geen rekening gehouden met tegengestelde posities.

reden tot verhoging van het basisbedrag.

De periode waarover de boete wordt opgelegd is in het licht van het gehele feitencomplex relatief kort (ruim zes maanden). Dit omdat ten aanzien van de periode tot 28 augustus 2009 de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete is komen te vervallen.³⁷ In de duur van de overtreding van ruim zes maanden ziet de AFM op zichzelf geen aanleiding tot aanpassing van het basisbedrag.

Het bedrag komt hiermee op € 2,5 miljoen.

Mate van verwijtbaarheid

Het basisbedrag kan worden verhoogd dan wel verlaagd met ten hoogste 50%, indien de mate van verwijtbaarheid dit rechtvaardigt.

De AFM verhoogt het basisbedrag met 25%, gelet op een hogere mate van verwijtbaarheid. Toelichting:

Uit de summiere documentatie waarover de AFM beschikt, kan worden afgeleid dat [Fortis] door de inrichting van haar bedrijfsprocessen ten minste bewust het risico heeft genomen op een overtreding als de onderhavige. De omvangrijke portefeuille van Vestia werd grotendeels beheerd door één persoon binnen [Fortis] ([de heer A]), die nauwelijks gecontroleerd werd. Zo blijkt uit de SIM rapportage van ABN AMRO van 5 juli 2012 dat de fiattering van facturen van [B] in strijd was met de interne ‘werkinstructie courtage tussenpersonen’. Er werd veelal ‘blind getekend’ en er werd niet gecontroleerd of de factuur in overeenstemming was met het onderliggende bemiddelingscontract. De controle werd ook beperkt doordat [de heer A], in afwijking van het interne beleid, grotendeels vanuit huis mocht werken en hierbij gebruik maakte van zijn mobiele telefoon. De mobiele telefoongesprekken waren niet gekoppeld aan een *voice logging* systeem, zodat ook op deze wijze controle niet mogelijk was. De verwijtbaarheid van [Fortis] als overtreder staat hiermee buiten kijf.

Er is de AFM niet gebleken van omstandigheden die de verwijtbaarheid zouden verminderen.

Het bedrag komt hiermee op € 3 miljoen.

Draagkracht

Bij het boetevoornemen is ABN AMRO in de gelegenheid gesteld om gegevens te overleggen inzake de omvang en draagkracht van de onderneming. In reactie hierop heeft ABN AMRO de AFM een link gestuurd naar haar ‘investor relations’ website, waarop onder meer de jaarcijfers over 2013 zijn gepubliceerd. De omvang van ABN AMRO geeft geen aanleiding tot verlaging van het boetebedrag op gronden van evenredigheid en voorts blijkt uit de cijfers dat ABN AMRO een boete van € 3 miljoen moet kunnen dragen.

Het bedrag blijft hiermee op € 3 miljoen.

³⁷ Artikel 5:45, eerste lid, Awb.

Datum 28 augustus 2014
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 30 van 33

3.1.2 Afstemming met DNB

Het besluit tot het opleggen van de boete is afgestemd met De Nederlandsche Bank (DNB), conform het bepaalde in artikel 1.3.1 van het Convenant tussen de AFM en DNB van 28 maart 2013.³⁸

3.1.3 Betaling van de boete

Het bedrag van € 3 miljoen dient te worden overgemaakt op bankrekening [REDACTED] (The Royal Bank of Scotland N.V.) ten name van AFM te Amsterdam, onder vermelding van factuurnummer [REDACTED]. ABN AMRO ontvangt geen afzonderlijke factuur voor dit bedrag.

De boete moet worden betaald binnen zes weken na de datum van dit besluit.³⁹ Als ABN AMRO 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 ABN AMRO na de bezwaarprocedure in beroep gaat, totdat op het beroep is beslist.⁴⁰ Over de periode dat de verplichting om de boete te betalen is geschorst, is ABN AMRO wel de wettelijke rente verschuldigd.⁴¹

3.2 Publicatie van de boete: gelegenheid tot aanvullende zienswijze

Gewijzigd publicatieregime

ABN AMRO heeft in haar zienswijze gereageerd op het voornemen van de AFM om over te gaan tot publicatie van het boetebesluit op grond van artikel 1:97 Wft. Dit voornemen, en de reactie van ABN AMRO hierop, hadden betrekking op de openbaarmaking van het boetebesluit onder het wettelijk regime zoals dat gold tot 1 augustus 2014. Per die datum is een gewijzigd publicatieregime in werking getreden.

Ongewijzigd is gebleven dat de AFM het besluit tot oplegging van de bestuurlijke boete openbaar moet maken op grond van artikel 1:97, eerste lid, Wft. Daarnaast moet de AFM, indien van toepassing, zo spoedig mogelijk de indiening van een bezwaar door ABN AMRO tegen de bestuurlijke boete bekend maken.⁴²

De wetgever heeft het openbaar maken van bestuurlijke boetes verplicht om deelnemers op de financiële markten te waarschuwen. Dit is in het belang van de ordelijke en transparante financiële marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en de zorgvuldige behandeling van cliënten.⁴³ Met de publicatieverplichtingen als opgenomen in artikel 1:97 Wft geeft de AFM zo spoedig mogelijk inzicht in de actuele stand van de boeteprocedure. Onder bijzondere omstandigheden dient de openbaarmaking op grond van artikel 1:97, vierde lid,

³⁸ Staatscourant 2013, nr. 9966.

³⁹ Dit volgt uit artikel 4:87, eerste lid, en de artikelen 3:40 en 3:41 Awb.

⁴⁰ Dit volgt uit artikel 1:85, eerste lid, Wft.

⁴¹ Dit volgt uit artikel 1:85, tweede lid, Wft.

⁴² Artikel 1:97, vijfde lid, Wft.

⁴³ Zie *Kamerstukken II* 2005-06, 29 708, nr. 19, p. 301-303 en 420-421, nr. 20, p. 30 en nr. 39, p. 8-10.

Wft anoniem plaats te vinden. Dit is het geval indien voorafgaand aan de openbaarmaking door de AFM kan worden vastgesteld dat bij volledige openbaarmaking:

- a. voor zover de boete wordt opgelegd aan een natuurlijke persoon, bekendmaking van persoonlijke gegevens onevenredig zou zijn;
- b. betrokken partijen in onevenredige mate schade zou worden berokkend;
- c. een lopend strafrechtelijk onderzoek zou worden ondermijnd; of
- d. de stabiliteit van het financiële stelsel in gevaar zou worden gebracht.

Voornemen tot volledige openbaarmaking

De AFM is voornemens om over te gaan tot volledige openbaarmaking van het boetebesluit.

Op basis van de beschikbare informatie ziet de AFM geen reden om de openbaarmaking in anonieme vorm plaats te laten vinden. Er is geen sprake van één van de bovengenoemde omstandigheden die aan volledige openbaarmaking in de weg staat. Van volledige openbaarmaking van het boetebesluit kan daarom niet worden afgezien. De AFM licht dit als volgt toe:

Het voorgenomen besluit om over te gaan tot volledige openbaarmaking van het boetebesluit is getoetst aan de feiten en omstandigheden die op dit moment bij de AFM bekend zijn. Op basis van deze feiten en omstandigheden kan de AFM niet vaststellen dat ABN AMRO of andere betrokken partijen door niet-anonieme openbaarmaking in onevenredige mate schade zou worden berokkend. Voor zover sprake is van schade door de openbaarmaking van de aan ABN AMRO opgelegde boete, valt die schade veeleer toe te schrijven aan de overtreding van de norm door ABN AMRO dan aan het geven van bekendheid aan de voor de overtreding opgelegde sanctie. Van disproportionele schade is temeer geen sprake, gezien het maatschappelijk belang om de markt te informeren en/of te waarschuwen.

Evenmin is de AFM gebleken dat door niet-anonieme openbaarmaking een lopend strafrechtelijk onderzoek zou worden ondermijnd of de stabiliteit van het financiële stelsel in gevaar zou worden gebracht.

De AFM publiceert een boete door de volledige tekst van het boetebesluit (met uitzondering van vertrouwelijke informatie) op haar website te plaatsen, onder begeleiding van een persbericht waarin de kern van het boetebesluit wordt opgenomen. Van het persbericht zal tevens een Engelse vertaling verschijnen. Ook wordt een bericht over de boete opgenomen in de periodieke AFM-nieuwsbrieven (consumenten/professionals), wordt een bericht op Twitter geplaatst⁴⁴ en wordt gebruik gemaakt van een RSS-feed⁴⁵ en een news-alert⁴⁶. Bij het persbericht zal een hyperlink worden opgenomen naar een eventuele uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank op rechtspraak.nl. De AFM kan daarnaast het besluit publiceren door middel van een advertentie in één of meer landelijke en/of regionale dagbladen.

⁴⁴ Het bericht op Twitter zal bestaan uit de kop van het persbericht en een link naar het persbericht zelf op de website van de AFM.

⁴⁵ Een RSS-feed is een automatische melding van aanpassingen op de website.

⁴⁶ Persbureaus en andere instellingen die zich hebben geabonneerd, ontvangen persberichten van de AFM via news-alerts.

Op de website van de AFM wordt bij voornoemd persbericht onderstaande tabel geplaatst, met de datum van het boetebesluit. Als ABN AMRO bezwaar maakt tegen het boetebesluit, zal de AFM dit bekendmaken 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
28 augustus 2014	[datum]					

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

Ter toelichting merkt de AFM tot slot het volgende op. In de regel neemt de AFM het boetebesluit tegelijkertijd met het besluit inzake openbaarmaking. De AFM heeft ervoor gekozen om in dit geval deze twee momenten niet te laten samenvallen, omdat de gelegenheid tot het geven van een aanvullende zienswijze enige tijd in beslag neemt en de AFM het van belang acht om de boete op te leggen over de periode vanaf 3 september 2009 (hetgeen betekent dat het boetebesluit uiterlijk 3 september 2014 moet zijn verzonden, gelet op het bepaalde in artikel 5:45, eerste lid, Awb).

Nadere publicatiemomenten

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

Gelegenheid tot aanvullende zienswijze

De AFM stelt ABN AMRO in de gelegenheid om haar aanvullende zienswijze te geven op het voornemen tot publicatie van het boetebesluit onder het gewijzigde regime en, voor zover van toepassing, van het feit dat bezwaar is ingesteld. ABN AMRO heeft de gelegenheid om schriftelijk uiterlijk donderdag 11 september 2014 haar zienswijze te geven, dan wel mondeling ten kantore van de AFM op 11 september 2014 om 14.00 uur.

Indien ABN AMRO haar reactie mondeling wenst te geven, verneemt de AFM dat graag uiterlijk 4 september 2014. Mocht u verhinderd zijn op de vastgestelde datum, dan verneemt de AFM dit graag zo spoedig mogelijk,

Datum 28 augustus 2014
Ons kenmerk [REDACTED]
Pagina 33 van 33

maar uiterlijk 4 september 2014. Ook verzoeken wij u in dat geval uw verhinderdata tot en met 17 september a.s. door te geven. U kunt hiervoor contact opnemen met [REDACTED] op telefoonnummer [REDACTED].

4. Hoe kunt u bezwaar maken?

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

Hoogachtend,
Autoriteit Financiële Markten

[was getekend]
Assistent boetefunctionaris

[was getekend]
Plaatsvervangend boetefunctionaris