

OPENBARE VERSIE

Aangetekend verstuurd
BinckBank N.V.
t.a.v. de directie
Barbara Strozzi laan 310
1083 HN AMSTERDAM

Datum	16 maart 2016
Ons kenmerk	
Pagina	1 van 20
Betreft	Oplegging bestuurlijke boete aan BinckBank N.V.

Geachte directie,

De Autoriteit Financiële Markten (**AFM**) heeft besloten aan BinckBank NV (**BinckBank**) een bestuurlijke boete van € 500.000,- op te leggen. BinckBank heeft transacties niet zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk aan het einde van de volgende werkdag, aan de AFM gemeld. Dit betrof transacties in tot de handel op een gereguleerde markt toegelaten financiële instrumenten, welke van 12 maart 2010 tot 28 oktober 2014 OTC, en vanaf 3 februari 2011 tot 1 oktober 2014 op XBRD en XMON zijn verricht. Dit is een overtreding van de transactierapportageverplichting ex artikel 4:90e, derde lid, van de Wet op het financieel toezicht (**Wft**).

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

1 Feiten

1.1 Verloop van het proces

- 1.1.1 De AFM confronteert BinckBank op 17 april 2014 per e-mail met het feit dat transacties verricht op XLUX niet aan de AFM zijn gemeld. Dit heeft geleid tot e-mailwisseling tussen partijen en heeft uiteindelijk geresulteerd in normoverdracht door middel van verzending van een norm overdragende brief op 18 augustus 2014 vanwege overtreding van artikel 4:90e, derde lid, Wft en de aankondiging van een audit ter plaatse.
- 1.1.2 Op 11 september 2014 stuurt BinckBank de AFM een e-mail waarin zij onder andere aangeeft dat uit een intern onderzoek is gebleken dat, over een niet verder gespecificeerde periode, de derivatenorders uitgevoerd op Liffe Brussel ('XBRD') en Liffe Parijs ('XMON') niet zijn gemeld aan de AFM. Daarnaast blijkt dat ongeveer 100 handmatige orders per dag door BinckBank niet worden gemeld aan de AFM (dit

Datum 16 maart 2016

Ons kenmerk

Pagina 2 van 20

betreft veelal verzamelorders in aan gereguleerde markten genoteerde obligaties die over the counter – OTC transacties – worden verhandeld met door BinckBank geselecteerde partijen).

- 1.1.3 Op 23 september 2014 vraagt de AFM in een e-mail meer informatie over de transacties waarvan BinckBank heeft geconstateerd dat deze niet zijn gemeld.
- 1.1.4 Op 18 december 2014 informeert de AFM BinckBank dat er een onderzoeksrapport wordt opgesteld over het niet voldoen aan de transactierapportageverplichting door BinckBank.
- 1.1.5 Op 5 februari 2015 verstuurt de AFM het concept onderzoeksrapport (met kenmerk [REDACTED]) per post naar BinckBank. In het begeleidend schrijven (met kenmerk [REDACTED]) verzoekt de AFM BinckBank binnen drie weken na dagtekening te reageren.
- 1.1.6 Op 27 februari 2015 ontvangt de AFM van BinckBank haar reactie op het concept onderzoeksrapport.
- 1.1.7 Bij brief van 29 oktober 2015 heeft de AFM aan BinckBank het voornemen kenbaar gemaakt om tot boeteoplegging over te gaan, in verband met een overtreding van artikel 4:90e, derde lid, van de Wft. Bij het voornemen is het definitieve onderzoeksrapport gevoegd. De AFM stelt BinckBank in de brief in de gelegenheid om schriftelijk vóór 17 november 2015 of mondeling op 16 november 2015 haar reactie te geven op dit voornemen. Ook wijst de AFM op de mogelijkheid tot inzage in het boetedossier. BinckBank wordt in de brief een termijn gesteld voor het aanleveren van informatie op basis waarvan de AFM de hoogte van de boete kan vaststellen. Bij de brief is voorts een ‘Vragenlijst vennootschappen ten behoeve van de bepaling van de draagkracht’ gevoegd, voor het geval BinckBank een beroep doet op beperkte draagkracht.
- 1.1.8 Bij e-mail van 10 november 2015 heeft de AFM ingestemd met uitstel voor de zienswijze tot en met einde week 49.
- 1.1.9 BinckBank heeft op 4 december 2015 schriftelijk haar zienswijze (**Zienswijze**) gegeven op het voornemen. BinckBank heeft de bij het boetevoornemen gevoegde ‘Vragenlijst vennootschappen ten behoeve van de bepaling van de draagkracht’ niet aan de AFM toegezonden.

Datum 16 maart 2016

Ons kenmerk

Pagina 3 van 20

1.2 Feiten die aanleiding vormen voor het besluit

- 1.2.1 De AFM is op grond van artikel 4:90e, zevende lid, aanhef en sub a, Wft verplicht om verkregen gegevens over transacties toe te zenden aan de toezichthoudende instantie van de in termen van liquiditeit van financiële instrumenten meest relevante markt. De AFM heeft op grond van deze verplichting informatie over transacties toegezonden aan de Luxemburgse toezichthouder ('CSSF'). Op 6 februari 2014 ontvangt de AFM een e-mail van CSSF, waarin aangegeven wordt dat geen enkele transactie verricht door BinckBank op de Luxembourg Stock Exchange (XLUX), is opgenomen in de transactierapportage van de AFM aan de CSSF. Als voorbeeld stuurt CSSF aan de AFM een Excel overzicht met een aantal transacties dat BinckBank in januari 2014 heeft uitgevoerd op XLUX. De AFM constateert naar aanleiding van deze e-mail dat BinckBank in de transactierapportage aan de AFM geen transacties op XLUX heeft opgenomen. Omdat BinckBank deze transacties niet had gemeld bij de AFM, ontbraken deze transacties in de rapportage van de AFM aan de CSSF.
- 1.2.2 Op 17 april 2014 stuurt de AFM een e-mail naar BinckBank met het verzoek na te gaan waarom er geen transacties op XLUX worden gemeld en de AFM daar zo spoedig mogelijk van op de hoogte te stellen. Daarbij wordt als voorbeeld het door de CSSF aangeleverde Excel overzicht meegestuurd met een aantal transacties dat gedurende de maand januari 2014 door BinckBank is verricht.
- 1.2.3 Op 29 april 2014 ontvangt de AFM een e-mail van BinckBank met excuus voor de verlate reactie op de e-mail die de AFM 17 april 2014 heeft gestuurd. BinckBank heeft het verzoek in behandeling.
- 1.2.4 Op 8 mei 2014 stuurt de AFM een e-mail naar BinckBank waarin wordt aangegeven dat de AFM op korte termijn, doch uiterlijk binnen 2 weken, een antwoord wenst te ontvangen op de vragen die gesteld zijn in de e-mail van 17 april 2014.
- 1.2.5 Op 16 mei 2014 ontvangt de AFM een e-mail met de reactie van BinckBank op de e-mail van 17 april 2014 waarin wordt uitgelegd dat de reden voor het ontbreken van de transacties in de rapportage het gevolg was van een technisch mankement in hun systeem. Daarop heeft BinckBank dezelfde dag een nalevering over de maand januari 2014 gedaan van 291 transacties samenhangend met de ISIN codes in het door de AFM verzonden Excel overzicht met voorbeelden.
- 1.2.6 De AFM wil, naar aanleiding van het antwoord dat BinckBank op 16 mei 2014 heeft verstuurd, meer informatie ontvangen over het niet rapporteren van transacties op XLUX. Op 19 mei 2014 stuurt de AFM een e-mail naar BinckBank met het verzoek zo spoedig mogelijk zorg te dragen voor volledige rapportage, dus niet alleen de voorbeelden uit het door de AFM verzonden Excel overzicht, maar ook transacties die mogelijk zijn verricht op andere beurzen en die niet aan de AFM zijn gemeld. In deze e-mail kondigt de AFM aan hierover nog een brief te sturen.
- 1.2.7 Op 27 mei 2014 stuurt de AFM een informatieverzoek (kenmerk [REDACTED]) waarin inlichtingen gevorderd worden in het kader van haar toezicht op de naleving van artikel 4:90e, derde lid, Wft. Onder

Datum 16 maart 2016

Ons kenmerk

Pagina 4 van 20

andere vraagt de AFM per welke datum BinckBank member is geworden van XLUX. Voorts wordt erop gewezen dat de ontbrekende transacties zich niet beperken tot de door de AFM als voorbeeld meegestuurde transacties van januari 2014. Gevraagd wordt alle niet-eerder gemelde transacties, gedaan vanaf het moment van aansluiting op de Luxemburgse beurs, te melden. Daarnaast wordt meer algemeen gevraagd naar de beheersmaatregelen die bij BinckBank gelden voor de transactierapportage verplichting en of BinckBank in staat is om alle gedane transacties op dit moment aan hun transactierapportage toe te voegen. De AFM geeft BinckBank twee weken de tijd hierop schriftelijk te antwoorden.

- 1.2.8 Op 12 juni 2014, na het verstrijken van de gestelde termijn, heeft de AFM nog geen reactie ontvangen van BinckBank en stuurt zij BinckBank per e-mail een reminder met het verzoek per ommegaande te reageren op het informatieverzoek van 27 mei 2014.
- 1.2.9 Op 12 juni 2014 ontvangt de AFM een e-mail van BinckBank waarin BinckBank onderkent dat er meer transacties ontbreken in de reguliere rapportage dan opgenomen in het door de AFM als voorbeeld meegestuurde Excel overzicht. BinckBank schrijft in de e-mail: “BinckBank gaat alle transacties rapporteren vanaf de datum waarop BinckBank aansluiting heeft verkregen op LUX. Voor de transacties verricht voor datum 31-12-2013 op LUX zou dit reeds gebeurd zijn.” (De AFM controleert op 19 juni 2014 of deze transacties zijn ontvangen, zie randnummer 1.2.11.) In dezelfde e-mail schrijft BinckBank dat zij vanaf medio 2010 member is van XLUX. BinckBank geeft verder aan dat de huidige transacties op XLUX reeds meegenomen worden in de rapportage.
- 1.2.10 Op 13 juni 2014 ontvangt de AFM een e-mail van BinckBank met een lijst van beurzen waar BinckBank sinds 2007 een membership heeft, dan wel heeft gehad. Uit deze e-mail blijkt dat BinckBank sinds 1 januari 2010 member is van XLUX.
- 1.2.11 Op 19 juni 2014 controleert de AFM of de tweede nalevering van BinckBank is ontvangen. Op 6 en op 18 juni 2014 heeft BinckBank 10.664 transacties alsnog gemeld aan de AFM. Deze transacties zijn verricht van medio 2010 tot 31 december 2013. Dat maakt samen met de 291 transacties die op 16 mei 2014 door BinckBank zijn gemeld, een totaal van 10.995 te laat gemelde transacties.
- 1.2.12 Op 18 augustus 2014 stuurt de AFM een norm overdragende brief (kenmerk [REDACTED]) aan BinckBank. Met het niet tijdig melden van de transacties, die vanaf medio 2010 op de Luxemburgse beurs zijn verricht door BinckBank, heeft BinckBank naar het oordeel van de AFM de transactierapportageverplichting, als beschreven in artikel 4:90e, derde lid, Wft, overtreden. In deze norm overdragende brief wordt BinckBank gewezen op de mogelijke gevolgen bij het wederom overtreden van de verplichting. De AFM achtte het feit dat de aansluiting op de Luxemburgse beurs niet is doorgevoerd in de transactierapportage, erop wijzen dat de transactierapportage niet overeenkomt met de onderliggende activiteiten van BinckBank. Hierdoor is een aantal jaar niet voldaan aan de terugkerende

Datum 16 maart 2016

Ons kenmerk

Pagina 5 van 20

plicht om te melden. De AFM geeft aan dat zij een audit wil uitvoeren bij BinckBank op een, in gezamenlijk overleg, overeen te komen datum.

- 1.2.13 Op 2 september 2014 stuurt de AFM een e-mail naar BinckBank om een datum voor de audit vast te leggen.
- 1.2.14 Op 9 september 2014 belt de AFM met BinckBank om een datum af te spreken voor de audit.
- 1.2.15 Op 11 september 2014 stuurt BinckBank een e-mail waarin zij voorstelt de audit eind oktober 2014 te laten plaatsvinden. Verder geeft ze aan dat uit een intern onderzoek is gebleken dat, over een niet verder gespecificeerde periode, de derivatenorders¹ uitgevoerd op XBRD en XMON niet zijn gemeld aan de AFM. Daarnaast blijkt dat ongeveer 100 handmatige orders per dag (dit betreft veelal verzamelorders in aan gereguleerde markten genoteerde obligaties die over the counter - OTC transactie- worden verhandeld met door BinckBank geselecteerde partijen) niet worden gemeld door BinckBank aan de AFM. Volgens BinckBank zou bovendien de rapportage inhoudelijk kunnen worden verbeterd.
- 1.2.16 Op 23 september 2014 vraagt de AFM in een e-mail meer informatie over de transacties waarvan BinckBank heeft geconstateerd dat deze niet zijn gemeld. De AFM wil per bevinding, zoals genoemd in de e-mail van 11 september 2014 van BinckBank, onder meer weten over welke periode er niet gemeld is en om hoeveel transacties het gaat. De AFM vraagt op welke termijn BinckBank een antwoord kan geven op de gestelde vragen en per wanneer de niet-gemelde transacties alsnog gemeld kunnen worden. Daarnaast stelt de AFM een aantal dagen voor waarop de audit zou kunnen plaatsvinden.
- 1.2.17 Op 24 september 2014 geeft BinckBank via een e-mail aan de voorkeur te geven de audit op 23 oktober 2014 te laten plaatsvinden.
- 1.2.18 Op 3 oktober 2014 geeft BinckBank een reactie op de door de AFM op 23 september 2014 gestelde vragen over de niet-gemelde transacties. BinckBank geeft aan dat zij op hoofdlijnen duidelijkheid heeft over welke periode niet is gemeld. Het is echter nog niet op transactieniveau duidelijk om hoeveel niet-gemelde transacties het gaat. De huidige transacties uitgevoerd op XMON en XBRD worden nu wel meegenomen in de rapportage aan de AFM. Wanneer het aantal ontbrekende transacties vaststaat, zullen deze direct alsnog worden gemeld. BinckBank geeft aan dat de handmatig uitgevoerde OTC transacties momenteel nog niet worden gemeld; dat hangt samen met een aantal systeemtechnische aanpassingen. De

¹ Het betreft opties en futures.

Datum 16 maart 2016

Ons kenmerk

Pagina 6 van 20

omvang van de niet-gemelde OTC transacties is vastgesteld en zou na omzetting in het formaat van het Transactie Rapportage Systeem (TRS)², de daaropvolgende week kunnen worden verstuurd aan de AFM.

- 1.2.19 Op 16 oktober 2014 ontvangt de AFM in TRS een nalevering van 63.579 derivaten transacties die zijn uitgevoerd op XBRD en XMON.
- 1.2.20 Op 21 oktober 2014 stuurt BinckBank een e-mail waarin zij de AFM informeert dat de niet-gemelde derivaten transacties gedaan op XBRD en XMON alsnog zijn gemeld (zie randnummer 1.2.19). Tevens stuurt BinckBank een e-mail aan de AFM waarin wordt verteld dat de verantwoordelijkheid voor de transactierapportage inmiddels is belegd bij Operations Control & Reporting. Daarbij het verzoek om de communicatie inzake transactierapportage te richten aan deze afdeling.
- 1.2.21 De AFM constateert op 21 oktober 2014 dat BinckBank op 16 oktober 2014 63.579³ derivaten transacties gedaan op XBRD en XMON alsnog heeft gemeld in TRS. Deze transacties gaan terug tot 3 februari 2011. De OTC transacties heeft de AFM nog niet ontvangen.
- 1.2.22 Tijdens de verplichte audit op 23 oktober 2014⁴ vertelt BinckBank dat de verantwoordelijkheid voor de transactie rapportage binnen BinckBank recent is belegd bij een nieuwe afdeling: Operations Control & Reporting. Een 'Handbook Transaction Reporting' is opgesteld welke onder andere inzichtelijk maakt wanneer de business activiteiten van BinckBank leiden tot een rapportageverplichting. Aan de hand van een RACI matrix (een model dat gehanteerd wordt om de rollen en verantwoordelijkheden weer te geven) is gedefinieerd bij welke afdelingen bepaalde verantwoordelijkheden liggen. Het systeem bij BinckBank is aangepast om de geconstateerde uitval op XLUX, XBRD en XMON aan de transactie rapportage toe te voegen. BinckBank meldt de OTC transacties vanaf eind oktober 2014. De AFM spreekt met BinckBank af dat die schriftelijk zal aangeven wat er precies gebeurt bij de uitvoering van OTC transacties. Indien de AFM aan de hand van de schriftelijke uitleg van BinckBank tot de conclusie komt dat deze terecht gemeld worden, verwacht de AFM van BinckBank dat de in het verleden gedane transacties alsnog gemeld worden. (Van deze audit is een verslag gemaakt, zie randnummer 1.2.23).
- 1.2.23 Op 27 november 2014 verstuurt de AFM aan BinckBank per e-mail het concept audit rapport (met kenmerk [REDACTED]). Naast een aantal kwaliteitsissues, is in het rapport opgenomen dat de volgende TRS velden inhoudelijk aangepast dan wel verbeterd dienen te worden: TradingCapacity,

² Het Transaction Reporting System (TRS) is een applicatie die de mogelijkheid biedt, aan onder toezicht van de AFM staande partijen, om vertrouwelijke informatie op een veilige manier te communiceren en is uitsluitend bedoeld om transacties te rapporteren in het kader van de MiFID regelgeving.

³ BinckBank is eind september 2014 de transacties op XBRD en XMON voor het eerst gaan melden aan de AFM in TRS. Van de nalevering van 16 oktober 2014 bleken 419 transacties al eerder te zijn ontvangen door de AFM. Deze zijn de laatste week van september uitgevoerd en gemeld in TRS.

⁴ In het audit rapport is abusievelijk 26 oktober 2014 als datum van de audit opgenomen. De audit vond echter op 23 oktober 2014 plaats. In het concept onderzoeksrapport is 26 oktober 2014 overgenomen.

Datum 16 maart 2016

Ons kenmerk

Pagina 7 van 20

TradingTimeUTC, TimeIdentifier, VenueIdentificationCode, CounterPartyCode, InstrumentCode. De punten ter verbetering dienen zo snel mogelijk te worden opgepakt.

- 1.2.24 Op 11 december 2014 ontvangt de AFM van BinckBank per e-mail een reactie op het concept audit rapport waarin onder andere de tijdens de audit gevraagde uitleg is opgenomen over de OTC transacties. Op basis van de uitleg stelt de AFM intern vast dat deze transacties inderdaad onder de rapportage verplichting vallen en dat deze met terugwerkende kracht dienen te worden gemeld.
- 1.2.25 Op 18 december 2014 informeert de AFM BinckBank per e-mail dat de OTC transacties onder de rapportageplicht vallen en dat deze alsnog gemeld dienen te worden. De AFM vraagt nogmaals aan BinckBank over welke periode er nog niet is gemeld, om hoeveel transacties het gaat en op wat voor termijn deze kunnen worden aangeleverd. Daarnaast informeert de AFM BinckBank dat er een onderzoeksrapport wordt opgesteld over het niet voldoen aan de transactierapportageverplichting door BinckBank inzake de derivatenorders die uitgevoerd zijn op Euronext Liffe Brussel en Liffe Parijs, alsmede de bovengenoemde OTC transacties die voortvloeien uit de handmatige orderflow in aan gereguleerde markten genoteerde obligaties.
- 1.2.26 Op 5 januari 2015 geeft BinckBank aan in een e-mail dat het gaat om OTC transacties vanaf 15 maart 2010. Er is op dat moment nog geen inzage in het aantal transacties die voortvloeien uit de ongeveer 100 handmatige orders per dag. Dit is in tegenspraak met wat BinckBank eerder verklaarde op 3 oktober 2014 (zie randnummer 1.2.18). Wel verwacht BinckBank de niet-gemelde transacties medio januari 2015 aan te leveren.
- 1.2.27 Op 6 januari 2015 stuurt de AFM BinckBank het definitieve audit rapport toe (met kenmerk [REDACTED]). In de begeleidende e-mail wordt BinckBank gevraagd een redelijke tijdsplanning aan te geven voor het oplossen van de nog uitstaande kwaliteit issues en het aanpassen van de TRS velden.
- 1.2.28 Op 22 januari 2015 ontvangt de AFM van BinckBank een e-mail met daarin opgenomen een status update van de openstaande punten zoals vermeld in het definitieve audit rapport. Tevens informeert BinckBank dat de meeste aanpassingen in het eerste kwartaal van 2015 zullen worden doorgevoerd. Daarnaast

Datum 16 maart 2016

Ons kenmerk

Pagina 8 van 20

verwacht BinckBank de niet-gemelde OTC transacties begin februari 2015 te kunnen aanbieden via het daarvoor ingerichte kanaal.

- 1.2.29 Op 29 januari 2015 stuurt BinckBank een e-mail waarin zij de AFM informeert dat de nalevering van de OTC transacties is uitgevoerd. De AFM constateert dat er die dag 67.674 transacties zijn ontvangen in TRS. Deze transacties gaan terug tot 2 maart 2010.
- 1.2.30 Op 5 februari 2015 verstuurt de AFM het concept onderzoeksrapport (met kenmerk [REDACTED]) per post naar BinckBank. In het begeleidend schrijven (met kenmerk [REDACTED]) verzoekt de AFM BinckBank binnen 3 weken na dagtekening te reageren.
- 1.2.31 Op 27 februari 2015 ontvangt de AFM van BinckBank haar reactie op het concept onderzoeksrapport. De reactie is in het definitieve onderzoeksrapport (met kenmerk [REDACTED]) opgenomen.
- 1.2.32 Bij brief van 29 oktober 2015 heeft de AFM aan BinckBank het voornemen kenbaar gemaakt om tot boeteoplegging over te gaan, in verband met overtreding van artikel 4:90e, derde lid, van de Wft.
- 1.2.33 BinckBank heeft op 4 december 2015 schriftelijk haar Zienswijze gegeven op het voornemen.

2 Beoordeling

2.1 Wettelijk kader

Artikel 4:90e, derde lid, Wft bepaalt dat een beleggingsonderneming die transacties in tot de handel op een gereguleerde markt toegelaten financiële instrumenten heeft verricht, de gegevens over deze transacties zo spoedig mogelijk, maar uiterlijk aan het einde van de volgende werkdag, meldt aan de AFM.

Aan het belang van tijdige rapportage is aandacht besteed in de wetsgeschiedenis bij de Wft. Het tijdig melden van de transacties zorgt ervoor dat de toezichthouder kan nagaan of bij de gedane transacties eerlijk, billijk, professioneel en integer is gehandeld door de beleggingsonderneming.⁵ De beleggingsonderneming moet binnen de gestelde wettelijke termijn melden aan de AFM zodat de AFM en de overige toezichthouders marktmisbruik kunnen opsporen. Indien een beleggingsonderneming verzaakt de uitgevoerde transacties tijdig te melden aan de AFM, wordt het proces van het opsporen van marktmisbruik verstoord. Immers, mogelijke signalen of tekenen worden gemist hetgeen een belemmering kan vormen voor het tijdig reageren op marktmisbruik. Hierdoor kan de eerlijke en efficiënte werking van de markt en het vertrouwen van alle betrokkenen worden geschaad. Met het melden van transacties binnen de gestelde wettelijke termijn is aldus een duidelijk belang gemoeid.

Als door de toezichthouder ruimte wordt geboden om minder strikt met de verplichting om te gaan, zou die ruimte in principe aan alle beleggingsondernemingen op gelijke wijze dienen te worden geboden. Een dergelijke coulante

⁵ Kamerstukken II 2006/07, 31 086, nr. 3 (MvT), p. 154.

Datum 16 maart 2016

Ons kenmerk

Pagina 9 van 20

invulling van de transactierapportageverplichting is strijdig met het doel van die verplichting om de toezichthouder in staat stellen om gedrag dat op marktmisbruik kan duiden tijdig te signaleren, en hier adequaat op te acteren.

2.2 Beoordeling van de feiten

- 2.2.1 Hieronder worden de in paragraaf 1 genoemde feiten beoordeeld. Daarbij wordt tevens ingegaan op de zienswijzen van BinckBank die zien op de overtreding en de omvang van de overtreding. De resterende zienswijzen van BinckBank komen aan de orde in de paragrafen 2.3 en 3.
- 2.2.2 Op grond van artikel 4:90e, derde lid, Wft rust op BinckBank een transactierapportageverplichting voor verrichte transacties in tot de handel op een gereguleerde markt toegelaten financiële instrumenten. Uit de feiten blijkt dat BinckBank verrichte transacties op twee beurzen, XBRD en XMON, en verrichte OTC transacties gedurende meerdere jaren niet binnen de wettelijk gestelde termijn aan de AFM heeft gemeld.

Transacties op XBRD en XMON

- 2.2.3 Op 11 september 2014 informeert BinckBank de AFM dat uit intern onderzoek is gebleken dat derivatenorders uitgevoerd op XBRD en XMON over een niet nader gespecificeerde periode niet zijn gemeld aan de AFM. Volledige duidelijkheid over de duur van de periode waarin niet (tijdig) is gemeld en de hoeveelheid van de verrichte transacties kan door BinckBank pas ruim een maand later, te weten op 16 oktober 2014, worden verschaft. Op voornoemde datum ontvangt de AFM van BinckBank een nalevering van 63.790 transacties verricht op XBRD en XMON.
- 2.2.4 De AFM constateert op 21 oktober 2014 dat de 63.790 door BinckBank uitgevoerde derivatenorders kwalificeren als transacties in tot de handel op een gereguleerde markt toegelaten financiële instrumenten, waarvoor de transactierapportageverplichting als bedoeld in artikel 4:90e, derde lid, Wft geldt. De 63.790 transacties hebben betrekking op de periode van 3 februari 2011 tot en met 15 oktober 2014. Nu BinckBank eind september is begonnen met het melden van transacties op XBRD en XMON, zijn 419⁶ transacties van de nalevering tijdig aan de AFM gemeld. Dit betekent dat door BinckBank in de periode van 3 februari 2011 tot 1 oktober 2014 63.110 transacties zijn verricht op XBRD en XMON die niet tijdig aan de AFM zijn gemeld. Daarmee heeft BinckBank artikel 4:90e, derde lid, Wft overtreden. Met de nalevering op 16 oktober 2014 heeft BinckBank met betrekking tot deze transacties alsnog aan de op haar rustende transactierapportageverplichting voldaan.

⁶ Betreft transacties verricht op XBRD: 71 op 23-9-2014, 62 op 24-9-2014, 81 op 25-9-2014, 76 op 26-9-2014, 60 op 29-9-2014 en 69 op 30-9-2014.

Datum 16 maart 2016

Ons kenmerk

Pagina 10 van 20

OTC transacties

- 2.2.5 Eveneens op 11 september 2014 informeert BinckBank de AFM dat door BinckBank uitgevoerde OTC transacties (veelal verzamelorders in aan gereguleerde markten genoteerde obligaties) over een niet nader gespecificeerde periode niet zijn gemeld aan de AFM. Volledige duidelijkheid over de aard van de transacties, de duur van de periode waarin niet (tijdig) is gemeld en de hoeveelheid van de verrichte transacties, kan BinckBank pas ruim vier maanden later, te weten op 29 januari 2015, geven. Op voornoemde datum ontvangt de AFM van BinckBank een nalevering van 67.674 verrichte OTC transacties.
- 2.2.6 Tijdens de audit op 23 oktober 2014 heeft de AFM aan BinckBank verzocht schriftelijk aan te geven wat er precies gebeurt bij de uitvoering van OTC transacties. Op 11 december 2014 ontvangt de AFM de verzochte uitleg en onderschrijft de conclusie van BinckBank dat de OTC transacties op grond van artikel 4:90e, derde lid, Wft aan de AFM moeten worden gemeld.
- 2.2.7 De AFM constateert op 29 januari 2015 dat er 67.674 transacties zijn ontvangen in TRS. De 67.674 transacties hebben betrekking op de periode 2 maart 2010 tot 28 oktober 2014. De AFM heeft van 53.008 OTC transacties vastgesteld dat zij kwalificeren als transacties in tot de handel op een gereguleerde markt toegelaten financiële instrumenten, waarvoor de meldplicht als bedoeld in artikel 4:90e, derde lid, Wft geldt. Deze transacties hebben betrekking op de periode van 12 maart 2010 tot 28 oktober 2014. Dit betekent dat door BinckBank in de periode van 12 maart 2010 tot 28 oktober 2014 53.008 OTC transacties zijn verricht die niet tijdig aan de AFM zijn gemeld. Daarmee heeft BinckBank artikel 4:90e, derde lid, Wft overtreden. Met de nalevering op 29 januari 2015 heeft BinckBank met betrekking tot deze transacties alsnog aan de op haar rustende transactierapportageverplichting voldaan.
- 2.2.8 De AFM stelt vast dat BinckBank niet betwist dat sprake is van overtreding van artikel 4:90e, derde lid, Wft. BinckBank erkent in haar Zienswijze dat zij de transacties had moeten melden aan de AFM. Wel gaat BinckBank in haar Zienswijze in op de overtreding en de omvang van de overtreding.
- 2.2.9 BinckBank wijst er in haar Zienswijze op dat de AFM de overtreding niet had kunnen constateren zonder het uit eigen beweging door BinckBank verrichte onderzoek, nu de AFM transactiemeldingen slechts een beperkte periode zou bewaren. Afgezien van de vraag wat BinckBank met deze zienswijze wil betogen – dat is de AFM niet duidelijk –, is de zienswijze in verschillende opzichten onjuist. BinckBank stelt in de zienswijze ten onrechte dat de AFM de transactiemeldingen slechts een beperkte periode bewaart. De AFM bewaart de transactiemeldingen wel degelijk. Daarnaast worden de transactiemeldingen twee maanden in TRS opgeslagen. Instellingen hebben ook toegang tot TRS, om zo nodig hun meldingen te corrigeren. Daarnaast is onjuist dat de overtredingen alleen door onderzoek van BinckBank konden worden vastgesteld. De CSSF heeft transacties van BinckBank onder de aandacht van de AFM gebracht, die door BinckBank niet waren gemeld. Dit heeft geleid tot vragen van de AFM aan BinckBank, onder meer de vraag of er ook transacties op andere beurzen niet zijn gemeld. Bijna vier maanden na voornoemde vragen, nadat de AFM een audit had aangekondigd, kwam BinckBank met het bericht dat er

Datum 16 maart 2016

Ons kenmerk

Pagina 11 van 20

ook transacties op andere beurzen niet waren gemeld. Daarmee is ook onjuist de stelling van BinckBank in haar Zienswijze dat ze het onderzoek 'uit eigen beweging' zou hebben verricht.

- 2.2.10 BinckBank stelt in haar Zienswijze dat het niet zo is dat in het geheel geen transacties werden gemeld. Onderzoek heeft aan het licht gebracht dat een klein deel van de transacties niet werd gemeld, te weten bij 0,41% respectievelijk 0,32% van de door BinckBank gemelde transacties per dag, aldus BinckBank. Het klopt dat het verwijt niet is dat BinckBank gedurende de periode van maart 2010 tot en met oktober 2014 in het geheel geen transacties heeft gemeld, hoewel wel geldt dat BinckBank transacties op XBRD en XMON in het geheel niet meldde.
- 2.2.11 Het is de AFM onduidelijk hoe BinckBank tot de percentages in haar Zienswijze is gekomen en hoe de percentages moeten worden gelezen. Zijn dit percentages van een specifieke dag, dan wel een gemiddelde over een bepaalde periode? Los van de betekenis van de percentages, waarmee BinckBank lijkt te willen suggereren dat het slechts een zeer klein gedeelte van haar dagelijkse meldingen betreft, brengt de AFM in herinnering dat de transactierapportageverplichting in het leven is geroepen om de toezichthouder in staat te stellen marktmisbruik op te kunnen sporen en tijdig en adequaat te kunnen adresseren. Daarbij speelt het aantal transacties geen doorslaggevende rol. Ook achter een zeer beperkt aantal transacties kan marktmisbruik zitten, waardoor het van belang is dat alle rapportageplichtige transacties ook daadwerkelijk zo spoedig mogelijk aan de AFM worden gemeld. Het gaat erom dat de AFM in staat wordt gesteld marktmisbruik op te sporen. Indien zich een event voordoet, bijvoorbeeld het uitbrengen van een persbericht door een uitgevende instelling, moet een toezichthouder in staat zijn te beoordelen of zich met betrekking tot het instrument of de instrumenten waar dat persbericht invloed op kan hebben transacties hebben voorgedaan die duiden op marktmisbruik. Daarvoor is noodzakelijk dat beleggingsondernemingen de op hen rustende transactierapportageverplichting naleven. De volledigheid van de informatie die de AFM ontvangt, bepaalt de betrouwbaarheid van de analyse van haar detectiesysteem.
- 2.2.12 Bovendien merkt de AFM op dat het hier gaat om een substantiële hoeveelheid transacties over een lange periode die in strijd met artikel 4:90e, derde lid, Wft niet tijdig is gemeld. Van een beperkte ernst van de overtreding is dan ook geen sprake.
- 2.2.13 BinckBank stelt zich daarnaast op het standpunt dat een deel van de overtredingen inmiddels zou zijn verjaard. De overtredingen zien op de periode 12 maart 2010 tot en met 27 oktober 2014. Zo'n 20% van deze periode zou buiten de verjaringstermijn van artikel 5:45, eerste lid, Algemene wet bestuursrecht (Awb) vallen, zodat die volgens BinckBank niet ten grondslag aan het boetebesluit kan worden gelegd.
- 2.2.14 Op grond van artikel 5:45, eerste lid, Awb geldt, indien een bestuurlijke boete van meer dan € 340,- kan worden opgelegd, dat de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete vervalt vijf jaren nadat de overtreding heeft plaatsgevonden. BinckBank stelt ten onrechte dat deze bepaling tot gevolg heeft dat

Datum 16 maart 2016

Ons kenmerk

Pagina 12 van 20

de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete ten aanzien van een aantal niet tijdig gemelde transacties is komen te vervallen.

- 2.2.15 De in artikel 4:90e, derde lid, Wft bedoelde transacties dienen na het verrichten zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk aan het einde van de volgende werkdag aan de AFM te worden gemeld. Het niet binnen een werkdag na een transactie een melding aan de AFM doen, markeert het begin van de overtreding met betrekking tot die transactie. Zolang melding van de transacties aan de AFM uitblijft, duren de overtredingen voort. Immers, het belang bij de verplichting, het in staat zijn om marktmisbruik op te sporen, blijft bestaan. Aan de hand van de nagezonden transactiemeldingen van BinckBank, kan de AFM – of kunnen buitenlandse toezichthouders waaraan de transactiemeldingen worden doorgestuurd – alsnog onderzoeken of er sprake is van indicaties van marktmisbruik.
- 2.2.16 Bij het voortdurend nalaten een voorgeschreven handeling – zoals onderhavige transactierapportageverplichting – te verrichten, dient bij de vraag naar verjaring aangeknoopt te worden bij het tijdstip waarop die verplichting eerst ten einde is gekomen.⁷ Het tijdstip waarop de transactierapportageverplichting eerst ten einde is gekomen, is het moment waarop BinckBank alsnog heeft gemeld. In lijn hiermee stelt BinckBank in de Zienswijze op p. 2 en 3 dat zij de overtreding uit eigen beweging heeft beëindigd, door de mogelijk nog ontbrekende transacties alsnog te melden. Voor de transacties verricht op XBRD en XMON is dat op 16 oktober 2014. Voor de OTC transacties is dat op 29 januari 2015. Pas op die twee momenten begint de verjaringstermijn voor de niet tijdig gemelde transacties te lopen. De bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete wegens het niet melden van voornoemde transacties is dan ook niet komen te vervallen.

2.3 Resterende zienswijzen BinckBank

- 2.3.1 Hieronder wordt een aantal algemene zienswijzen van BinckBank en de reactie daarop van de AFM weergegeven. De zienswijzen van BinckBank ten aanzien van de hoogte van de boete komen in paragraaf 3 aan de orde.

Op grond van de feiten, omstandigheden en het handhavingsbeleid van de AFM ligt een boete niet in de rede

- 2.3.2 BinckBank is met de AFM van oordeel dat de transacties tijdig gemeld hadden moeten worden. Echter, BinckBank meent dat vanwege de feiten en omstandigheden, en op grond van het handhavingsbeleid van de AFM, niet voor een bestuurlijke boete zou moeten worden gekozen. BinckBank meent dat op grond van de factoren die een rol spelen bij de keuze van een handhavingsinstrument, een andere maatregel dan een boete meer in de rede ligt. Daarbij wijst BinckBank op de volgende aspecten: (1) er is geen sprake van recidive, (2) aan de systeemtechnische omissie die de oorzaak vormt voor het niet melden van de transacties heeft geen bewuste keuze ten grondslag gelegen, (3) er is geen benadeling van derden, (4) er is geen voordeel behaald uit de overtreding, (5) de overtreding is uit eigen beweging beëindigd, (6) de overtreding heeft ca. 3,5 jaar voortgeduurd maar het is niet zo dat die periode in het geheel geen

⁷ Rechtbank Rotterdam 19 januari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV2271.

Datum 16 maart 2016

Ons kenmerk

Pagina 13 van 20

transacties werden gemeld, (7) BinckBank heeft alle mogelijke medewerking verleend aan het onderzoek, (8) de financiële draagkracht en economisch effect van de toezichtmaatregel zijn van belang voor de hoogte van de boete, (9) de overtreding heeft niet geleid tot marktverstoring en (10) de overtreding heeft niet geleid tot schending van het vertrouwen in de markt.

- 2.3.3 De AFM heeft handhavingsbeleid⁸ opgesteld. Het handhavingsbeleid geeft inzicht in de uitgangspunten en factoren die van belang zijn bij het bepalen van de inzet van handhavingsinstrumenten en waarborgt de consistentie bij die inzet. De AFM meent dat zij op grond van de geconstateerde overtredingen terecht komt tot het opleggen van een boete.
- 2.3.4 Dankzij de oplettendheid van de CSSF is de AFM op 6 februari 2014 op de hoogte gebracht van omstandigheden die hebben geleid tot de conclusie dat niet alle door BinckBank verrichte transacties in tot de handel op een gereguleerde markt toegelaten financiële instrumenten overeenkomstig artikel 4:90e, derde lid, Wft aan de AFM zijn gemeld. Op 17 april 2014 confronteert de AFM BinckBank met deze informatie en vraagt om opheldering. Sinds medio april 2014 is BinckBank derhalve op de hoogte van het feit dat niet alle door haar verrichte rapportageplichtige transacties ook daadwerkelijk aan de AFM worden gemeld.
- 2.3.5 BinckBank heeft de AFM op 16 mei 2014 per e-mail geïnformeerd dat de reden voor het niet melden van transacties verricht op XLUX het gevolg was van een technisch mankement in haar systeem. In ieder geval vanaf die datum is BinckBank dus op de hoogte van een systeemtechnische omissie in haar transactierapportagesysteem. Na de erkenning door BinckBank in haar e-mail van 16 mei 2014 dat er transacties niet waren gemeld, heeft de AFM per e-mail van 19 mei 2014 BinckBank verzocht om zorg te dragen voor volledige rapportage van alle verrichte transacties in tot de handel op een gereguleerde markt toegelaten financiële instrumenten. In een informatieverzoek van 27 mei 2014 en een e-mail van 12 juni 2014 is dat verzoek herhaald. Op 18 augustus 2014 stuurt de AFM BinckBank een norm overdragende brief vanwege overtreding van artikel 4:90e, derde lid, Wft door het niet tijdig melden van transacties op XLUX en kondigt daarin een audit ter plaatse aan.
- 2.3.6 Het duurt daarna nog tot 11 september 2014 voordat BinckBank mededeelt dat ook transacties op XBRD en XMON en OTC transacties niet aan de AFM worden gemeld. Vervolgens duurt het nog tot 16 oktober 2014 (met betrekking tot de transacties op XBRD en XMON) respectievelijk 29 januari 2015 (met betrekking tot de OTC transacties) voordat BinckBank de overtreding van de transactierapportageverplichting beëindigt door de verrichte transacties alsnog te melden. Naast de lange periode van overtreding (van 3 februari 2011 tot 1 oktober 2014 voor de transacties op XBRD en XMON en van 12 maart 2010 tot 28 oktober 2014 voor de OTC transacties), is dus ruim negen maanden verstreken tussen het eerste signaal dat bepaalde transacties ten onrechte niet aan de AFM worden gemeld

⁸ Staatscourant 11 juli 2008, nr. 132 / pagina 30.

Datum 16 maart 2016

Ons kenmerk

Pagina 14 van 20

en het moment waarop de meldingsplichtige transacties alsnog worden gemeld en de overtreding in volle omvang vastgesteld kan worden.

- 2.3.7 Op BinckBank rust de verplichting om transacties die zijn verricht in tot de handel op een gereglementeerde markt toegelaten financiële instrumenten tijdig aan de AFM te melden. BinckBank is derhalve verantwoordelijk voor het inrichten van een procedure die ervoor zorgt dat zij aan deze verplichting kan voldoen. Desalniettemin heeft het kunnen gebeuren dat een periode van zo'n 3,5 jaar onder meer niet wordt opgemerkt dat transacties verricht op XBRD en XMON ten onrechte niet aan de AFM worden gemeld.
- 2.3.8 BinckBank heeft de AFM op 16 mei 2014 per e-mail geïnformeerd dat de reden voor het niet melden van transacties verricht op XLUX het gevolg was van een technisch mankement in hun systeem. Vanaf die datum is BinckBank dus op de hoogte van een technisch mankement in haar transactierapportagesysteem. De AFM acht het kwalijk dat BinckBank na de constatering van de systeemtechnische omissie niet voortvarend te werk is gegaan om de volledige omvang en gevolgen zo snel mogelijk helder te krijgen. Deze constatering had voor BinckBank aanleiding moeten zijn haar systeem tegen het licht te houden en te controleren of alle transacties in tot de handel op een gereglementeerde markt toegelaten financiële instrumenten ook daadwerkelijk tijdig aan de AFM worden gemeld. Echter, pas op 11 september 2014 – dus bijna vier maanden later – informeert BinckBank de AFM over het feit dat ten gevolge van een systeemtechnische omissie ook transacties op XBRD en XMON niet worden gemeld. Van een actieve houding van BinckBank om, na de eerste signalen dat haar transactierapportagesysteem niet volledig is, zo snel mogelijk inzicht te verkrijgen in haar systeem en te bekijken of ook andere transacties in tot de handel op een gereglementeerde markt toegelaten financiële instrumenten ten onrechte niet worden gemeld, is aldus geen sprake. Deze reactieve houding van BinckBank blijkt sterk uit de e-mail van 11 september 2014. Daarin verwijst BinckBank naar de norm overdragende brief van 18 augustus 2014, en de door de AFM aangekondigde audit, en geeft zij aan dat zij haar rapportageverplichtingen heeft afgezet tegen het toepasselijke wettelijke kader en tegen het handboek “Transaction Reporting V2.0” van de AFM. Die analyse heeft onder meer geleid tot de conclusie dat derivatenorders op XBRD en XMON abusievelijk niet werden gemeld. Ook wordt in de e-mail opgemerkt dat BinckBank een uitgangspunt hanteerde op basis waarvan er geen rapportageplicht zou bestaan met betrekking tot de OTC transacties. BinckBank geeft aan dat op grond van haar analyse (de toets aan het wettelijk kader en aan het handboek van de AFM), haar standpunt over de OTC transacties niet juist is. Niet valt in te zien waarom BinckBank deze stappen pas zet na de aankondiging door de AFM van een audit, en niet daags na het signaal van de AFM op 17 april 2014, dat XLUX transacties niet worden gemeld.
- 2.3.9 In paragraaf 2.1 en 2.2 is reeds stilgestaan bij het belang van naleving van de meldingsplicht. In onderhavig geval heeft BinckBank voor een periode van ongeveer 3,5 jaar (met betrekking tot transacties op XBRD en XMON) respectievelijk 4,5 jaar (met betrekking tot OTC transacties) nagelaten transacties verricht in tot de handel op een gereglementeerde markt toegelaten financiële instrumenten, tijdig aan de AFM te melden. Pas op 16 oktober 2014 respectievelijk 29 januari 2015, negen maanden na het signaal

Datum 16 maart 2016

Ons kenmerk

Pagina 15 van 20

van de AFM aan BinckBank dat er transacties niet gemeld worden, wordt de overtreding van artikel 4:90e, derde lid, Wft opgeheven door de verrichte transacties alsnog te melden.

- 2.3.10 Gelet op de hiervoor geschetste feiten en omstandigheden, waaronder de ernst en de duur van de overtreding, is de zienswijze van BinckBank dat een andere maatregel dan een boete meer voor de hand ligt, niet goed te plaatsen.
- 2.3.11 Ook de overige door BinckBank aangedragen zienswijzen, zoals weergegeven in randnummer 2.3.2, overtuigen tegen deze achtergrond niet.
- 2.3.12 In de eerste plaats is de AFM van oordeel dat BinckBank in haar Zienswijze een onjuiste voorstelling geeft van haar handelen en opstelling gedurende het onderzoek. BinckBank stelt dat de overtreding uit eigen beweging is beëindigd, dat zij een actieve houding heeft getoond en alle mogelijke medewerking aan het onderzoek heeft verleend, het onderzoek grotendeels zelf heeft uitgevoerd en aan alle verzoeken van de AFM heeft voldaan. De AFM herkent zich niet in dit beeld. In het proces tussen de e-mail van de AFM van 17 april 2014 over de XLUX transacties die niet werden gemeld en de beëindiging van de overtreding, heeft de AFM BinckBank meerdere malen verzocht zorg te dragen voor volledige rapportage van de verrichte transacties. Pas na een norm overdragende brief met daarin de aankondiging van een audit ter plaatse, verricht BinckBank intern onderzoek. De houding van BinckBank is derhalve reactief van aard en niet proactief.
- 2.3.13 Voor zover BinckBank stelt dat aan de oorzaak van (een deel van) de overtreding – de systeemtechnische omissie – geen bewuste keuze ten grondslag ligt, wil dat niet zeggen dat een boete in dit geval geen passende maatregel zou zijn. Mocht BinckBank bewust niet hebben gemeld, dan zou dat wel tot een verder verhoogde ernst of verwijtbaarheid van de overtreding hebben kunnen leiden. Hoewel – volgens BinckBank – aan de systeemtechnische omissie geen bewuste keuze ten grondslag ligt, meent de AFM dat de opstelling van BinckBank na het constateren van deze omissie wel een bewuste keuze van BinckBank is. BinckBank heeft nagelaten om na het ontdekken van de systeemtechnische omissie direct onderzoek te verrichten teneinde de omvang en gevolgen daarvan vast te stellen. Pas na de norm overdragende brief van 18 augustus 2014 met daarin de aankondiging van een audit ter plaatse, gaat BinckBank over tot het verrichten van nader onderzoek. Dit heeft ook tot gevolg gehad dat de periode van (een deel van) de overtredingen langer heeft voortgeduurd.
- 2.3.14 BinckBank stelt dat geen sprake is van herhaling van de overtreding. Het niet melden van de transacties op XBRD en XMON is het gevolg van dezelfde oorzaak die ertoe had geleid dat bepaalde andere transacties niet waren gemeld: te weten een systeemtechnische omissie. Terecht merkt BinckBank op dat op grond van artikel 1:81 lid 1 Wft het bedrag van de bestuurlijke boete alleen kan worden verdubbeld als tijdens het plegen van de overtreding nog geen vijf jaren zijn verlopen sinds het opleggen van een bestuurlijke boete aan de overtreder ter zake van eenzelfde overtreding. De conclusie die uit deze zienswijze getrokken kan worden, is dat er geen wettelijke basis is voor verdubbeling van het

Datum 16 maart 2016

Ons kenmerk

Pagina 16 van 20

boetebedrag. Echter, niet valt in te zien dat het ontbreken van recidive zou bijdragen aan de conclusie dat een boete niet een passende maatregel is.

- 2.3.15 BinckBank stelt dat de financiële draagkracht en het economisch effect van de toezichtmaatregel in haar geval niet relevant is voor de keuze van een instrument, maar wel voor de hoogte van een boete of dwangsom. De draagkracht is meegewogen in de hoogte van de boete. De AFM verwijst daartoe naar paragraaf 3.2 van dit besluit.
- 2.3.16 Voorzover BinckBank tot slot stelt dat geen sprake is van benadeling van derden, geen sprake is van het door BinckBank behalen van voordeel uit de overtreding, er geen sprake is van marktverstoring en dat het vertrouwen in de markt niet is geschaad, is de vraag waarom die stellingen leiden tot de conclusie dat een boete in dit geval geen passende maatregel is. BinckBank geeft aan dat “een andere maatregel” meer in de rede ligt, maar geeft niet aan welke maatregel zij bedoelt. Met name relevant acht BinckBank haar actieve houding, het initiatief dat BinckBank heeft genomen, waarbij BinckBank zelf heeft ontdekt dat transacties niet zijn gemeld en deze alsnog heeft gemeld, het feit dat de overtreding is beëindigd en de oorzaak van de overtreding. Uit het voorgaande blijkt reeds dat deze aspecten die BinckBank met name relevant acht, juist tot de conclusie leiden dat een boete de passende maatregel is. De AFM verwijt BinckBank een reactieve houding, waarbij de AFM herhaaldelijk moest vragen om informatie en BinckBank herhaaldelijk zonder verdere communicatie met de AFM gestelde reactietermijnen overschreed. De bal is gaan rollen toen de AFM transactiemeldingen toezond aan de Luxemburgse toezichthouder, en die constateerde dat er transacties ontbraken. Pas nadat de AFM een audit bij BinckBank aankondigde, is BinckBank verder onderzoek gaan doen en kwam aan het licht dat naast de XLUX transacties, ook was nagelaten om de transacties die aan deze boete ten grondslag liggen aan de AFM te melden. Een en ander kan niet bijdragen aan de conclusie dat een boete niet de geëigende maatregel zou zijn. Dat BinckBank aanvoert – ter onderbouwing van de stelling dat een boete niet de geëigende maatregel is – dat de overtreding is beëindigd, is opmerkelijk. BinckBank voert immers ook aan dat de overtreding van artikel 4:90e, derde lid, Wft bijna direct na haar ontstaan eindigt, en daarom overtredingen uit 2010 zouden zijn verjaard. Uitgaande van die veronderstelling valt niet in te zien hoe volgens BinckBank de beëindiging van de overtreding – die dus volgens haar automatisch plaatsvindt, BinckBank hoeft daar niets voor te doen – op de conto van BinckBank kan worden geschreven, en aldus bijdraagt aan de conclusie dat de boete niet de geëigende maatregel zou zijn. De gang van zaken als hiervoor toegelicht, alsmede de omvang en de duur van de overtreding, maakt dat een boete zonder meer een geëigende maatregel is, ook als er geen derden zouden zijn benadeeld, BinckBank geen voordeel zou hebben behaald uit de overtreding, er geen sprake is van marktverstoring en het vertrouwen in de markt niet is geschaad. Overigens kan bij het ‘coulant’ optreden van de AFM er wel degelijk een vertrouwen worden geschaad, namelijk het vertrouwen dat alle meldplichtige partijen daadwerkelijk melden, en dat er wordt opgetreden tegen partijen die de meldplicht niet naleven.

Datum 16 maart 2016

Ons kenmerk

Pagina 17 van 20

Strijd met artikel 5:53 Awb

- 2.3.17 BinckBank meent dat de AFM artikel 5:53 Awb heeft geschonden door BinckBank niet in staat te stellen een zienswijze te geven over de voorgenomen boetehoogte en over de factoren die voor de boetehoogte van belang worden geacht door de AFM.
- 2.3.18 De AFM is niet reeds bij het boetevoornemen gehouden om aan te geven op welk bedrag zij voornemens is de boete vast te stellen. De AFM verwijst in dit kader ook naar de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 23 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9454. Met betrekking tot de factoren die de AFM van belang acht voor de boetehoogte, verwijst de AFM naar relevante passages daarover op haar website. In het boetevoornemen is een link naar die webpagina's opgenomen.

Tekst boetebesluit

- 2.3.19 BinckBank stelt dat in het boetebesluit slechts die informatie mag worden opgenomen die aan het boetebesluit ten grondslag ligt. Zowel verjaarde feiten als feiten die niet in het boetebesluit zijn meegenomen hebben volgens BinckBank geen plaats in een boetebesluit. Als voorbeeld wijst BinckBank op de transacties op XLUX en de door de AFM gegeven waarschuwing.
- 2.3.20 Het is onjuist dat de transacties op XLUX en de waarschuwing van de AFM feiten zouden zijn die – in de woorden van BinckBank – niet in het boetebesluit zijn meegenomen. De feiten zijn in dit besluit opgenomen en ze maakten al deel uit van het onderzoeksrapport. De bal is gaan rollen met de XLUX transacties waarmee de AFM BinckBank confronteerde. Dit is relevante contextinformatie die vooraf ging aan de overtredingen waar de AFM nu een boete voor oplegt. Wel is juist dat de niet-gemelde transacties verricht op XLUX die aanleiding hebben gevormd tot de norm overdragende brief en de audit, thans niet worden beboet.
- 2.3.21 De AFM concludeert dat de door BinckBank naar voren gebrachte Zienswijze geen aanleiding vormt om te komen tot aanpassing van haar besluitvorming.

2.4 Conclusie

De AFM heeft in paragraaf 2.2 een overtreding van artikel 4:90e, derde lid, Wft geconstateerd. De beoordeling van de Zienswijze van BinckBank als opgenomen in paragraaf 2.2 en 2.3 leidt er niet toe dat de AFM tot een ander oordeel komt.

Datum 16 maart 2016

Ons kenmerk

Pagina 18 van 20

3 Besluit

3.1 Besluit tot boeteoplegging

Op grond van het voorgaande heeft de AFM besloten om aan BinckBank een bestuurlijke boete op te leggen. BinckBank heeft transacties niet zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk aan het einde van de volgende werkdag, aan de AFM gemeld. Dit betrof transacties in tot de handel op een gereguleerde markt toegelaten financiële instrumenten, welke van 2 maart 2010 tot 28 oktober 2014 OTC, en vanaf 3 februari 2011 tot 1 oktober 2014 op XBRD en XMON verricht.⁹ Dit is een overtreding van artikel 4:90e, derde lid, Wft.

3.2 Hoogte van de boete

Voor deze overtreding geldt op grond van artikel 1:81, eerste en tweede lid, Wft en artikel 10 Besluit bestuurlijke boetes financiële sector een basisbedrag van € 500.000.

BinckBank stelt in haar Zienswijze dat op grond van de feiten, omstandigheden en factoren die van belang zijn op grond van het handhavingsbeleid, het boetebedrag aanzienlijk gematigd zou moeten worden. Uit de omstandigheden blijkt volgens BinckBank dat sprake is van verminderde verwijtbaarheid en een beperkte ernst.

Ernst, duur en verwijtbaarheid van de overtreding

Het door de wetgever vastgestelde basisbedrag van € 500.000,- is gebaseerd op een gemiddelde – niet verminderde of verhoogde – ernst en verwijtbaarheid. De AFM ziet geen gronden voor vaststelling van de boete op een lager dan wel hoger bedrag op grond van ernst, duur of verwijtbaarheid van de overtreding.

In tegenstelling tot BinckBank is de AFM van oordeel dat geen sprake is van een beperkte ernst van de overtreding. Zoals toegelicht in paragraaf 2.1 en 2.2 heeft artikel 4:90e, derde lid, Wft een belangrijk doel, namelijk om de AFM – en buitenlandse toezichthouders – in staat te stellen marktmisbruik te kunnen opsporen. Daarvoor is noodzakelijk dat beleggingsondernemingen de op hen rustende transactierapportageverplichting naleven. BinckBank heeft een substantiële hoeveelheid transacties niet gemeld, te weten 63.110 transacties op XBRD en XMON en 53.008 OTC transacties. Van een beperkte duur van de overtreding is evenmin sprake. BinckBank heeft meerdere jaren achtereen transacties niet tijdig aan de AFM gemeld. Transacties verricht op XBRD en XMON zijn voor een periode van zo'n 3,5 jaar niet tijdig gemeld. OTC-transacties zijn voor een periode van zo'n 4,5 jaar niet tijdig gemeld. Beleggingsondernemingen dienen er zorg voor te dragen dat er zonder enige interventie van de AFM juist en tijdig wordt gemeld.

Evenmin valt in te zien in welk opzicht de overtreding minder verwijtbaar zou zijn. Voor zover BinckBank in haar Zienswijze omstandigheden heeft aangevoerd die zouden moeten leiden tot verminderde verwijtbaarheid, zijn die omstandigheden in paragraaf 2.3 beoordeeld, en kunnen die omstandigheden op basis van de beoordeling niet leiden tot lagere vaststelling van de boete aan BinckBank op grond van verminderde verwijtbaarheid van de

⁹ De AFM heeft de bevoegdheid om een boete op te leggen op grond van artikel 1:80, eerste lid Wft.

Datum 16 maart 2016

Ons kenmerk

Pagina 19 van 20

overtredingen. Verwijtbaar acht de AFM zonder meer de reactieve houding van BinckBank in deze. De AFM heeft BinckBank herhaaldelijk moeten verzoeken om informatie over door haar verrichte transacties, BinckBank overschreed herhaaldelijk reactietermijnen en pas na de aankondiging van een audit ter plaatse, verricht BinckBank nader intern onderzoek naar door haar verrichte transacties.

Draagkracht

Bij het voornemen tot boeteoplegging was een vragenlijst gevoegd ten behoeve van de bepaling van de draagkracht van BinckBank. BinckBank heeft in dit verband geen stukken overgelegd. Uit het op de website van BinckBank beschikbare gestelde Annual Report over het jaar 2014 volgt dat het Eigen Vermogen van BinckBank € 440.247.000,- bedraagt. Uit deze gegevens blijkt naar het oordeel van de AFM dat er geen aanleiding is om de boete te matigen op basis van de omvang van BinckBank, of de verminderde draagkracht. De boete voor overtreding van artikel 4:90e, derde lid, Wft bedraagt op grond hiervan € 500.000,-.

BinckBank moet het bedrag binnen zes weken overmaken op bankrekening [REDACTED] ten name van AFM te Amsterdam, onder vermelding van factuurnummer 4420279. BinckBank ontvangt geen afzonderlijke factuur voor dit bedrag.

De boete moet worden betaald binnen zes weken na de datum van dit besluit.¹⁰ Als BinckBank 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 BinckBank na de bezwaarprocedure in beroep gaat, totdat op het beroep is beslist.¹¹ Over de periode dat de verplichting om de boete te betalen is geschorst, moet BinckBank wel wettelijke rente betalen.¹²

3.3 Openbaarmaking van de boete

De AFM maakt een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete openbaar, nadat dit besluit definitief is geworden (nadat het niet langer mogelijk is om bezwaar of beroep in te stellen). Dit geldt ook, voor zover van toepassing, voor de uitkomst van een bezwaar of (hoger) beroep dat daaraan vooraf is gegaan.¹³ Over de publicatie van het boetebesluit zal de AFM een beslissing nemen, zodra het boetebesluit definitief is geworden.

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

¹⁰ Dit volgt uit artikel 4:87, eerste lid, en de artikelen 3:40 en 3:41 Awb.

¹¹ Dit volgt uit artikel 1:85, eerste lid, Wft.

¹² Dit volgt uit artikel 1:85, tweede lid, Wft.

¹³ Dit volgt uit artikel 1:98 Wft.

Datum	16 maart 2016
Ons kenmerk	
Pagina	20 van 20

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]

[was getekend]