

Openbare versie**Aangetekend verstuurd**

[Gemachtigde FlatexDeGiro]

Datum	8 december 2021
Ons kenmerk	[...]
Pagina	1 van 30
Telefoon	[...]
E-mail	[...]
Betreft	Beslissing op bezwaar FlatexDEGIRO Bank AG

Geachte [...],

Bij besluit van 7 juli 2021 met kenmerk [kenmerk] heeft de Autoriteit Financiële Markten (**AFM**) aan flatexDEGIRO Bank AG (**FlatexDeGiro**) een bestuurlijke boete van € 700.000 opgelegd (**het Boetebesluit**). De boete is opgelegd omdat DeGiro B.V. (**DeGiro**)¹ in de periode van 23 september 2019 tot 1 november 2019 in strijd heeft gehandeld met artikel 1 Gedelegeerde verordening (EU) 2017/590² (**Gedelegeerde Verordening 2017/590**). Tegen het Boetebesluit heeft u namens FlatexDeGiro bezwaar gemaakt. De AFM heeft besloten het Boetebesluit in stand te laten onder aanpassing en aanvulling van de motivering. In deze brief wordt uitgelegd hoe de AFM tot haar oordeel is gekomen.

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

¹ DeGiro is door een juridische fusie per 7 mei 2021 opgegaan in FlatexDeGiro.

² Gedelegeerde Verordening (EU) 2017/590 van de Commissie van 28 juli 2016 tot aanvulling van Verordening (EU) nr. 600/2014 van het Europees Parlement en de Raad met betrekking tot technische reguleringsnormen voor de melding van transacties aan de bevoegde autoriteit.

I. Procedure

1. Met het Boetebesluit is een bestuurlijke boete als bedoeld in artikel 1:80 Wet op het financieel toezicht (**Wft**) opgelegd van € 700.000. Tegen het Boetebesluit heeft u namens FlatexDeGiro bezwaar gemaakt bij brief van 16 augustus 2021. Tevens heeft u namens FlatexDeGiro verzocht om een termijn van acht weken voor het indienen van de gronden van het bezwaar.
2. Bij brief van 24 augustus 2021 met kenmerk: [kenmerk] heeft de AFM de ontvangst van het bezwaar bevestigd en u een termijn van acht weken gegeven voor het indienen van de gronden van het bezwaar, onder opschorting van de beslistermijn. De AFM heeft u in deze brief ook gevraagd of FlatexDeGiro gebruik wil maken van het recht om gehoord te worden.
3. De gronden van het bezwaar zijn bij brief van 18 oktober 2021 aangevuld (**het Bezwaarschrift**). FlatexDeGiro heeft geen gebruik gemaakt van het recht om gehoord te worden.
4. Op 9 november 2021 heeft de AFM een brief gestuurd met de mededeling dat zij niet binnen de wettelijke termijn zal kunnen beslissen en dat de AFM daarom gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om de beslissing op bezwaar te verdagen met zes weken op grond van artikel 7:10, derde lid, Algemene wet bestuursrecht (**Awb**) tot en met 3 januari 2022.

II. Feiten en omstandigheden

5. Deze beslissing op bezwaar is gebaseerd op de feiten, zoals die zijn opgenomen in het onderzoeksrapport met kenmerk [kenmerk] (**het Onderzoeksrapport**), dat met het voornemen tot boeteoplegging van 23 februari 2021 met kenmerk [kenmerk] aan DeGiro is verzonden (**het Boetevoornemen**), en zoals die zijn opgenomen in het Boetebesluit. De feiten die zijn genoemd in het Onderzoeksrapport en het Boetebesluit moeten hier, voor zover zij niet reeds zijn herhaald, als herhaald en ingelast worden beschouwd.

DeGiro en FlatexDeGiro

6. DeGiro was een beleggingsonderneming met een vergunning van de AFM.³ Op grond van haar vergunning mocht zij de volgende beleggingsdiensten verlenen: ontvangen en doorgeven van orders, uitvoeren van orders voor rekening van cliënten en individueel vermogensbeheer. Per 7 mei 2021 is

³ Als bedoeld in artikel 2:96, eerste lid, Wft.

DeGiro middels een juridische fusie opgegaan in FlatexDeGiro. FlatexDeGiro beschikt over een Duitse bankvergunning en heeft de activiteiten van DeGiro op de Nederlandse markt voortgezet.⁴

Transactierapportagesysteem

7. De verplichting om transacties te rapporteren aan de AFM kent de praktische uitwerking dat informatie over meerdere transacties in één of meerdere bestanden aan de AFM wordt verzonden in een digitaal systeem, het Nordic Transaction Reporting System (**NTRS**). Dat systeem beoordeelt eerst of de bestanden voldoen aan de voorgeschreven template en beoordeelt vervolgens of de transacties in de bestanden fouten bevatten. In het geval het bestand niet voldoet aan de voorgeschreven template, wordt dat bestand geweigerd. Het NTRS kan dan het bestand niet inzien en niet de daarin opgenomen transacties beoordelen.

Toezicht historie

8. Bij brief van 3 november 2011 met kenmerk [kenmerk] heeft de AFM DeGiro een waarschuwing gegeven wegens overtreding van de transactierapportageverplichting in artikel 4:90e, derde lid, Wft (oud).⁵ DeGiro had nagelaten om in de periode van 14 september 2010 tot 3 november 2011 de door haar verrichte transacties aan de AFM te melden.
9. Op 13 maart 2012 heeft de AFM een vrijwillige audit uitgevoerd bij DeGiro naar de kwaliteit van de transactierapportage. In het auditverslag van 23 juni 2012 heeft de AFM DeGiro, naast een aantal inhoudelijke fouten in de rapportage, gewezen op het *result file*⁶ dat de AFM na melding dagelijks aan DeGiro toestuurde. DeGiro is erop gewezen dat zij dit dagelijks diende te verwerken en dat mogelijk onjuiste transacties opgezocht, hersteld en opnieuw ingestuurd dienden te worden.
10. Bij brief van 7 september 2015 met kenmerk [kenmerk] heeft de AFM DeGiro opnieuw een waarschuwing gegeven en uitgenodigd voor een normoverdragend gesprek. De waarschuwing is onder meer gegeven, omdat DeGiro steeds grotere bestanden ging aanbieden die vrijwel alleen foute transacties bevatten. De grote toename in het aantal *file errors* (de weigering van een bestand, zie randnummer 7 hierboven) en frontfouten (onjuiste transacties) is niet tijdig door DeGiro opgemerkt. In de brief is benadrukt dat de AFM het voor iedere instelling van belang acht een sluitende inrichting te hebben van interne werkprocessen en systemen in het licht van de eigen verantwoordelijkheid van de instelling om zorg te dragen voor een volledige, juiste en tijdige rapportage van de transacties.

⁴ Door middel van een in Nederland gelegen bijkantoor. Zie artikel 2:14 Wft.

⁵ Per 3 januari 2018 is de transactierapportageverplichting neergelegd in artikel 26, eerste lid, van Verordening (EU) nr. 600/2014 (MiFIR)(de Transactierapportageverplichting).

⁶ Hierin stonden onder andere het aantal ontvangen transacties en de mogelijke *errors*, frontfouten en waarschuwingen per transactie.

11. Op 15 september 2015 heeft er een normoverdragend gesprek tussen de AFM en DeGiro plaatsgevonden. Naar aanleiding van dit gesprek heeft de AFM op 15 oktober 2015 de waarschuwing van 7 september 2015 aangepast en opnieuw verstuurd met kenmerk [kenmerk], zodat daarin werd weergegeven dat het niet tijdig opmerken van een toename in de genoemde *file errors* en frontfouten volgens DeGiro gelegen was in het beheersingsproces waarbij de interne rapportage de fouten onvoldoende signaleerde.
12. Bij brief van 26 oktober 2017 met kenmerk [kenmerk] heeft de AFM aan DeGiro een bestuurlijke boete van € 240.000 opgelegd wegens overtreding van de transactierapportageverplichting van artikel 4:90e, derde lid, Wft (oud). DeGiro had in de periode van 3 juni 2015 tot 21 juli 2016 niet zo spoedig mogelijk, uiterlijk aan het einde van de volgende werkdag, aan de AFM transacties in tot de handel op een gereguleerde markt toegelaten financiële instrumenten gemeld. Tegen deze boete heeft DeGiro bezwaar gemaakt en in de daaropvolgende beslissing op bezwaar van de AFM van 22 februari 2018 met kenmerk [kenmerk], heeft de AFM nogmaals het belang onderstreept van volledige, juiste en tijdige rapportage van transacties en om beheersingsmaatregelen in werking te hebben die fouten tijdig signaleren.

Aankondiging XML-template overeenkomstig de ISO 20022-methodologie

13. Op 25 december 2015 heeft ESMA een consultatiedocument gepubliceerd over de transactierapportage.⁷ In dit consultatiedocument werd beschreven hoe er in bepaalde scenario's gerapporteerd moest worden met de daarbij behorende XML-schema's.
14. Op 17 februari 2016 heeft de AFM een rondetafelgesprek georganiseerd om verdere toelichting op het consultatiedocument te geven waarbij werd uitgelegd dat ESMA de technische standaarden en XML-schema's, overeenkomstig de ISO 20022-methodologie, ontwikkelde.⁸ DeGiro was daarbij aanwezig.
15. Op 24, 26 en 30 januari 2017 heeft de AFM een aantal seminars over transactierapportage gehouden waarin de wijze waarop gerapporteerd moest worden nader werd uitgelegd. In de presentatie werd gewezen op de benodigde technische documenten die via ESMA en de Swift/MyStandards-website van ISO konden worden verkregen voor het testen van melden middels het NTRS.⁹ DeGiro was hierbij aanwezig op 24 januari 2017.

⁷ 20151225-ESMA consultatiedocument-Guidelines on transaction reporting reference data order record keeping and clock synchronization.

⁸ 20160217-presentatie AFM-Round Table.

⁹ 20170124-presentatie AFM-MiFID II transactierapportage.

Toegang tot NTRS-systeem van de AFM

16. Op 13 juni 2017 heeft DeGiro het registratieformulier 'Transaction Reporting MiFID II' ingevuld en verstuurd naar de AFM.¹⁰ Op basis daarvan heeft de AFM een NTRS-testaccount aangemaakt voor DeGiro. Vanaf 7 augustus 2017 heeft DeGiro toegang verkregen tot het NTRS-teststelsel en vanaf 22 december 2017 tot het productiesysteem¹¹ van het NTRS.

Totstandkoming XML-template overeenkomstig de ISO 20022-methodologie

17. ESMA heeft een draft XML-template ontworpen voor het indienen van transactierapportages en deze ter goedkeuring aan ISO voorgelegd. ISO heeft dit *draft* XML-template goedgekeurd en op 18 mei 2017 gepubliceerd in het 'Message Definition Report Part 1'.¹² Dit XML-template is als *draft* op 5 september 2017 gepubliceerd op de Swift/MyStandards-website van ISO en tevens gepubliceerd op de ESMA-website.¹³ ESMA heeft vervolgens een definitieve XML-template opgesteld en ter goedkeuring aan ISO voorgelegd. Op 8 juni 2018 heeft ISO dit definitieve XML-template goedgekeurd en op 12 juni 2018 gepubliceerd in het 'Message Definition Report – Part 2'.¹⁴ Op 18 juni 2018 is de definitieve versie van de XML-template op zowel de Swift/MyStandards website van ISO¹⁵ als op de website van ESMA¹⁶ gepubliceerd (**de Voorgeschreven XML-template**), waarbij wordt aangegeven dat de XML-template per Q4 2018/Q1 2019 beschikbaar zal zijn en dat de exacte implementatiedatum op een later tijdstip door ESMA zal worden gecommuniceerd. De implementatiedatum is door ESMA vastgesteld op 23 september 2019.¹⁷
18. Een van de wijzigingen van de Voorgeschreven XML-template ten opzichte van de *draft* daarvan betrof twee regels in de XML-template waaruit het woord '*DRAFT*' is verwijderd. Deze wijziging werd tevens vermeld in de zogeheten *change log* – een door ESMA opgesteld en bijgehouden document met daarop een lijst van door meldingsplichtige beleggingsondernemingen door te voeren wijzigingen.¹⁸

¹⁰ 20170619-Registration Form TRS MiFID II DeGiro B.V.

¹¹ Marktpartijen krijgen toegang tot het productiesysteem van NTRS nadat zij in het NTRS-teststelsel een aantal bestanden met fictieve transacties met goed gevolg hebben gerapporteerd. In het productiesysteem kunnen de door de instelling gedane transacties worden gemeld.

¹² 20170518-publicatie ISO-Message Definition Report Part 1.

¹³ 20170905-publicatie ISO-draft versie XML-template en 20170905-publicatie ESMA-draft versie XML-template.

¹⁴ 20180608-publicatie ISO-Message Definition Report – Part 2.

¹⁵ 20180618-publicatie ISO-definitieve versie XML-template.

¹⁶ <https://www.esma.europa.eu/document/transaction-reporting-xml-schema-110>.

¹⁷ 20190808-e-mail AFM-The next XML-schema is available on the NTRS Test environment.

¹⁸ 20190205-ESMA-change log.

Mededelingen implementatiedatum Voorgeschreven XML-template

19. ESMA houdt marktpartijen op de hoogte van wijzigingen ten aanzien van de rapportage-instructies en de Voorgeschreven XML-template in relatie tot Verordening (EU) nr. 600/2014 (**MiFIR**).¹⁹ Op 5 februari 2019 heeft ESMA op haar website aangekondigd dat de implementatie van de Voorgeschreven XML-template, die nog gepland stond voor 18 februari 2019, in verband met Brexit werd uitgesteld tot het derde kwartaal van 2019. Op 8 februari 2019 heeft de AFM DeGiro hierover geïnformeerd.
20. Op 8 augustus 2019 heeft de AFM DeGiro geïnformeerd over de implementatiedatum van de Voorgeschreven XML-template:

“As published by ESMA earlier, per 23 September a new version of the XSD and the validation rules will be applicable. In order for you to be able to test the changes, the AFM has updated its test environment. As of now only files with the new header will be accepted by our test system.”

21. Op 17 september 2019 heeft de AFM DeGiro geïnformeerd over de planning en verdere instructies gegeven met betrekking tot het gebruik van de Voorgeschreven XML-template. In de e-mail stond onder meer:

*“On **Monday 23 September 2019** our system will be upgraded to the new XSD-schema.*

This upgrade is coordinated by ESMA and in order to get a smooth switchover from the old to the new schema, the Competent Authorities and ESMA decided that transactions traded on Thursday 19 September 2019 will still be validated with the old schema, while transactions traded Friday 20 September 2019 and onwards will be validated with the new schema.

[...]

This means that any files send by you after 20 September 2019 22:00 hours will be validated using the new schema. This includes any upload of historic transactions. Any files with the old .xml format send after this time will be rejected with a file error.

You will find the new [XML-schema](#) on our website and you can find more information on the [ESMA website](#).”

¹⁹ <https://www.esma.europa.eu/policy-rules/mifid-ii-and-mifir/mifir-reporting-instructions>.

Transactiemeldingen en feedbackbestanden van 23 september 2019 tot en met 1 november 2019

22. In de periode van 23 september 2019 tot en met 1 november 2019 heeft de AFM in ieder geval 2.421 feedbackbestanden aan het rapportagesysteem van DeGiro verstuurd.²⁰ Door middel van deze feedbackbestanden koppelde de AFM de status van de aangeleverde rapportage terug aan DeGiro. De verstuurde feedbackbestanden gaven per bestand de relevante XML-foutmeldingen weer:
- De op 23 september 2019 om 10.04 uur verzonden feedbackbestanden (met error code FIL-105) vermeldde: *"The file structure does not correspond to the XML schema : Error at Line 39, Position 6. The 'urn:iso:std:iso:20022:tech:xsd:DRAFT15auth.016.001.01:Document' element is not declared."*
 - De op 23 september 2019 om 15.25 uur en 16.15 uur²¹ verzonden feedbackbestanden (met error code FIL-105) vermeldde: *"The file structure does not correspond to the XML schema : Root element is missing. Global Element Document not found in the xml file. Global Element AppHdr not found in the xml file. Global Element BizData not found in the xml file."*
 - De van 23 september 2019 om 16.15 uur tot en met 1 november 2019 om 10.51 uur verzonden feedbackbestanden (met error code FIL-104) vermeldde: *"The ISO 20022 Message Identifier in the BAH must refer to the latest schema approved."*
23. Op 31 oktober 2019 heeft de AFM aan DeGiro een informatieverzoek toegestuurd waarin de AFM verzocht om het uitblijven van transactiemeldingen te verklaren.
24. Op 1 november 2019 heeft DeGiro alsnog de ontbrekende 2.099.442 transacties gemeld die waren verricht in de periode van 20 september 2019 tot 31 oktober 2019.²²

III. Bezwaar

25. Samengevat en zakelijk weergegeven bevat het Bezwaarschrift de volgende gronden:
- A. Er is geen sprake van een overtreding
 - B. De AFM is niet bevoegd om een boete op te leggen
 - C. Boeteoplegging is niet opportuun
 - D. De boete is te hoog
 - E. Het Boetebesluit is onvoldoende gemotiveerd

²⁰ 20200707-lijst van feedbackbestanden.

²¹ Dit betreft een van de feedbackbestanden die DeGiro op 23 september 2019 om 16.15 uur aan DeGiro heeft verstuurd.

²² 20191106-excelsheet-te late meldingen DeGiro.

IV. Achtergrond van het Boetebesluit

26. Alvorens in te gaan op de bezwaargronden van FlatexDeGiro, zal de AFM toelichten waarom zij het Boetebesluit heeft genomen.
27. De AFM is belast met het toezicht op de naleving van MiFIR en daarop gebaseerde regelgeving zoals de Gedelegeerde Verordening 2017/590.²³ Op grond van artikel 26, eerste lid, MiFIR diende DeGiro zo spoedig mogelijk en uiterlijk aan het einde van de volgende werkdag de volledige en nauwkeurige details van transacties in financiële instrumenten aan de AFM te melden (**de Transactierapportageverplichting**).
28. Volledige en nauwkeurige transactiemeldingsgegevens zijn essentieel voor het toezicht op marktmisbruik.²⁴ De meldingen stellen de AFM in staat om potentiële gevallen van marktmisbruik op te sporen en te onderzoeken, om toezicht te houden op het eerlijk en ordelijk functioneren van de markten en om toezicht te houden op de activiteiten van beleggingsondernemingen. Transactiemeldingen zijn daarmee een belangrijk hulpmiddel voor het markttoezicht van de AFM.²⁵
29. Om te zorgen voor een doeltreffende analyse van gegevens door bevoegde autoriteiten, worden in artikel 1 Gedelegeerde Verordening 2017/590 nadere eisen gesteld aan de wijze waarop de transactiemelding dient te geschieden.²⁶ Alle op te nemen details dienen bij de AFM te worden gemeld overeenkomstig de normen en formats die in tabel 2 van bijlage I worden gespecificeerd, in een elektronische en machineleesbare vorm en in een gemeenschappelijk XML-template overeenkomstig de ISO 20022-methodologie. De door ESMA opgestelde en door ISO goedgekeurde Voorgeschreven XML-template is op 18 juni 2018 zowel op de Swift/Mystandards-website van ISO als op de ESMA-website geplaatst. De implementatiedatum van de Voorgeschreven XML-template is vastgesteld op 23 september 2019. DeGiro is hier door de AFM meermaals over geïnformeerd.²⁷
30. DeGiro heeft tussen 23 september 2019 en 1 november 2019 bestanden met details over door haar verrichte transacties in financiële instrumenten bij de AFM ingediend via het NTRS. Zoals in randnummer 22 weergegeven, heeft de AFM in dezelfde periode ruim tweeduizend

²³ Zie artikel 2, eerste lid, aanhef en onder m, van het Besluit uitvoering EU-verordeningen financiële markten.

²⁴ Overweging 16 Gedelegeerde Verordening 2017/590.

²⁵ Overweging 32 en 34 MiFIR.

²⁶ Overweging 1 Gedelegeerde verordening 2017/590.

²⁷ Zie randnummers 20 en 21.

feedbackbestanden aan DeGiro toegestuurd waaruit blijkt dat de door DeGiro verrichte transacties niet waren gemeld middels de Voorgeschreven XML-template. Doordat transacties niet op de juiste wijze werden gemeld, kon het NTRS de door DeGiro ingediende bestanden niet verwerken en werden deze bestanden geheel geweigerd op grond van een *file error*.²⁸

31. Op 31 oktober 2019 heeft de AFM aan DeGiro een informatieverzoek toegestuurd waarin de AFM verzocht om het uitblijven van meldingen te verklaren. Pas na ontvangst van dit informatieverzoek, op 1 november 2019, zijn alsnog ruim twee miljoen transacties door DeGiro bij de AFM gemeld met gebruikmaking van de Voorgeschreven XML-template. Nu DeGiro tussen 23 september 2019 en 1 november 2019 heeft nagelaten om bestanden met gegevens over transacties in financiële instrumenten middels de Voorgeschreven XML-template in te dienen, heeft zij artikel 1 Gedelegeerde Verordening 2017/590 overtreden.
32. Het gedurende ruim vijf weken niet op de juiste wijze melden van transacties door DeGiro heeft het effectief uitvoeren van het toezicht door de AFM ernstig belemmerd. Doordat de door DeGiro ingediende bestanden werden geweigerd, was het in de periode van 23 september 2019 tot 1 november 2019 voor de AFM, als mogelijk ook buitenlandse toezichthouders, immers niet mogelijk om na te gaan of bij de ruim twee miljoen verrichte transacties eerlijk, billijk, professioneel en integer is gehandeld door marktpartijen. Doordat het toezicht op marktmisbruik is belemmerd, kan het vertrouwen in het toezicht door de AFM en door andere Europese toezichthouders op de financiële markten en daarmee op het functioneren van die markten worden geschaad. Het betreft hiermee naar het oordeel van de AFM een ernstige overtreding die de AFM DeGiro aanrekent, gelet op het hiervoor uiteengezette belang van de Transactierapportageverplichting en artikel 1 Gedelegeerde Verordening 2017/590.
33. DeGiro heeft zich bij herhaling onvoldoende rekenschap gegeven van de verplichtingen rondom de transactierapportage. Zoals uiteengezet in randnummers 8 tot en met 12, heeft de AFM DeGiro al sinds 2011 herhaaldelijk gewezen op het belang van transactierapportages en de risico's en tekortkomingen rondom de transactierapportage door DeGiro. In 2017 heeft de AFM bovendien een boete aan DeGiro opgelegd wegens overtreding van de transactierapportageverplichting van artikel 4:90e, derde lid, Wft (oud). Desondanks heeft deze veelvuldige normoverdracht niet voorkomen dat DeGiro wederom een overtreding beging in het kader van de transactierapportage. Bovendien heeft de AFM meermaals voorlichting gegeven over de Transactierapportageverplichting²⁹ en is DeGiro er bij herhaling door de AFM op gewezen dat de

²⁸ ESMA Richtsnoeren, het melden van transacties, het bijhouden van ordergegevens en de synchronisatie van beursklokken in het kader van MiFID II, ESMA/2016/1452, p. 310.

²⁹ Zie randnummers 14 en 15.

implementatiedatum van de Voorgeschreven XML-template was vastgesteld op 23 september 2019.³⁰

34. De overtreding is DeGiro dan ook zonder meer, en gelet op de veelvuldige normoverdracht in verhoogde mate, te verwijten. Uit vaste jurisprudentie van de rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven volgt dat het aan een professionele marktpartij is om op de hoogte te zijn van de van toepassing zijnde wet- en regelgeving en die na te leven.³¹ Van DeGiro mocht bij uitstek verwacht worden dat zij tijdig de juiste processen en systemen zou implementeren, zodat zij haar transacties per 23 september 2019 in de Voorgeschreven XML-template zou rapporteren.
35. De AFM heeft bij het bepalen van de hoogte van de boete, conform artikel 1:81, eerste en tweede lid, Wft in samenhang met artikel 5 van het Besluit uitvoering EU-verordeningen financiële markten (**BuEU**) en de bijbehorende bijlage, het basisbedrag van € 500.000 als vertrekpunt genomen (boetecategorie 2). Naar het oordeel van de AFM is er ook na heroverweging geen sprake van een dusdanige ernst, duur of verwijtbaarheid die aanleiding geeft de boete ten opzichte van het basisbedrag te verlagen dan wel te verhogen. De AFM licht dit toe aan de hand van de omstandigheden als bedoeld in artikel 1b, aanhef en onderdelen a tot en met h, Besluit bestuurlijke boetes financiële sector (**Bbbfs**).
36. Ten aanzien van de ernst en duur van de overtreding (onderdeel a) is de AFM van oordeel dat sprake is van een omvangrijke en relatief langdurige overtreding die geen reden geeft tot verlaging van het boetebedrag. DeGiro heeft gedurende ruim vijf weken in totaal ruim twee miljoen transacties niet op de juiste wijze gemeld. Ook draagt aan de ernst bij dat DeGiro geen actie heeft ondernomen naar aanleiding van de ruim tweeduizend feedbackbestanden die zij tussen 23 september 2019 en 1 november 2019 van de AFM heeft ontvangen en DeGiro aldus haar monitoringsysteem niet op orde had. Of DeGiro financieel voordeel heeft behaald door de transacties niet op de juiste wijze te melden is niet duidelijk (onderdeel b). Door niet met gebruikmaking van de Voorgeschreven XML-template te melden werden de door DeGiro ingediende bestanden volledig geweigerd. Daardoor zijn de gemelde transacties niet in het rapportagesysteem ingeladen en konden deze transacties niet worden ingezien door de AFM. De AFM is hierdoor gedurende ruim vijf weken ernstig belemmerd in haar toezicht op marktmisbruik. Hierdoor valt niet uit te sluiten dat het vertrouwen in de markt en in het toezicht door de AFM is geschaad en kan schade zijn toegebracht aan de werking van de financiële markten of aan de economie in bredere zin (onderdeel c). Om die reden is het ook niet duidelijk welke gevolgen de

³⁰ Zie randnummers 20 en 21.

³¹ Zie bijvoorbeeld CBb 21 december 2017, ECLI:NL:CBB:2017:409 en CBb 6 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:243.

overtreding heeft voor het financieel stelsel (onderdeel d). Nu onderdeel b naar het oordeel van de AFM geenszins kan opwegen tegen de onderdelen a, c en d rechtvaardigen deze omstandigheden ook na heroverweging geen boeteverlaging wegens de ernst en duur van de overtreding. Zoals reeds overwogen in randnummer 33 en 34 acht de AFM de overtreding ook zonder meer verwijtbaar (onderdeel e) en heeft DeGiro reeds meermaals overtredingen begaan in het kader van de transactierapportage waarvoor zij is gewaarschuwd respectievelijk beboet (onderdeel f). De onderdelen e en f rechtvaardigen dan ook na heroverweging geen verlaging van het boetebedrag wegens de verwijtbaarheid.

37. Op grond van artikel 3 Bbbfs heeft de AFM het boetebedrag verdubbeld tot € 1.000.000, omdat tijdens de overtreding nog geen vijf jaar zijn verstreken sinds het opleggen van een bestuurlijke boete aan DeGiro wegens eenzelfde overtreding. Op 26 oktober 2017 is aan DeGiro immers een boete opgelegd wegens overtreding van de verplichting tot transactierapportage van artikel 4:90e, derde lid, Wft (oud).³² Beide bepalingen hebben tot doel de AFM middels transactiemeldingen in staat te stellen adequaat toezicht te houden op het eerlijk en ordelijk functioneren van de markt. Overtreding van artikel 1 Gedelegeerde verordening 2017/590 belemmert dit toezicht door de AFM op dezelfde wijze en in dezelfde mate als overtreding van artikel 4:90e, derde lid, Wft (oud, thans de Transactierapportageverplichting), omdat het melden overeenkomstig de Voorgeschreven XML-template een noodzakelijke voorwaarde is voor en onlosmakelijk verbonden is met de Transactierapportageverplichting.³³ Beide overtredingen hadden tot gevolg dat de transacties van DeGiro niet in het NTRS werden opgenomen en de AFM die transacties niet kon inzien. Daardoor kon zij niet kon beoordelen of bij de gedane transacties eerlijk, billijk, professioneel en integer is gehandeld door marktpartijen.
38. De AFM ziet ook na heroverweging aanleiding om het verdubbelde basisbedrag op grond van artikel 4 Bbbfs met inachtneming van de omstandigheden in artikel 1b, onderdelen g en h, Bbbfs te verlagen tot € 700.000. De AFM motiveert deze verlaging expliciet anders dan in het Boetebesluit, waarbij algemene evenredigheid werd meegewogen alsook het gegeven dat aan het Boetebesluit een ander feitenkader ten grondslag ligt dan aan de in 2017 opgelegde boete. Naar het oordeel van de AFM wordt de verlaging enkel gerechtvaardigd door de constructieve houding van DeGiro, de maatregelen die zij binnen een dag na ontvangst van het informatieverzoek van de AFM heeft getroffen om de overtreding te beëindigen en de maatregelen die zij vervolgens heeft getroffen om herhaling van de overtreding te voorkomen. Voor een verdergaande verlaging ziet de AFM na heroverweging geen aanleiding, gelet op hetgeen hiervoor in randnummers 27 tot en met 37 is overwogen. Na heroverweging ziet de AFM in het in het Boetebesluit benoemde andere

³² Zie randnummer 12. De Transactierapportageverplichting is thans opgenomen in artikel 26, eerste lid, MiFIR.

³³ Zoals reeds toegelicht worden transacties die niet middels de Voorgeschreven template worden gemeld volledig geweigerd.

feitencomplex, geen aanleiding de boete verder te verlagen. Daarbij is van doorslaggevend belang dat het gevolg van de overtreding waarvoor de boete van 26 oktober 2017 is opgelegd, gelijk is aan het gevolg van de onderhavige overtreding: de AFM heeft niet tijdig de beschikking gekregen over de door DeGiro verrichte transacties. Dat daarbij een andere feitelijke gedraging een rol heeft gespeeld, doet niet af aan dat gelijke, ernstige, gevolg.

39. Het boetebedrag van € 700.000 acht de AFM, onder aanpassing van de motivering, ook na heroverweging, passend en geboden.

V. Beoordeling van de bezwaargronden A t/m E

A. Er is geen sprake van een overtreding

40. Hetgeen hieronder is weergegeven onder randnummers 41 en 42 betreft een (verkorte) weergave van het standpunt van FlatexDeGiro en niet dat van de AFM.
41. Primair is artikel 1 Gedelegeerde Verordening 2017/590 niet overtreden. De AFM verwijt FlatexDeGiro uitsluitend dat er sprake was van een bestandsfout, een *file error*, en maakt haar met betrekking tot de inhoud van de gerapporteerde transacties geen verwijten.
42. Volgens de AFM kwalificeert de Voorgeschreven XML-template als enige “gemeenschappelijk[e] XML-template overeenkomstig de ISO 20022-methodologie” in de zin van artikel 1 Gedelegeerde Verordening 2017/590. DeGiro heeft de Voorgeschreven XML-template tot uitgangspunt genomen. Daarbij moet worden bedacht dat de Voorgeschreven XML-template een zeer uitvoerig, gedetailleerd en technisch document betreft van 755 pagina’s. Bij de implementatie van de Voorgeschreven XML-template door DeGiro is er één foutje in geslopen doordat het woordje “draft” niet uit de header is verwijderd. Dit is een dermate mineure incorrectheid dat daaruit niet kan volgen dat artikel 1 Gedelegeerde Verordening 2017/590 is geschonden.

Reactie AFM

43. Naar het oordeel van de AFM heeft DeGiro artikel 1 Gedelegeerde Verordening 2017/590 wel degelijk overtreden. Dat er sprake is van een overtreding heeft de AFM in randnummers 30 en 31 reeds toegelicht. Om te zorgen voor een doeltreffende analyse van gegevens door bevoegde autoriteiten, worden in artikel 1 Gedelegeerde Verordening 2017/590 nadere eisen gesteld aan de wijze waarop de transactiemelding dient te geschieden. Alle op te nemen details dienen bij de

AFM te worden gemeld overeenkomstig de normen en formats die in tabel 2 van bijlage I worden gespecificeerd, in een elektronische en machineleesbare vorm en in een gemeenschappelijk XML-template overeenkomstig de ISO 20022-methodologie. De door ESMA opgestelde en door ISO goedgekeurde Voorgeschreven XML-template is op 18 juni 2018 op de Swift/Mystandards-website van ISO³⁴ en op de ESMA-website³⁵ geplaatst. De implementatiedatum van de Voorgeschreven XML-template is vastgesteld op 23 september 2019. Zodoende betreft de Voorgeschreven XML-template de gemeenschappelijke XML-template overeenkomstig de ISO 20022-methodologie, die op grond van artikel 1 Gedelegeerde Verordening 2017/590 per 23 september 2019 gebruikt diende te worden. Nu de template die DeGiro heeft gebruikt hiervan afweek, heeft zij simpelweg niet de Voorgeschreven XML-template gebruikt en daarmee artikel 1 Gedelegeerde Verordening 2017/590 overtreden.

44. De AFM benadrukt dat dit ertoe heeft geleid dat het NTRS de door DeGiro ingediende bestanden niet kon verwerken en zij automatisch werden geweigerd op grond van een *file error*.³⁶ Validering van de transacties zelf (de inhoud van de bestanden), vindt alleen plaats bij bestanden die met goed gevolg de validering op bestandsniveau hebben ondergaan.³⁷ Dat de AFM DeGiro, zoals DeGiro naar voren brengt, geen verwijten maakt over de inhoud van de tussen 23 september 2019 en 1 november 2019 gedane meldingen, komt dan ook doordat de AFM niet kon toekomen aan een inhoudelijke beoordeling van deze meldingen als gevolg van het gebruik van een onjuist XML-template door DeGiro.
45. Gelet op het voorgaande, volgt de AFM FlatexDeGiro niet in haar stelling dat het om een mineure onjuistheid zou gaan. Het niet in acht nemen van de Voorgeschreven XML-template is naar het oordeel van de AFM een ernstige overtreding, gelet op het in randnummer 27 tot en met 29 omschreven belang van transactiemeldingen en het hiervoor beschreven gevolg van het gebruik van een onjuist XML-template. Naar het oordeel van de AFM doet niet ter zake in welke mate de door DeGiro gebruikte XML-template al dan niet afweek van de Voorgeschreven XML-template, omdat iedere afwijking ertoe leidt dat artikel 1 Gedelegeerde Verordening 2017/590 wordt overtreden. Bovendien doet het gevolg van deze overtreding, namelijk dat het gehele bestand wordt geweigerd, zich voor ongeacht het aantal afwijkingen en de omvang daarvan. De AFM

³⁴ 20180618-publicatie ISO-definitieve versie XML-template.

³⁵ <https://esma.europa.eu/document/transaction-reporting-xml-schema-110>.

³⁶ ESMA Richtsnoeren, Het melden van transacties, het bijhouden van ordergegevens en de synchronisatie van beursklokken in het kader van MiFID II, ESMA/2016/1452, p. 310: “Bevoegde autoriteiten valideren de inkomende meldingen als volgt: Validering bestand – verificatie of het bestand in overeenstemming is met het XML-formaat (syntaxis van het gehele bestand en specifieke transactiemeldingen). Als het bestand niet voldoet, wordt het hele bestand (alle transacties in het bestand) verworpen.”

³⁷ ESMA Richtsnoeren, Het melden van transacties, het bijhouden van ordergegevens en de synchronisatie van beursklokken in het kader van MiFID II, ESMA/2016/1452, p. 311.

merkt op dat FlatexDeGiro nalaat te motiveren waarom deze, in de ogen van FlatexDeGiro mineure, incorrectheid er naar haar oordeel niet toe kan leiden dat artikel 1 Gedelegeerde Verordening 2017/590 geschonden is.

46. Verder is voor de vaststelling van de overtreding niet relevant dat het naar het oordeel van FlatexDeGiro om een uitvoerig, gedetailleerd en technisch document gaat. DeGiro was een professionele marktpartij die veel transacties verrichtte. Uit vaste jurisprudentie volgt dat het aan een professionele marktpartij is om op de hoogte te zijn van de op haar van toepassing zijnde wet- en regelgeving en die na te leven.³⁸ Daar komt nog bij dat de Voorgeschreven XML-template reeds op 18 juni 2018 op de website van zowel ISO als ESMA is gepubliceerd, waardoor DeGiro ruimschoots de tijd heeft gehad om de Voorgeschreven XML-template te doorgronden en haar systemen zodanig in te richten dat zij de Voorgeschreven XML-template zou hanteren vanaf 23 september 2019. Bovendien is DeGiro door de AFM expliciet gewezen op de implementatiedatum van 23 september 2019.³⁹
47. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.

B. De AFM is niet bevoegd om een boete op te leggen

48. Hetgeen hieronder is weergegeven onder randnummers 49 tot en met 51 betreft een (verkorte) weergave van het standpunt van FlatexDeGiro en niet dat van de AFM.
49. Zelfs in het geval artikel 1 Gedelegeerde Verordening 2017/590 zou zijn overtreden, is de AFM niet bevoegd daarvoor een boete op te leggen. In artikel 1:80, eerste lid, onder b, Wft is de grondslag opgenomen om bij algemene maatregel van bestuur te bepalen ten aanzien van welke artikelen van Europese verordeningen een boete kan worden opgelegd. Hieraan is uitwerking gegeven in artikel 5 BuEU. Op grond van dit artikel kan de AFM alleen een boete opleggen voor overtreding van de in bijlage 2 BuEU genoemde wetsartikelen.⁴⁰
50. Aangezien Gedelegeerde Verordening 2017/590 niet in bijlage 2 BuEU wordt vermeld, kan geen boete worden opgelegd voor overtreding van de daarin gestelde voorschriften. In het BuEU is voor verschillende andere gedelegeerde verordeningen wel bepaald dat overtreding daarvan beboet kan worden, zoals bijvoorbeeld Gedelegeerde Verordening (EU) 2017/565.

³⁸ CBb 21 december 2017, ECLI:NL:CBB:2017:409 en CBb 6 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:243.

³⁹ 20190808-e-mail-The next XML-schema is available on the NTRS Test environment.

⁴⁰ Stb. 2012, 567, p. 14 en Stb. 2017, 513, p. 89.

51. De AFM verwijst in het Boetebesluit alleen naar het basisbedrag dat geldt voor overtreding van artikel 26, eerste tot en met zevende en negende lid, MiFIR. Aan FlatexDeGiro wordt echter geen schending van artikel 26 MiFIR tegengeworpen. Het Boetebesluit is onrechtmatig, omdat de AFM niet bevoegd is om voor overtreding van artikel 1 Gedelegeerde Verordening 2017/590 een boete op te leggen.

Reactie AFM

52. De AFM deelt het oordeel van FlatexDeGiro niet, omdat uit het BuEU wel degelijk volgt dat de AFM bevoegd is om een bestuurlijke boete op te leggen wegens overtreding van artikel 1 Gedelegeerde Verordening 2017/590. De AFM licht dit als volgt toe.
53. De AFM is op grond van artikel 1:25, derde lid, Wft juncto artikel 2, eerste lid, aanhef en onder m, BuEU aangewezen als bevoegde autoriteit in de zin van MiFIR, belast met de uitvoering en handhaving van de *bij of krachtens* MiFIR gestelde regels. Gedelegeerde Verordening 2017/590 valt hieronder en bevat krachtens MiFIR gestelde regels, omdat deze op grond van artikel 26, negende lid, MiFIR tot stand is gekomen. Artikel 26, negende lid, MiFIR bevat immers de grondslag voor ESMA om ontwerpen van technische reguleringsnormen op te stellen tot nadere regeling van onder meer de normen en formats voor de gegevens die moeten worden gemeld, alsook de grondslag voor de Europese Commissie om deze normen middels een gedelegeerde handeling vast te stellen.
54. Op grond van artikel 1:80, aanhef en onder b, Wft juncto artikel 5, eerste lid, BuEU is de AFM bevoegd om een bestuurlijke boete op te leggen ter zake van overtredingen van voorschriften gesteld *ingevolge* de in bijlage 2 BuEU genoemde artikelen. Artikel 26, negende lid, MiFIR is opgenomen in bijlage 2 BuEU en gerangschikt in boetecategorie twee. Aangezien artikel 1 Gedelegeerde Verordening 2017/590 een *ingevolge* artikel 26, negende lid, MiFIR gesteld voorschrift betreft, kan voor overtreding daarvan derhalve een boete opgelegd worden.
55. Dat het de wetgever gebruikelijk is om gedelegeerde verordeningen op de hiervoor beschreven wijze zelfstandig beboetbaar te stellen, volgt uit de Nota van Toelichting bij het Uitvoeringsbesluit verordening Europese crowdfundingdienstverleners voor bedrijven⁴¹:

⁴¹ Besluit van 14 oktober 2021 tot wijziging van het Besluit uitvoering EU-verordeningen financiële markten, het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft en het Besluit bekostiging financieel toezicht 2019, en in verband met de uitvoering van Verordening (EU) 2020/1503 van het Europees Parlement en de Raad van 7 oktober 2020 betreffende Europese

“Dit onderdeel voegt diverse bepalingen van de verordening toe aan bijlage 2 van het BuEU, zodat de toezichthouders bij overtreding van deze bepalingen een bestuurlijke boete kunnen opleggen. Bij de lijst van bepalingen is uitgegaan van artikel 39, eerste lid, van de verordening. Aan de lijst zijn toegevoegd grondslagen voor de Commissie om middels gedelegeerde handelingen technische reguleringsnormen en technische uitvoeringsnormen vast te stellen, zodat daarmee bepalingen uit dergelijke handelingen zelfstandig handhaafbaar zijn.” (onderstreping toegevoegd)⁴²

56. Het feit dat Gedelegeerde Verordening (EU) 2017/565 wel afzonderlijk in bijlage 2 BuEU is genoemd, zoals FlatexDeGiro naar voren brengt, doet aan het voorgaande niet af en kent een logische verklaring. Anders dan Gedelegeerde Verordening 2017/590, kent Gedelegeerde Verordening (EU) 2017/565 haar grondslag niet in een Europese verordening, maar in Richtlijn 2014/65/EU (**MiFID II**). Richtlijnen zoals MiFID II worden geïmplementeerd in nationale regelgeving en de AFM houdt toezicht op de naleving van de nationale bepalingen ter implementatie van MiFID II. De AFM is in het BuEU dan ook niet aangewezen als bevoegde toezichthouder ten aanzien van de bij of krachtens richtlijnen, waaronder MiFID II, gestelde regels. Om die reden is het nodig om gedelegeerde verordeningen die hun grondslag in een richtlijn kennen, zoals Gedelegeerde Verordening (EU) 2017/565, afzonderlijk op te nemen in het BuEU.
57. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.

C. Boeteoplegging is niet opportuun

58. Hetgeen hieronder is weergegeven onder randnummers 59 tot en met 62 betreft een (verkorte) weergave van het standpunt van FlatexDeGiro en niet dat van de AFM.
59. Subsidiair heeft de AFM niet in redelijkheid een punitieve sanctie kunnen opleggen. De AFM heeft de volgende feiten en omstandigheden miskend:
- i. Het gaat om de uitvoering van zeer technische, gedetailleerde en nieuwe rapportagevoorschriften. Dat de AFM voor een incorrectheid die in de eerste weken aan het licht is gekomen meteen naar een punitieve sanctie grijpt, is niet te begrijpen.
 - ii. DeGiro heeft alle door haar uitgevoerde transacties aan de AFM gerapporteerd, zoals de AFM erkent. Over de juistheid van die gegevens maakt de AFM FlatexDeGiro geen verwijt.

crowdfundingdienstverleners voor bedrijven en tot wijziging van Verordening (EU) 2017/1129 en Richtlijn (EU) 2019/1937 (PbEU 2020, L 347).

⁴² Stb. 2021, 497, p. 13.

Er is slechts sprake van een abusievelijk niet verwijderd woordje 'draft' in het XML-bestand waarmee de transactiegegevens werden ingediend. Dit is een mineure onjuistheid die afdoet aan de ernst en verwijtbaarheid.

- iii. Ook doet daaraan af dat de AFM pas op 31 oktober 2019 met DeGiro in contact is getreden over het niet kunnen verwerken van transacties in NTRS. De duur van de overtreding is beperkt, maar is ook - in ieder geval deels - te wijten aan de late actie door de AFM.
 - iv. Verder doet aan de ernst en verwijtbaarheid af dat DeGiro binnen een dag na het bericht van de AFM de oorzaak van de fout heeft opgespoord en alle transacties opnieuw aan de AFM heeft gemeld. FlatexDeGiro wijst in dit kader op artikel 26, zevende lid, MiFIR, dat voorziet in een herstelkans voor rapporterende beleggingsondernemingen. Het is niet te volgen dat het toezicht op marktmisbruik is belemmerd en het vertrouwen in het toezicht kan zijn geschaad. Alle transacties zijn op 1 november 2019 alsnog gemeld op zodanige wijze dat NTRS deze kon verwerken. De schadelijke gevolgen zijn daarom verwaarloosbaar. Bovendien maakt de AFM niet concreet waarom de door de AFM genoemde schadelijke gevolgen in dit geval aan de orde kunnen zijn.
 - v. DeGiro heeft adequate maatregelen genomen als gevolg waarvan haar interne processen zijn aangescherpt. FlatexDeGiro wijst hiertoe op het memorandum dat DeGiro per e-mail van 12 februari 2020 aan de AFM heeft toegezonden. Binnen korte tijd zijn interne controles aangescherpt om 'file errors' te signaleren, er zijn investeringen in de transactierapportagemogelijkheden verricht en de samenwerking tussen relevante afdelingen is versterkt.
 - vi. Bovendien heeft DeGiro [B] een onafhankelijk onderzoek naar haar transactierapportagesystemen laten uitvoeren en de AFM geïnformeerd over de voorgestelde verbeteringen. In aanvulling hierop is dit jaar een nieuw Regulatory Transaction Reporting Team opgezet door FlatexdeGiro, onder leiding waarvan meerdere verbeteringen zijn geïmplementeerd.
60. Onder voornoemde omstandigheden is boeteoplegging niet opportuun. De door de AFM aangehaalde gebeurtenissen uit het verleden kunnen daaraan niet afdoen. Het gaat om drie gebeurtenissen over een periode van acht jaar, die de AFM niet in de juiste context plaatst. DeGiro heeft zelf ontdekt dat zij gedurende een periode in 2015-2016 niet alle transacties aan de AFM had gemeld, heeft dit proactief aan de AFM gemeld, heeft de transacties alsnog gemeld en maatregelen ter voorkoming getroffen. De AFM heeft DeGiro hiervoor in 2017 een boete opgelegd, waarbij de AFM heeft erkend dat sprake was van boeteverlagende omstandigheden.

61. Het doorlopend uitvoeren van transactierapportage is complex en technisch. DeGiro had verschillende beurslidmaatschappen en maakte gebruik van alternatieve order routing. DeGiro heeft een ontwikkeling moeten doormaken, maar zo goed mogelijk met de AFM samengewerkt om tot een correcte rapportage te komen. Dit blijkt ook uit de, ten onterechte niet in het Boetebesluit vermelde, correspondentie van destijds. Dat de AFM de audit uit 2012 aanhaalt om de boete te rechtvaardigen is bovendien onbegrijpelijk. Dit betrof een vrijwillige audit van de AFM naar de inrichting van het rapportageproces door DeGiro, waar zowel de AFM als DeGiro van hebben geleerd.
62. Bovendien is het naar het oordeel van FlatexDeGiro niet concludent om gebeurtenissen uit het verleden aan te halen, omdat de hier aan de orde zijnde incorrectheid is gelegen in een niet verwijderd woord bij de implementatie van een nieuw template. De in 2017 opgelegde boete is van andere orde aangezien het daar ging om het niet melden van transacties. De AFM heeft zich bij de beantwoording van de opportuniteitsvraag onvoldoende gericht op de hier aan de orde zijnde omstandigheden. Met inachtneming van die omstandigheden, moet de enige conclusie zijn dat boeteoplegging achterwege had moeten blijven.

Reactie AFM

63. Zoals de AFM hierboven heeft overwogen in randnummers 27 tot en met 39, is zij van oordeel dat boeteoplegging opportuun is. De door FlatexDeGiro naar voren gebrachte omstandigheden, zoals hierboven in randnummer 59 en verder weergegeven, zijn daarbij meegewogen en leiden niet tot een ander oordeel. De AFM licht dat hieronder verder toe.
64. Transactiemeldingen zijn voor het markttoezicht van de AFM van essentieel belang, zoals reeds toegelicht in randnummers 27 tot en met 29. Nu DeGiro gedurende ruim vijf weken in totaal ruim twee miljoen transacties niet middels de Voorgeschreven XML-template heeft gemeld, is de AFM in die periode ernstig belemmerd in haar toezicht. De AFM kon gedurende die periode geen toezicht houden, doordat zij niet kon beoordelen of bij die twee miljoen transacties eerlijk, billijk, professioneel en integer is gehandeld door marktpartijen. De AFM kan FlatexDeGiro daarom niet volgen in haar stelling dat het toezicht op marktmisbruik niet is belemmerd en dat schadelijke gevolgen verwaarloosbaar zouden zijn. Door dit gebrek aan toezicht valt niet uit te sluiten dat het vertrouwen in de markt en in het toezicht door de AFM is geschaad en kan schade zijn toegebracht aan de werking van de financiële markten. Hierbij benadrukt de AFM dat zij de juistheid van de transacties die zijn gerapporteerd in de verkeerde XML-template niet kon beoordelen, omdat de gehele bestanden geweigerd werden. In tegenstelling tot hetgeen

FlatexDeGiro stelt, erkent de AFM dus ook geenszins dat de geweigerde bestanden alle vereiste en juiste gegevens over de transacties bevatten.

65. Gelet op de onmogelijkheid om de transacties in te zien, is het voor de AFM onbegrijpelijk dat FlatexDeGiro het niet verwijderen van het woord *draft* kennelijk wenst af te doen als een mineure fout. In welke mate de door DeGiro gebruikte XML-template al dan niet afweek van de Voorgeschreven XML-template, doet er simpelweg niet toe. Het gevolg is gelijk: de AFM kan de transacties niet tijdig inzien. De AFM kan evenmin begrijpen dat FlatexDeGiro stelt dat de duur van de overtreding (mede) aan de AFM is te wijten. FlatexDeGiro gaat met beide standpunten voorbij aan het belang van naleving van de Transactierapportageverplichting en bijbehorende regels en haar eigen verantwoordelijkheid om die na te leven, dit nog los van de ruim tweeduizend feedbackbestanden die de AFM in de bewuste periode aan DeGiro heeft verzonden en waaraan zij ten onrechte geen aandacht heeft geschonken. Het afschuiven daarvan sterkt de AFM in haar oordeel dat boeteoplegging geboden is. FlatexDeGiro dient haar verantwoordelijkheid te nemen en zich ten volle te doordringen van het belang van de naleving van de Transactierapportageverplichting en alle bijbehorende regels en dient haar systemen en beheersingsmaatregelen daarop af te stemmen.⁴³ De AFM heeft DeGiro hier herhaaldelijk op gewezen en alsnog is DeGiro de overtreding begaan. Boeteoplegging is dan ook zonder meer opportuun.
66. Dat op 1 november 2019, binnen één dag nadat DeGiro door de AFM is gewezen op de tekortkoming in de rapportages, alsnog transacties met de Voorgeschreven XML-template zijn gemeld, doet, gelet op voorgaand randnummer, geen afbreuk aan de opportuniteit van de boete.⁴⁴ FlatexDeGiro wijst op artikel 26, zevende lid, MiFIR, dat naar haar oordeel een herstelmogelijkheid bevat. Deze verwijzing treft geen doel, omdat DeGiro simpelweg verplicht was om alsnog op de juiste wijze te melden. Anders dan DeGiro stelt, bevat artikel 26, zevende lid, MiFIR geen herstelmogelijkheid voor rapporterende beleggingsondernemingen, maar een herstelverplichting. Deze verplichting onderstreept naar het oordeel van de AFM het belang van volledige en nauwkeurige meldingen en doet niets af aan het feit dat beleggingsondernemingen van meet af aan in overeenstemming met artikel 26, eerste lid, MiFIR en artikel 1 Gedelegeerde Verordening 2017/590 dienen te melden en dat niet-naleving daarvan tot overtreding leidt. Het voorgaande doet dan ook niet af aan de opportuniteit van boeteoplegging.
67. De maatregelen die DeGiro heeft genomen om de overtreding te beëindigen heeft de AFM zoals overwogen in randnummer 38 meegewogen bij het verlagen van de boetehoogte. Dit geldt

⁴³ CBb 21 december 2017, ECLI:NL:CBB:2017:409 en CBb 6 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:243.

⁴⁴ CBb 6 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:243.

eveneens voor de maatregelen die DeGiro heeft genomen om haar interne processen aan te scherpen en herhaling van de overtreding te voorkomen. Deze maatregelen doen geen afbreuk aan de opportuniteit van de boete. Dat het verder om technische en gedetailleerde voorschriften gaat binnen een omgeving van meerdere beurslidmaatschappen en alternatieve orderroutingen, doet evenmin af aan de opportuniteit van boeteoplegging. Zoals de AFM DeGiro er met de beslissing op bezwaar van 22 februari 2018 eerder op heeft gewezen, is het haar eigen keuze om zich in een dergelijke complexe omgeving te bevinden. Die keuze ontslaat haar niet van het voldoen aan de toepasselijke wet- en regelgeving. Daar komt nog bij dat de Voorgeschreven XML-template reeds op 18 juni 2018 op de website van zowel ISO als ESMA is gepubliceerd, waardoor DeGiro ruimschoots de tijd heeft gehad om deze template te doorgronden en haar systemen zodanig in te richten dat zij de Voorgeschreven XML-template zou hanteren vanaf 23 september 2019.

68. In afwijking van hetgeen de AFM hierover in paragraaf 8.2.6 van het Boetebesluit heeft overwogen, is naar het oordeel van de AFM tot slot niet relevant dat de gebeurtenissen naar aanleiding waarvan DeGiro in het verleden is gewaarschuwd respectievelijk beboet, andere feitelijke gedragingen betroffen dan de implementatie van een nieuw XML-template. Evenmin is relevant of de DeGiro de overtredingen destijds al dan niet zelf aan de AFM heeft gemeld. Waar het om gaat is dat DeGiro door de jaren heen door de AFM bij herhaling is gewezen op het belang van juiste en tijdige transactierapportage, zoals uit randnummers 8 tot en met 12 volgt, en desondanks wederom een verplichting in dit kader heeft geschonden. Bovendien is DeGiro meermaals voorgelicht over de nieuwe transactierapportageverplichtingen, is zij meermaals op de hoogte gesteld van de implementatiedatum van de voorgeschreven XML-template en heeft zij ruim tweeduizend feedbackbestanden van de AFM ontvangen naar aanleiding waarvan zij de overtreding niet heeft beëindigd. Naar het oordeel van de AFM ontwaart zich een patroon, waarbij DeGiro herhaaldelijk niet voldoet aan verplichtingen in relatie tot transactierapportage, ondanks dat zij herhaaldelijk op het belang van naleving is gewezen. Boeteoplegging is hiermee zonder meer opportuun.

69. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.

D. De boete is te hoog

70. Hetgeen hieronder is weergegeven onder randnummers 71 tot en met 79 betreft een (verkorte) weergave van het standpunt van FlatexDeGiro en niet dat van de AFM.

i. Verminderde ernst en verwijtbaarheid

71. Meer subsidiair is de boetehoogte gelet op de omstandigheden in randnummer 59 disproportioneel en daardoor in strijd met het evenredigheidsbeginsel, artikel 5:46 Awb, het Bbbfs en het boetebeleid van de AFM.
72. Het is onbegrijpelijk dat de AFM de overtreding ernstig en verhoogd verwijtbaar acht, hiertoe wordt verwezen naar hetgeen is opgenomen in randnummers 59 tot en met 62 (hoofdstuk 4 van het Bezwaarschrift). Bij het bepalen van de boetehoogte moet de AFM rekening houden met de omstandigheden in artikel 1b Bbbfs. In dit kader gaat het om een mineure incorrectheid die enkele weken later onmiddellijk is opgelost. Er is geen behaald voordeel en dit kan anders dan de AFM stelt ook geen irrelevante omstandigheid zijn. Derden hebben geen schade geleden en transacties zijn op 1 november 2019 alsnog gemeld, waardoor van schade aan de werking van de markt ook niet of nauwelijks kan worden gesproken. DeGiro heeft na het contact van de AFM onmiddellijk de oorzaak van de foutmelding opgespoord en heeft verschillende verbetermaatregelen genomen om toekomstige fouten te voorkomen. Op grond van het voorgaande had de AFM ingevolge artikel 2 Bbbfs het basisbedrag van € 500.000 moeten verlagen met minimaal 50% wegens verminderde ernst en met minimaal 50% wegens verminderde verwijtbaarheid.

ii. Geen recidive

73. Er is geen sprake van recidive, waardoor de AFM het basisbedrag ten onrechte heeft verdubbeld. Dit leidt er zelfstandig toe dat het Boetebesluit wegens een fundamenteel gebrek voor herroeping in aanmerking komt.
74. De AFM stelt ten onrechte dat voor de vraag of er sprake is van 'eenzelfde overtreding' als bedoeld in artikel 3 Bbbfs, doorslaggevend is dat de transactierapportageverplichting van artikel 26 MiFIR en artikel 1 Gedelegeerde Verordening 2017/590 hetzelfde doel dienen en in onderlinge samenhang moeten worden gezien. Dit is niet het juiste criterium, het relevante criterium is of er sprake is van eenzelfde overtreding. Dat is niet het geval, omdat zowel de geschonden norm als het type gedraging evident verschillen van de norm en gedraging die in 2017 centraal stonden.
75. De geschonden norm waarvoor in 2017 een boete aan DeGiro is opgelegd, artikel 4:90e, derde lid, Wft (oud), is niet vervangen door artikel 1 Gedelegeerde verordening 2017/590, maar door artikel 26, eerste lid, MiFIR. In het onderhavige geval gaat het om een andere norm. Artikel 1 Gedelegeerde Verordening 2017/590 ziet niet op de timing van het melden van transacties en ook niet op de inhoud daarvan, maar stelt nadere eisen aan de wijze waarop een transactiemelding moet worden gedaan. Ook gaat het om een ander type gedraging dan destijds, omdat transacties

destijds geheel niet waren gemeld door DeGiro. In de relevante periode in 2019 heeft DeGiro alle verrichte transacties tijdig gemeld aan de AFM, maar door een foutje in de header van elk bestand konden de meldingen niet door het NTRS van de AFM worden verwerkt. Dit is evident een ander type gedraging dan destijds. De AFM noemt dit ook in het Boetebesluit, maar laat na hieraan de juiste conclusie te verbinden.

iii. Boetehoogte niet in verhouding tot andere boetes

76. De boetes die de AFM aan [...] ([C]) en [...] ([D]) voor overtreding van artikel 4:90e, derde lid, Wft (oud) heeft opgelegd bedragen slechts € 100.000, terwijl het in die gevallen ging om (i) geheel niet gerapporteerde transacties over een langere periode en (ii) de instellingen al eerder van de AFM een waarschuwing hadden ontvangen voor het niet rapporteren van transacties. Toch werden beide boetes gematigd met maar liefst 80% wegens verminderde verwijtbaarheid, omdat de instellingen de fout zelf hadden ontdekt en aan de AFM gemeld, zich constructief hadden opgesteld en verbetermaatregelen hadden genomen om herhaling in de toekomst te voorkomen.
77. In het onderhavige geval oordeelt de AFM tegenovergesteld, doordat zij meent dat DeGiro in verhoogde mate verwijtbaar heeft gehandeld en geen matiging op die grond toepast. Dit terwijl (i) het gedrag van DeGiro veel overeenkomsten vertoont met de opstelling van de hiervoor bedoelde instellingen en (ii) DeGiro geen enkel verwijt wordt gemaakt over het niet rapporteren van transacties, maar slechts van het gedurende een relatief korte periode niet gebruiken van een 100% juiste template. Tegen deze achtergrond is niet te volgen dat de AFM het nu passend acht om FlatexDeGiro een boete van € 700.000 op te leggen en beroept FlatexDeGiro zich op het verbod van willekeur. De AFM heeft in het Boetebesluit verzuimd uit te leggen waarom aan haar een zevenmaal zo hoge boete wordt opgelegd als aan de hiervoor bedoelde instellingen.
78. Verder heeft De Nederlandsche Bank (**DNB**) boetes opgelegd voor het niet tijdig of niet correct indienen van financiële rapportages als bedoeld in artikel 3:72 Wft. Op overtreding van deze bepaling staat een basisbedrag van € 500.000, maar de maximale boete die DNB daarvoor conform haar beleid – bij herhaaldelijke overtreding – heeft opgelegd bedroeg € 25.000. Artikel 3:72 Wft moet de toezichthouder in staat stellen haar toezichthoudende taak uit te oefenen. De AFM acht dit doorslaggevend bij de ernst van de overtreding, maar de consequentie die de AFM in termen van boetehoogte verbindt aan de belemmering van haar toezichthoudende taak is dermate verstrekkender dan de consequentie die DNB daaraan verbindt, dat dit niet te volgen is.
79. Tot slot heeft ESMA twee boetes opgelegd aan trade repositories, van respectievelijk € 56.000 en € 238.500. In beide gevallen was gedurende meerdere jaren de rapportageverplichting uit hoofde van Verordening (EU) nr. 648/2012 (**EMIR**) geschonden, waarbij in laatstgenoemde geval zelfs

sprake was van acht overtredingen. De aan FlatexDeGiro opgelegde boete loopt hiermee sterk uit de pas.

Reactie AFM

80. In randnummer 35 tot en met 39 heeft de AFM toegelicht hoe zij het boetetoemetingsbeleid heeft toegepast met inachtneming van artikel 1b, eerste lid, onderdelen a tot en met f, juncto artikel 2 Bbbfs (ernst en duur en verwijtbaarheid), artikel 3 Bbbfs (recidive) en artikel 4 juncto artikel 1b, onderdelen g en h, Bbbfs (passendheidstoets). Hieronder gaat de AFM in deze volgorde in op de bezwaargronden van DeGiro.

i. Ernst en verwijtbaarheid

81. Van strijd met het evenredigheidsbeginsel, artikel 5:46 Awb, het Bbbfs en het boetetoemetingsbeleid is geen sprake. De AFM is van oordeel dat zij de door FlatexDeGiro in randnummers 59 en 72 aangedragen omstandigheden, wel degelijk heeft meegewogen bij de bepaling van de boetehoogte. Reeds in randnummer 36 heeft de AFM die omstandigheden besproken, waarbij de AFM heeft weergegeven hoe zij de verschillende factoren als bedoeld in artikel 1b Bbbfs heeft meegewogen. In randnummers 63 tot en met 68 heeft de AFM die omstandigheden behandeld in het kader van de opportuniteit.
82. DeGiro voert in essentie dezelfde gronden aan gericht tegen de ernst, duur en verwijtbaarheid als tegen de opportuniteit van de boete. Ten aanzien van die gronden ziet de AFM geen reden te komen tot een verminderde ernst of verwijtbaarheid. Zoals reeds toegelicht zijn transactiemeldingen essentieel voor het markttoezicht van de AFM en betreft het niet melden overeenkomstig het voorgeschreven XML-template geen 'mineure incorrectheid', maar een ernstige overtreding, waardoor bovendien schade kan zijn toegebracht aan de werking van de financiële markt. De AFM merkt op dat DeGiro nalaat te motiveren waarom van die schade geen sprake kan zijn. Dat DeGiro stelt dat zij met de overtreding geen voordeel heeft behaald kan, wat daar ook van zij en zoals reeds overwogen in randnummer 36, niet opwegen tegen de ernst en duur van de overtreding. Voor een verlaging van het boetebedrag wegens verminderde ernst bestaat daarom naar het oordeel van de AFM geen aanleiding.
83. De AFM ziet op basis van de verwijtbaarheid evenmin reden het boetebedrag te verlagen. Zoals in randnummers 33, 34, 36 en 65 overwogen, is DeGiro herhaaldelijk gewezen op het belang van de naleving van de verplichtingen in relatie tot transactierapportage en neemt zij desondanks haar verantwoordelijkheid niet door wederom een overtreding te begaan. Voor een verlaging van het

boetebedrag wegens verminderde verwijtbaarheid bestaat daarom naar het oordeel van de AFM geen aanleiding.

84. De constructieve houding van DeGiro, de maatregelen die zij binnen een dag na ontvangst van het informatieverzoek van de AFM heeft getroffen om de overtreding te beëindigen en vervolgens om herhaling van de overtreding te voorkomen, doen niet af aan de ernst en duur van de overtreding en aan de verwijtbaarheid, maar heeft de AFM wel meegewogen in de passendheidstoets.⁴⁵ Op grond daarvan heeft de AFM de boetehoogte reeds met €300.000 verlaagd. Voor een verdere verlaging bestaat naar het oordeel van de AFM, gelet op het voorgaande, geen aanleiding.
85. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.

ii. Recidive

86. Op grond van artikel 3 Bbbfs wordt de door de toezichthouder met toepassing van artikel 2 Bbbfs vast te stellen bestuurlijke boete verdubbeld indien tijdens het plegen van de overtreding nog geen vijf jaren zijn verlopen sinds het opleggen van een bestuurlijke boete ter zake van *eenzelfde* overtreding. Zoals overwogen in randnummer 37, is de AFM van oordeel dat de overtreding van artikel 1 Gedelegeerde Verordening 2017/590 eenzelfde overtreding betreft als de overtreding van de transactierapportageverplichting van artikel 4:90e, derde lid, Wft (oud) waarvoor in 2017 aan DeGiro een boete is opgelegd. Anders dan FlatexDeGiro lijkt te stellen, is van *eenzelfde* overtreding niet slechts sprake indien zowel de feitelijke gedraging als de wettelijke verplichting dezelfde zijn als waarvoor DeGiro in 2017 is beboet.⁴⁶ De wetgever heeft immers bepaald dat het boetebedrag verdubbeld dient te worden bij *eenzelfde* overtreding, niet slechts bij *dezelfde* overtreding, waar dan in feite sprake van zou zijn.
87. Artikel 4:90e, derde lid, Wft (oud)⁴⁷ bevatte de verplichting om transacties in financiële instrumenten zo spoedig mogelijk, maar uiterlijk aan het einde van de volgende werkdag, aan de AFM te rapporteren. Die verplichting heeft tot doel om bevoegde autoriteiten in staat te stellen potentiële gevallen van marktmisbruik op te sporen en te onderzoeken, toezicht te houden op het eerlijk en ordelijk functioneren van de markten en op de activiteiten van beleggingsondernemingen.⁴⁸ Om te zorgen voor een doeltreffende analyse van gegevens door de bevoegde autoriteiten, worden in artikel 1 Gedelegeerde Verordening 2017/590 eisen gesteld aan

⁴⁵ Artikel 4, tweede lid, Bbbfs juncto artikel 1b, eerste lid, onderdelen g en h Bbbfs.

⁴⁶ Zie CBb 9 januari 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BY8016, Rb. Rotterdam 19 juli 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY8133, CBb 30 september 2014, ECLI:NL:CBB:2014:367, Rb. Rotterdam 15 september 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BT1902 en CBb 2 april 2019, ECLI:NL:CBB:2019:136.

⁴⁷ Thans de Transactierapportageverplichting.

⁴⁸ Kamerstukken II 2006-2007, 31 086, nr. 3, p. 154-155 en overweging 32 MiFIR.

de wijze waarop de melding moet worden verricht.⁴⁹ Aan deze verplichtingen ligt hetzelfde rechtsbelang ten grondslag, nu beide bepalingen tot doel hebben de AFM in staat te stellen haar toezichtstaken uit te oefenen.⁵⁰

88. Als niet wordt gemeld door middel van de Voorgeschreven XML-template, heeft dit tot gevolg dat het gehele bestand wordt geweigerd.⁵¹ De AFM wordt dan in dezelfde mate in haar toezicht belet als wanneer er niet gemeld zou worden. Validering van de inhoud kan immers slechts plaatsvinden bij bestanden die met goed gevolg de validering op bestandsniveau hebben ondergaan.⁵² Naleving van artikel 1 Gedelegeerde Verordening 2017/590 is dan ook een noodzakelijke voorwaarde voor, en onlosmakelijk verbonden, met de Transactierapportageverplichting. Daarmee is sprake van eenzelfde overtreding.
89. Dat aan de overtreding van artikel 1 Gedelegeerde Verordening 2017/590 een andere feitelijke gedraging ten grondslag ligt dan aan de overtreding waarvoor DeGiro in 2017 is beboet maakt dit niet anders, gelet op het voorgaande en het feit dat de overtreding dezelfde verstreckende gevolgen had. Tot slot betreft overtreding van artikel 1 Gedelegeerde Verordening 2017/590 anders dan FlatexDeGiro lijkt te stellen, geen lichtere overtreding. De wetgever heeft immers zowel overtreding van artikel 4:90e, derde lid, Wft (oud), thans de Transactierapportageverplichting, als overtreding van artikel 1 Gedelegeerde Verordening 2017/590 beboetbaar gesteld met een basisboetebedrag van € 500.000.⁵³
90. Heroverweging leidt dan ook niet tot een ander oordeel.

iii. Boetehoogte in verhouding tot andere boetes

91. Voor een nog verdergaande verlaging van de boetehoogte dan met € 300.000, zoals de AFM dat wel bij [C] en [D] heeft gedaan, ziet de AFM geen reden. Van schending van verbod op willekeur is geen sprake. De AFM stelt voorop dat, in tegenstelling tot het betoog van FlatexDeGiro, de omstandigheden van het onderhavige geval niet vergelijkbaar zijn met de relevante omstandigheden inzake [C] en [D]. De AFM licht dat toe.

⁴⁹ Overweging 1 Gedelegeerde Verordening 2017/590.

⁵⁰ Rb. Rotterdam 19 juli 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY8133.

⁵¹ ESMA Richtsnoeren, Het melden van transacties, het bijhouden van ordergegevens en de synchronisatie van beursklokken in het kader van MiFID II, ESMA/2016/1452, p. 310.

⁵² ESMA Richtsnoeren, Het melden van transacties, het bijhouden van ordergegevens en de synchronisatie van beursklokken in het kader van MiFID II, ESMA/2016/1452, p. 311.

⁵³ Artikel 1:81, eerste en tweede lid, Wft juncto artikel 10 Bbbfs (oud) voor artikel 4:90e, derde lid, Wft (oud). Artikel 1:81, eerste en tweede lid, Wft juncto artikel 5, eerste lid, BuEU juncto bijlage 2 BuEU voor de Transactierapportageverplichting en artikel 1 Gedelegeerde Verordening 2017/590.

92. De AFM merkt op dat de omstandigheden in zoverre vergelijkbaar zijn dat het bij overtreding van de transactierapportageverplichting van artikel 4:90e, derde lid, Wft (oud), die bij [C] en [D] een rol speelde, en de overtreding door DeGiro van artikel 1 van de Gedelegeerde Verordening 2017/590 een verwijt van dezelfde strekking betreft. Het resultaat van deze overtredingen was gelijk, namelijk dat de AFM niet kon beoordelen of bij de gedane transacties eerlijk, billijk, professioneel en integer is gehandeld door marktpartijen.
93. Naar het oordeel van de AFM bestaan er belangrijke verschillen zowel in de toezichthistorie als in de mate van compliance-gerichtheid van FlatexDeGiro en [C] en [D]. Zoals uit randnummers 8 tot en met 12 volgt, heeft de AFM DeGiro door de jaren heen herhaaldelijk gewezen op het belang van juiste en volledige transactierapportage. DeGiro heeft zowel in 2011 als in 2015 een overtreding van transactierapportageverplichtingen begaan, naar aanleiding waarvan zij waarschuwbrieven heeft gekregen. In de periode van 3 juni 2015 tot 21 juli 2016 heeft DeGiro wederom een overtreding begaan, waarvoor zij in 2017 is beboet. Deze veelvuldige normoverdracht heeft echter niet voorkomen dat DeGiro in 2019 opnieuw een overtreding in het kader van de transactierapportage beging. DeGiro heeft deze overtreding niet uit eigen beweging ontdekt en beëindigd. Sterker nog, DeGiro heeft in de bewuste periode in totaal meer dan tweeduizend feedbackbestanden van de AFM ontvangen waaraan zij kennelijk geen opvolging heeft gegeven. De monitoring van haar systemen had zij dan ook niet op orde. Pas ná een informatieverzoek van de AFM heeft DeGiro de overtreding beëindigd.
94. Deze omstandigheden waren niet aan de orde bij [C] en [D]. Zij hadden op het moment van boeteoplegging beiden (slechts) één eerdere overtreding van de transactierapportageverplichting begaan, naar aanleiding waarvan zij beiden zijn gewaarschuwd, terwijl DeGiro reeds meermaals was gewaarschuwd en in 2017 beboet. Zowel de eerste als de tweede overtreding is door [C] en [D] zelf ontdekt in het kader van interne onderzoeken naar de werking van hun transactierapportageproces. Beide ondernemingen hebben de overtredingen uit eigen beweging beëindigd en aan de AFM gemeld. De overtredingen hebben weliswaar langer voortgeduurd dan de overtreding door DeGiro, maar het betreft een fors kleiner aantal transacties waar de AFM geen zicht op had.⁵⁴ Beide partijen meldden dagelijks transacties bij de AFM, maar waren daarin op enig moment niet volledig.
95. Naar het oordeel van de AFM, moet het voorgaande tot de conclusie leiden dat er relevante verschillen zijn tussen de feiten en omstandigheden bij DeGiro, [C] en [D], waardoor een beroep op het verbod van willekeur niet slaagt. De compliance-gerichte houding van DeGiro na het

⁵⁴ 21.509 transacties door [D] en 140.500 transacties door [C], tegenover 2.099.442 door DeGiro.

constateren van de overtreding vertoont weliswaar bepaalde overeenkomsten met die van [C] en [D], maar gelet op de hiervoor beschreven verschillen rechtvaardigt dat niet dezelfde mate van verlaging van de boetehoogte. Hierbij merkt de AFM op dat de enkele omstandigheid dat compliance-gericht gedrag bij [C] en [D] heeft geleid tot boeteverlaging, niet maakt dat dit bij FlatexDeGiro ook het geval zou moeten zijn. Het vaststellen van de boetehoogte is maatwerk en boetetoemeting is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval. Wel geven de constructieve houding van DeGiro en de maatregelen die zij heeft getroffen om herhaling van de overtreding te voorkomen aanleiding tot verlaging van de boetehoogte, wat de AFM zoals omschreven in randnummer 38 ook heeft gedaan, maar niet zodanig veel als bij [C] en [D], gelet op de hierboven geschetste verschillen.

96. FlatexDeGiro brengt verder naar voren dat de hoogste door DNB conform haar beleid opgelegde boete wegens overtreding van artikel 3:72 Wft slechts € 25.000 bedroeg en dat ook ESMA aan trade repositories lagere boetes oplegt. De AFM stelt in dit kader voorop dat het hier andere (bestuurs)organen betreft, die boetes hebben opgelegd op basis van ander beleid dan dat van de AFM. Het gelijkheidsbeginsel strekt niet zover dat de AFM hiermee rekening dient te houden bij de vaststelling van de boetehoogte op grond van het Bbbfs en haar eigen boetetoemetingsbeleid.
97. Daarnaast bevat artikel 3:72 Wft in samenhang met de krachtens het vijfde lid van dit artikel gestelde voorschriften, voor verschillende ondernemingen de verplichting om op periodieke basis verslagstaten met financiële gegevens in te dienen bij DNB. De door DNB opgelegde boete waar FlatexDeGiro specifiek naar verwijst is opgelegd, omdat een rapportage die op kwartaalbasis bij DNB ingediend moest worden, een week te laat werd ingediend.⁵⁵ Het gaat hier om toezicht van een andere aard en om (overtreding van) een verplichting die niet vergelijkbaar is met de Transactierapportageverplichting en artikel 1 Gedelegeerde Verordening 2017/590, nu laatstgenoemde bepalingen tot doel hebben de AFM *zo spoedig mogelijk*⁵⁶ op de hoogte te brengen van *iedere* door een beleggingsonderneming verrichte transactie in financiële instrumenten, zodat de AFM haar markttoezicht op doorlopende basis kan uitoefenen. Zowel de frequentie als de aard van de te rapporteren gegevens, alsook het toezicht dat op basis van deze gegevens wordt uitgeoefend, verschilt dus wezenlijk. Het voorgaande geeft dan ook geen aanleiding de aan FlatexDeGiro opgelegde boete te verlagen. De door ESMA aan twee trade repositories opgelegde boetes evenmin. Daarbij betrof dit in beide gevallen overtredingen van EMIR ten aanzien waarvan op grond van artikel 65 EMIR een boeteregime geldt dat afwijkt van, en lagere basisboetebedragen kent dan, het regime dat van toepassing is op overtreding van artikel 1

⁵⁵ Op grond van bijlage 6 bij artikel 2:2 van de Regeling staten financiële ondernemingen.

⁵⁶ Maar uiterlijk aan het einde van de volgende werkdag na de transactie.

Gedelegeerde Verordening 2017/590. Dit is dan ook niet relevant voor het vaststellen van de boetehoogte door de AFM.

98. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dus niet tot een ander oordeel.

E. Het Boetebesluit is onvoldoende gemotiveerd

99. Hetgeen hieronder is weergegeven onder randnummer 98 betreft een (verkorte) weergave van het standpunt van FlatexDeGiro en niet dat van de AFM.
100. De motivering van het Boetebesluit schiet dermate tekort dat dit ertoe leidt dat het Boetebesluit niet in stand kan blijven. FlatexDeGiro verwijst naar hetgeen zij naar voren heeft gebracht over opportuniteit en over recidive. Het meest uitdrukkelijk schiet de motivering tekort in het oordeel dat sprake is van een ernstige overtreding die verhoogd verwijtbaar is. De AFM besteedt terecht veel aandacht aan de constructieve houding van DeGiro en ziet hierin, en in het gegeven dat het feitencomplex anders is dan in 2017, aanleiding om de boete met €300.00 te matigen. Deze overwegingen staan diametraal ten opzichte van het oordeel dat DeGiro een ernstige overtreding heeft begaan die verhoogd verwijtbaar is. Ook blijft onduidelijk waarom de AFM kiest voor een matiging van (slechts) 30%.

Reactie AFM

101. Onder verwijzing naar onder meer randnummers 35 tot en met 39 merkt de AFM in dit kader op dat zij haar motivering met deze beslissing op bezwaar aanpast en aanvult. De AFM is van oordeel dat haar besluit daarmee berust op een deugdelijke motivering. Verder valt naar het oordeel van de AFM niet in te zien waarom een verlaging van het boetebedrag wegens de constructieve houding van DeGiro, de maatregelen die zij binnen een dag na ontvangst van het informatieverzoek van de AFM heeft getroffen om de overtreding te beëindigen en vervolgens om herhaling van de overtreding te voorkomen (artikel 4, tweede lid Bbbfs juncto artikel 1b, eerste lid, onderdelen g en h Bbbfs), diametraal staan ten opzichte van het oordeel dat het om een ernstige overtreding gaat die DeGiro valt te verwijten (artikel 2, derde lid, Bbbfs juncto artikel 1b, eerste lid, onderdelen a tot en met f, Bbbfs). Het betreft afzonderlijke beoordelingen die de AFM reeds in randnummer 36 tot en met 38 heeft toegelicht. Het komt de AFM in dat licht voor dat FlatexDeGiro het voornamelijk oneens is met de motivering van de AFM. Dat brengt nog niet met zich dat die motivering ondeugdelijk is.
102. Heroverweging ten aanzien van dit onderdeel leidt dan ook niet tot een ander oordeel.

VI. Besluit

103. De AFM heeft besloten het Boetebesluit onder aanpassing van de motivering in stand te laten.⁵⁷ De motivering van het bestreden besluit wordt aangevuld met de motivering die in deze beslissing op bezwaar is opgenomen.
104. Het voorgaande leidt ertoe dat geen aanleiding bestaat om over te gaan tot de in het Bezwaarschrift verzochte vergoeding van de kosten als bedoeld in artikel 7:15, tweede lid, Awb.

VII. Rechtsgangverwijzing

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

VIII. Publicatie

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

⁵⁷ Deze beslissing op bezwaar is genomen door het bestuur van de AFM en conform het tekeningsmandaat ondertekend door een hoofd en een manager.

Ons kenmerk [...]
Pagina 30 van 30

Hoogachtend,
Autoriteit Financiële Markten

[was getekend]
Manager
Juridische Zaken

[was getekend]
Hoofd
Juridische Zaken