

PARKET
BIJ HET
HOF VAN CASSATIE



Voor het HOF VAN CASSATIE – EERSTE KAMER
(AR C.22.0184.N)

(DE AUTORITEIT VOOR FINANCIËLE DIENSTEN EN MARKTEN (FSMA) t./

Conclusie van het Openbaar Ministerie

Situering

Uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt het volgende.

1. Eiseres is op 14 juni 2016 een onderzoek gestart naar mogelijke inbreuken door verweerders op artikel 25, § 1, 2°, van de Wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten (hierna kortweg “de Wet van 2 augustus 2002”), zoals van toepassing voor de wijziging ervan bij Wet van 27 juni 2016.

Bij beslissing van 6 oktober 2020 oordeelde de sanctiecommissie van eiseres dat verweerders het verbod van marktmanipulatie zoals omschreven in artikel 25, § 1, eerste lid, 2°, a), van de Wet van 2 augustus 2002, zoals van toepassing op het ogenblik van de feiten, hebben overtreden. Een schending van het verbod zoals omschreven in artikel 25, § 1, eerste lid, 2°, b), van voormelde wet, werd niet bewezen geacht. Aan verweerders werd een administratieve geldboete opgelegd van respectievelijk 40.000 euro en 60.000 euro. Er werd geoordeeld dat de beslissing bekend zou gemaakt worden op de website van eiseres.

Op 5 november 2020 werd door verweerders bij het Marktenhof beroep ingesteld tegen deze beslissing.

Bij arrest gewezen op 23 maart 2022 werd dit beroep ontvankelijk en gegrond verklaard. De beslissing van eiseres werd vernietigd, behalve in zoverre ze vaststelt dat geen bewijs voorligt van een schending van het verbod van marktmanipulatie zoals omschreven in artikel 25, § 1, eerste lid, 2°, b), van de Wet van 2 augustus 2002. Tevens werd de verwijdering bevolen van de publicatie van de beslissing van de website van eiseres.

2. Met een mijns inziens tijdige en regelmatige voorziening in cassatie komt eiseres, met één middel dat bestaat uit drie onderdelen, op tegen het arrest van 23 maart 2022 van het Marktenhof.

Voor verweerders werd op 16 augustus 2022 een memorie van antwoord neergelegd.

Bespreking

Eerste onderdeel

3. Eiseres voert aan dat het Marktenhof, door te besluiten tot een schending van het legaliteitsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht in zoverre eiseres niet beschikt over een voorafgaandelijk bekendgemaakt boetebeleid of draaiboek met daarin een methodologie, en op grond hiervan over te gaan tot vernietiging van de beslissing van 6 oktober 2020 van de Sanctiecommissie, behalve in zoverre het Marktenhof vaststelt dat geen bewijs voorligt van een schending van het verbod van marktmanipulatie zoals omschreven in artikel 25, § 1, eerste lid, 2°, b), van de Wet van 2 augustus 2002, de artikelen 36 § 2 (zowel in de versie zoals van toepassing vóór de wijziging bij Wet van 27 juni 2016 als in de huidige versie) en 72 § 3 van de Wet van 2 augustus 2002, de artikelen 6 en 7 EVRM, en de algemene rechtsbeginselen van behoorlijk bestuur, te weten het legaliteitsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het evenredigheids- en redelijkheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht, schendt.

De ontvankelijkheid van het onderdeel

4. Verweerders voeren aan dat betreffende de aangevoerde miskenning van het legaliteitsbeginsel, het onderdeel nalaat de schending in te roepen van de artikelen 12 en 14 Grondwet, van artikel 15 van het Internationaal Verdrag inzake de Burgerrechten en de Politieke rechten (kortweg "IVBPR") en van artikel 2 Strafwetboek, waarin dat beginsel is vervat. Dit leidt volgens verweerders tot de niet-ontvankelijkheid van het onderdeel.

5. Ik meen dat de aangevoerde grond van niet-ontvankelijkheid moet worden verworpen.

Dat de administratieve geldboete bedoeld in artikel 36, § 2 van de Wet van 2 augustus 2002, zoals van toepassing, een strafrechtelijke sanctie is in de zin van artikel 6 EVRM, betekent mijns inziens niet dat het gaat om een straf in de zin van de artikelen 12 en 14 Grondwet en artikel 2 Strafwetboek. Deze artikelen zijn dan ook niet van toepassing¹

Voor het overige is de aanvoering van de schending van artikel 15 IVBPR niet noodzakelijk om tot vernietiging van het betreden arrest te leiden.

¹ Zie in die zin GwH 22 oktober 2015, nr. 147/2015, B.5: "hoewel de in artikel (...) bedoelde administratieve geldboete een strafrechtelijke sanctie in de zin van artikel 6 EVRM uitmaakt, betekent dit niet dat het om een straf gaat in de zin van de artikelen 12 en 14 van de Grondwet. Daaruit voort dat de artikelen 12 en 14 van de Grondwet niet op de in het geding zijnde bepaling van toepassing zijn."

De aanvoering van het algemeen rechtsbeginsel houdende het legaliteitsbeginsel in strafzaken² volstaat in elk geval om tot cassatie te leiden.

De gegrondheid van het onderdeel

6. Het is vaste rechtspraak van het Hof dat “*de legaliteit van een strafbepaling vereist dat ze voldoende toegankelijk is en als dusdanig of in samenhang met andere bepalingen gelezen, op voldoende precieze wijze de als strafbaar gestelde gedraging omschrijft, zodat de draagwijdte ervan redelijk voorzienbaar is. Het gegeven dat de rechter over een zekere beoordelingsvrijheid beschikt, is als dusdanig niet strijdig met die vereiste van redelijke voorzienbaarheid*”³.

Het legaliteitsbeginsel in strafzaken is een grondrecht dat analoog wordt gewaarborgd door de artikelen 12, tweede lid, en 14 Grondwet en de artikelen 7.1 EVRM en 15.1 IVBPR⁴. De door die bepalingen verstrekte waarborgen vormen een onlosmakelijk geheel⁵. De invulling van het algemeen rechtsbeginsel van de legaliteit in strafzaken in de vaste rechtspraak van het Hof geldt dus in het algemeen voor alle straffen in de zin van art. 6 EVRM. Zij geldt niet alleen voor de strafrechter die een straf naar intern recht oplegt, maar ook voor het bestuur dat een administratieve sanctie oplegt met een repressief karakter in de zin van art. 6 EVRM.

Het Hof gebruikt in zijn rechtspraak een geijkte definitie van het legaliteitsbeginsel in strafzaken (cfr. supra). Ook het Grondwettelijk Hof hanteert een vaste formulering in zijn rechtspraak : “*door aan de wetgevende macht de bevoegdheid te verlenen om, enerzijds, te bepalen in welke gevallen strafvervolging mogelijk is en, anderzijds, de wet aan te nemen krachtens welke een straf kan worden vastgesteld en toegepast, waarborgen de artikelen 12, tweede lid, en 14 van de Grondwet aan elke burger dat geen enkele gedraging strafbaar zal worden gesteld en geen straf zal worden opgelegd dan krachtens regels aangenomen door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering. Het wettigheidsbeginsel in strafzaken gaat bovendien uit van de idee dat de strafwet moet worden geformuleerd in bewoordingen op grond waarvan eenieder, op het ogenblik waarop hij een gedrag aanneemt, kan uitmaken of dat gedrag al dan niet strafbaar is en, in voorkomend geval de op te lopen straf kan kennen. Het eist dat de wetgever in voldoende nauwkeurige, duidelijke en rechtszekerheid biedende bewoordingen bepaalt welke feiten strafbaar worden gesteld, zodat, enerzijds, diegene die een gedrag aanneemt, vooraf op afdoende wijze kan inschatten wat het strafrechtelijke gevolg van dat gedrag zal zijn en, anderzijds, aan de rechter geen al te grote beoordelingsbevoegdheid wordt gelaten. Het wettigheidsbeginsel in strafzaken staat evenwel niet eraan in de weg dat de wet aan de rechter een beoordelingsbevoegdheid toekent. Er dient immers rekening te worden gehouden met het algemene karakter van de wetten, de uiteenlopende situaties waarop zij van toepassing zijn en de evolutie van de*

² Zie Cass. 30 juni 2020, A.R. P.20.0355.N, A.C. 2020.

³ Bv. Cass. 16 januari 2018, A.R. P.17.0281.N, A.C. 2018, 86; Cass. 24 maart 2015, A.R. P. 13.1134.N, A.C. 2015, 812; Cass. 22 mei 2012, A.R. P.11.1723.N, A.C. 2012, 1305; Cass. 29 november 2011, A.R. P.10.1766.N, A.C. 2011, 2481.

⁴ Bv. Cass. 22 mei 2012, A.R. P.11.1723.N, A.C. 2012, 1305; Cass. 29 november 2011, A.R. P. 10.1766.N, A.C. 2011, 2481.

⁵ GWH 18 februari 2016, nr. 25/2016, B.18.1.

gedragingen die zij bestraffen. Aan het vereiste dat een misdrijf duidelijk moet worden omschreven in de wet is voldaan wanneer de rechtzoekende, op basis van de bewoordingen van de relevante bepaling en, indien nodig, met behulp van de interpretatie daarvan door de rechtscolleges, kan weten welke handelingen en welke verzuimen zijn strafrechtelijke aansprakelijkheid meebrengen”⁶.

7. Het Grondwettelijk Hof oordeelt in vaste rechtspraak dat “de beoordeling van de ernst van een misdrijf en van de strengheid waarmee het misdrijf kan worden bestraft, behoort tot de beoordelingsbevoegdheid van de bevoegde wetgever. (...) Derhalve komt het de bevoegde wetgever toe de grenzen en de bedragen vast te leggen waarbinnen de beoordelingsbevoegdheid van de rechter en die van de administratie moeten worden uitgeoefend. Het Hof zou een dergelijk systeem slechts kunnen afkeuren indien het kennelijk onredelijk zou zijn”⁷.

Het legaliteitsbeginsel in strafzaken vereist inzake de strafmaat uitsluitend dat de rechter of het bestuur (bij het opleggen van een administratieve sanctie met strafkarakter in de zin van art. 6 EVRM) (1) geen andere straf oplegt dan deze bepaald door de wet en (2) binnen de

⁶ Bv. GwH 8 november 2018, nr. 153/2018, B.24.2; GwH 18 februari 2016, nr. 25/2016, B.18.2; GwH 6 december 2012, nr. 145/2012, B.7; GwH 20 oktober 2011, nr. 158/2011, B.3.1; GwH 18 april 2007, nr. 60/2007, B.6: “die bepalingen willen aldus elk risico van willekeurig optreden vanwege de uitvoerende of de rechterlijke macht uitsluiten bij het vaststellen en toepassen van de straffen”; GwH 26 januari 2005, nr. 24/2005, B.5; GwH 11 mei 2005, nr. 92/2005, B.3.2.

⁷ GwH 18 februari 2016, nr. 25/2016, B.20.1; zie ook GwH 22 oktober 2015, nr. 147/2015, B.11; GwH 26 juni 2008, nr. 93/2008, B.15.3; Het arrest van het Grondwettelijk Hof van 18 februari 2016 had specifiek betrekking op de vraag of de marge tussen de bovengrens en de benedengrens van de strafmaat voorzien in het Wetboek van inspectie, preventie, vaststelling en bestrafting van milieumisdrijven zoals gewijzigd bij ordonnantie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest van 8 mei 2014, waarbinnen de rechter (bij opleggen van een strafrechtelijke geldboete) of de administratieve overheid (bij opleggen van een administratieve geldboete met repressief karakter in de zin van art. 6 EVRM) het bedrag van de geldboete bepaalde, niet te ruim was opdat die geldboetes als voorzienbaar konden worden beschouwd vanaf het ogenblik dat het strafbaar gestelde gedrag werd aangenomen (B.17.1). De vraag was of die ruime marges van de strafmaat verenigbaar waren met het legaliteitsbeginsel in strafzaken. Het Grondwettelijk Hof liet ter zake een zeer grote beoordelingsbevoegdheid aan de wetgever om de ruime grenzen zelf te bepalen waarbinnen de rechter of het bestuur zijn beoordelingsvrijheid kon uitoefenen. Zoals blijkt uit de geciteerde passage, is het Grondwettelijk Hof immers zeer terughoudend bij de toets van die wettelijke grenzen aan het legaliteitsbeginsel (dit is een marginale toetsing). Volgens het Grondwettelijk Hof zou het systeem al “kennelijk onredelijk” moeten zijn, opdat dit Hof de grenzen van de strafmaat te ruim zou verklaren en zou oordelen dat de betrokken strafbepaling het legaliteitsbeginsel schendt. *In casu* oordeelde het Grondwettelijk Hof dat de marges tussen boven- en benedengrens van de strafmaat niet te ruim waren en dat de betrokken bepalingen de rechter of administratieve overheid geen beoordelingsbevoegdheid toekenden die de grenzen van hetgeen het beginsel van voorzienbaarheid van de straf toelaat, zou overschrijden (B.20.4). Het Grondwettelijk Hof hield rekening met de specifieke kenmerken van de milieumisdrijven en met de bedoeling van de ordonnantiegever om het in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest van kracht zijnde milieustrafrecht te rationaliseren en te vereenvoudigen. Om die doelstelling te bereiken kon de ordonnantiegever een enkele en voldoende ruime marge tussen de bovengrens en benedengrens van de strafmaat bepalen (*in casu* een unieke strafvork van 50 tot 100.000 euro), teneinde de rechter of de administratieve overheid de mogelijkheid te bieden de straf of de alternatieve administratieve geldboete aan te passen aan de ernst van het misdrijf (B.20.2); In een arrest van 27 mei 2010, nr. 62/2010 oordeelde het Grondwettelijk Hof in dezelfde lijn dat een beoordelingsbevoegdheid inzake de strafmaat die niet afwijkt van die welke de strafrechter heeft bij het bepalen van de op te leggen straf bij toepassing van strafbepalingen die in een zeer ruime marge voorzien tussen de minimum- en maximumstraf, niet in strijd is met het wettigheidsbeginsel in strafzaken (B.12.2 en B.12.3).

marges van de boven- en benedengrens blijft zoals vastgesteld door de wetgever⁸. Binnen die wettelijk verankerde grenzen van de strafmaat heeft de rechter (of het bestuur) beoordelingsvrijheid⁹. Ook het EHRM verklaart in zijn “Guide sur l’article 7 de la Convention européenne des droits de l’homme” (bijgewerkt tot 30 april 2022) dat de taak van het Hof erin bestaat, wat de strafmaat betreft, na te gaan of de opgelegde straf (1) op een wettelijke basis berust en (2) de wettelijk bepaalde grenzen niet overschrijdt¹⁰. In zijn arrest van 22 januari 2013, *Camilleri t. Malta*, nr. 42931/10 oordeelde het EHRM dat er sprake is van een inbreuk op het legaliteitsbeginsel in de zin van art. 7 EVRM indien de wet verschillende strafvorken bepaalt en het op het ogenblik van de feiten niet voorzienbaar is welke vork van toepassing is (doordat de toepasselijke strafvork volledig afhing van de keuze van de bevoegde jurisdictie door de procureur).

De appelrechters lijken het standpunt te verdedigen dat wanneer de wettelijk bepaalde marges tussen de boven- en benedengrens van de strafmaat zeer ruim zijn, het legaliteitsbeginsel in strafzaken bijkomend vereist dat het bestuur (dat een administratieve sanctie oplegt met strafkarakter in de zin van art. 6 EVRM) vooraf een beleid of draaiboek kenbaar maakt waarin het de criteria voor de toepassing van de straf (binnen die wettelijke grenzen) nader concretiseert, zodat de straf op het ogenblik van de gestelde gedraging voorzienbaar/voorspelbaar is.

Deze visie kan mijns inziens niet worden gevolgd en lijkt niet te sporen met de traditionele (hierboven geschetste) invulling van het legaliteitsbeginsel.

Vooreerst is de kerngedachte van het legaliteitsbeginsel in strafzaken dat de strafbaarstelling en de strafmaat voorzienbaar moeten zijn, doordat de wetgever (dit is de wetgevende macht in de formele zin of de uitvoerende macht die hiertoe een machting heeft verkregen) deze vooraf bepaalt. Enkel de wetgever is dus bevoegd om gedragingen strafbaar te stellen of om de strafsancties nader te bepalen en om zo tegemoet te komen aan het criterium van voorzienbaarheid. Enkel de wet kan de materiële rechtsbron zijn van misdrijven en straffen¹¹. Dit blijkt ook uit de bewoordingen van het Grondwettelijk Hof (zie randnummer 6 § 3) dat het wettigheidsbeginsel aan elke burger waarborgt dat geen enkele gedraging strafbaar zal worden gesteld en geen enkele straf kan worden opgelegd dan “krachtens de regels aangenomen door een democratisch verkozen beraadslagende vergadering.” Indien de wetgever de strafmaat duidelijk heeft gedefinieerd – ook al zijn de door de wetgever gekozen marges tussen boven- en benedengrens zeer ruim – lijkt het legaliteitsbeginsel op zichzelf dus niet te vereisen dat de rechter of de administratieve overheid die de straffen moet toepassen, zelf verder aan het voorzienbaarheidsvereiste tegemoetkomt door vooraf concrete of objectieve criteria voor de toepassing van de strafmaat kenbaar te maken in een intern beleid of draaiboek. De invulling van het voorzienbaarheidsvereiste komt, krachtens het legaliteitsbeginsel in strafzaken, immers uitsluitend toe aan de wetgever zelf.

⁸ Zie I. MOREAU en D. VANDERMEERSCH, *Éléments de droit pénal*, Brussel, la Charte, 2019, 16.

⁹ *Ibid.*, 212.

¹⁰ Zie p. 13; zie ook: EHRM 17 maart 2009, *Ould Dah t. Frankrijk*, nr. 13113/03.

¹¹ L. DUPONT en R. VERSTRAETEN, *Handboek Belgisch Strafrecht*, Leuven, Acco, 1990, 101, nr. 94 en 103-104, nrs.

100 en 101; C. VAN DEN WYNGAERT en S. VANDROMME, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, Oud-Turnhout, Gompel & Svacina, 2019, 81.

Het arrest van de Raad van State van 29 mei 2018, nr. 241.647 lijkt aan te sluiten bij dit standpunt. Hierin oordeelde de Raad immers dat het legaliteitsbeginsel geëerbiedigd was doordat de Brusselse Huisvestingscode het minimale en het maximale bedrag van de geldboete had bepaald (voor overtredingen door de verhuurder). Het effectieve bedrag van de op te leggen geldboete hing volgens de Raad af van de appreciatie van de administratieve overheid. De administratieve overheid diende bij de beoordeling van de geldboete rekening te houden met het aantal gebreken dat de woning vertoonde ten aanzien van de verplichtingen inzake veiligheid, gezondheid en uitrusting. Deze vormden beoordelingselementen die de administratieve overheid in rekening moest brengen wanneer zij de sanctie bepaalde die uitgesproken moest worden voor de enige sanctioneerbare inbreuk, zijnde het verhuren van een woning in strijd met de bepalingen van de Brusselse Huisvestingscode. De door het bestuur concreet gehanteerde evaluatieschaal van 0 tot 10.000 euro in functie van de vastgestelde gebreken, liet de verhuurder volgens de Raad van State toe te begrijpen op welke manier het bestuur zijn appreciatiebevoegdheid had uitgeoefend. Zij hield volgens de Raad enkel een aspect van de motivering in en betrof als dusdanig geen schaal van straffen die op zichzelf aan het legaliteitsbeginsel van straffen was onderworpen en vooraf kenbaar moest worden gemaakt.

Vervolgens zou het vereiste dat het bestuur voorafgaand een intern beleid of draaiboek kenbaar maakt waarin het de toepassingscriteria van de straf (binnen de ruime wettelijke grenzen) concretiseert, mogelijk ingaan tegen de wil van de wetgever die de rechter of het bestuur juist bewust een ruime beoordelingsbevoegdheid heeft gegeven door ruime marges tussen de minimum- en maximumstraf op te leggen. Zoals blijkt uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof (met name het arrest van 18 februari 2016, zie voetnoot 7) komt het de wetgever toe om de bedragen en grenzen van de strafmaat vast te leggen waarbinnen de rechter of het bestuur zijn beoordelingsbevoegdheid kan uitoefenen. De wetgever kan bewust voor een unieke en ruime strafvork kiezen, en dus voor een ruime appreciatiemarge voor de rechter of het bestuur, zodat deze de strafmaat geval per geval kan beoordelen, in functie van de concrete ernst van de inbreuk die *in concreto* wordt bepaald. Indien zou worden vereist dat het administratief orgaan vooraf een beleid of draaiboek kenbaar maakt waarin het de criteria voor de toepassing van straffen binnen de wettelijke grenzen objectiveert, zou dit zijn door de wetgever zelf toegekende beoordelingsvrijheid in elk concreet geval ondermijnen.

Wat de vrijheid voor de rechter (of het bestuur) betreft om binnen de wettelijke grenzen van de strafmaat te oordelen, wordt in de rechtsleer gesteld: "*in het kader van een strafvervolging [in de zin van art. 6 EVRM] verschilt de bevoegdheid van een rechter die een volle redelijkheidstest [van een bestuurshandeling] hanteert niet wezenlijk van deze van de strafrechter die uitspraak doet in eigenlijke strafzaken. Zowel het Hof van Cassatie als het Grondwettelijk Hof zijn van oordeel dat een strafrechter op onaantastbare wijze, binnen de grenzen van de wet, de strafmaat bepaalt die hij in verhouding acht tot de zwaarte van de bewezen verklaarde feiten en de individuele strafwaardigheid van elke beklaagde. De strafrechter is hierbij in principe vrij in de identificatie en toepassing van de straftoetingscriteria. Er bestaat in dit verband noch in de wetgeving, noch in de rechtspraak van het Hof van Cassatie een verplichte checklist. In bepaalde rechtsleer wordt in dit verband gesproken over de 'sanctioning policy' van een rechter. In geval van een volle rechtmatigheidstoets zal een rechter die uitspraak doet over een administratieve sanctie over dezelfde bevoegdheid beschikken. Hij zal de sanctie kunnen 'nawegen'. Wanneer de wet het bestuur de mogelijkheid laat om al dan niet een sanctie op te leggen, dient een rechter in het*

kader van een volle redelijkheidstoets m.i. over dezelfde bevoegdheid te beschikken”¹². Ik meen dat deze redenering ook geldt indien de wetgever een zeer ruime marge tussen de boven- en benedengrens van de strafmaat hanteert, waarbinnen de rechter of het bestuur zijn beoordelingsbevoegdheid kan uitoefenen. Ook in dat geval zou het vereisen van een intern, vooraf bekendgemaakt beleid of draaiboek, immers eraan in de weg staan dat de rechter of het bestuur, volgens de wil van de wetgever zelf, in alle onafhankelijkheid en onpartijdigheid kan oordelen over de sanctie in elk individueel geval.

Tenslotte lijkt het mij op beleidsmatig vlak niet aangewezen te zijn om, bij een ruime wettelijke marge tussen boven- en benedengrens van de strafmaat, op grond van het legaliteitsbeginsel in strafzaken bijkomend te vereisen dat het administratief orgaan dat de sanctie moet toepassen, die sanctie vooraf reeds becijfert volgens objectieve criteria in een bekendgemaakt beleid of draaiboek. In het Europees mededingingsrecht heeft de Europese Commissie weliswaar gedetailleerde richtsnoeren uitgewerkt voor de berekening van geldboeten. Het lijkt mij evenwel niet werkbaar om dit door te trekken en als verplichting te stellen op nationaal niveau. In veel rechtstakken (bijvoorbeeld fiscaal recht: wegens inbreuken op het WIB) hanteert de wetgever zeer ruime marges tussen de minimum en maximumstraf. Het lijkt mij dat de lat veel te hoog zou worden gelegd, indien in al die gevallen wordt vereist dat het bestuur vooraf de berekening/becijfering van de op te leggen sancties vastlegt in een bekendgemaakt draaiboek of beleid, als onderdeel van het legaliteitsvereiste/het beginsel van voorzienbaarheid v.aan straffen.

In de memorie van antwoord wordt weliswaar verwezen naar twee adviezen van de Raad van State waarin de Raad met betrekking tot wetsontwerpen die een zeer ruime grens hanteerden tussen de minimum- en maximumbedragen van de op te leggen administratieve sanctie met strafkarakter in de zin van art. 6 EVRM, wees op het risico van schending van het legaliteitsbeginsel en het beginsel van voorzienbaarheid van straffen¹³. Dit zijn evenwel adviezen aan de wetgever: het staat dan aan de wetgever zelf om hieraan, volgens zijn eigen beoordelingsbevoegdheid en beleidskeuze, al dan niet tegemoet te komen (in voornoemde ordonnantie inzake stedelijke herwaardering heeft de wetgever overigens de initiële ruime marges van de ontwerptekst behouden). Aan een te ruime wettelijk bepaalde marge kan enkel worden geremedieerd door ingrijpen van de wetgever zelf, bijvoorbeeld na vernietiging van de wetsbepaling door het Grondwettelijk Hof wegens strijdigheid met het legaliteitsbeginsel in strafzaken. Uit die adviezen kan niet worden afgeleid dat het legaliteitsbeginsel bij een (te) ruime marge tussen minimum- en maximumbedragen bijkomend vereist dat het administratief orgaan dat de sanctie moet toepassen, zelf aan dit eventuele gebrek aan voorspelbaarheid remedieert door de strafmaat verder te differentiëren volgens objectieve criteria binnen de wettelijke grenzen. Het belang van die adviezen van de Raad van State moet bovendien worden genuanceerd. Ook met betrekking tot de zeer ruime en unieke strafvork die de ordonnantiegever inzake milieumisdrijven had opgelegd (en die het voorwerp was van het reeds besproken arrest van het Grondwettelijk Hof van 18 februari 2016), had de Raad van State geadviseerd dat deze marges te ruim waren en dat de wetgever de criteria voor de

¹² P.-J. VAN DE WEYER, *De rechterlijke toetsing van bestuursrechtelijke handelingen. De invloed van de vereiste van volle rechtsmacht in de zin van artikel 6 EVRM*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 206, nr. 373.

¹³ Advies RvS 11 mei 2016, 59.210/4 over een voorontwerp van ordonnantie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest ‘houdende organisatie van de stedelijke herwaardering’, p. 85-86; Advies RvS 3 september 2014, 56.561/1/V over een voorontwerp van decreet ‘tot wijziging van de Vlaamse Codex Fiscaliteit van 13 december 2013’, p. 30-32.

strafmaat verder moest objectiveren, om het legaliteitsbeginsel in strafzaken te vrijwaren. Het Grondwettelijk Hof heeft die ruime marges (die de ordonnantiegever in zijn finale tekst had behouden), zoals gezegd, evenwel niet strijdig bevonden met het legaliteitsbeginsel in strafzaken.

In casu kan de visie dat het legaliteitsbeginsel in strafzaken niet bijkomend vereist dat het bestuur vooraf een draaiboek kenbaar maakt waarin het de criteria voor het opleggen van een administratieve sanctie binnen de wettelijke grenzen verder objectiveert, des te meer worden aangenomen nu de artikelen 36, § 2, en 72, § 3, Wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten, zoals van toepassing, die de administratieve geldboete regelen, het legaliteitsbeginsel klaarblijkelijk niet schenden (zodat Krachtens art. 26, § 4, tweede lid, 2°, Bijzondere Wet Grondwettelijk Hof geen prejudiciële vraag zou moeten worden gesteld¹⁴). Krachtens art. 36, § 2, Wet van 2 augustus 2002, zoals van toepassing op het ogenblik van de feiten (dit is vóór de wijziging bij wet van 27 juni 2016) kan de FSMA aan de overtreder een administratieve geldboete opleggen die noch minder mag bedragen dan 2.500 euro, noch voor hetzelfde feit of geheel van feiten meer mag bedragen dan 2.500.000 euro. Wanneer de inbreuk voor de overtreder een vermogensvoordeel heeft opgeleverd, mag dit maximum worden verhoogd tot het tweevoud van het bedrag van dit voordeel en, in geval van recidive, tot het drievoud van dit bedrag. Naast de door de verweerders bekritiseerde ruime en unieke strafvork van 2.500 tot 2.500.000 euro die geldt voor een breed scala aan inbreuken, hanteert de wetgever dus nog een andere duidelijke, precieze grens: de geldboete mag (zonder recidive) maximum worden verhoogd tot het tweevoud van het bedrag van het vermogensvoordeel.

Bovendien reikt de wetgever in artikel 72, § 3, eerste lid, Wet van 2 augustus 2002 duidelijke criteria aan op basis waarvan de sanctiecommissie haar beoordelingsbevoegdheid inzake het bedrag van de sanctie moet uitoefenen: in de versie zoals van toepassing op het ogenblik van de feiten (d.i. vóór de wijziging bij wet van 27 juni 2016) moest het bedrag van de geldboete worden vastgesteld in functie van de ernst van de gepleegde inbreuken en in verhouding staan tot de voordelen of de winst die eventueel uit deze inbreuken was gehaald. In de huidige versie van artikel 72, § 3, eerste lid, zijn die criteria verder uitgewerkt (ter omzetting van artikel 28quater Transparantierichtlijn 2013/50/EU): bij de bepaling van het bedrag van de administratieve geldboete houdt de sanctiecommissie rekening met alle relevante omstandigheden, waaronder, in voorkomend geval, 1° de ernst en de duur van de inbreuk; 2° de mate van verantwoordelijkheid van de verantwoordelijke natuurlijke of rechtspersoon; 3° zijn financiële draagkracht; 4° de omvang van de winst die is behaald of het verlies dat is vermeden, voor zover dat kan worden bepaald; 5° het vermogensvoordeel voor derden dat is veroorzaakt door de inbreuk, voor zover dat kan worden bepaald; 6° de mate waarin de verantwoordelijke persoon zijn medewerking verleent aan de FSMA; 7° eerder inbreuken van de verantwoordelijke persoon; 8° de maatregelen die na de inbreuk door de verantwoordelijke persoon werden genomen ter voorkoming van herhaling van de inbreuk. De (ruime) beoordelingsbevoegdheid van de FSMA (sanctiecommissie) wordt ook verantwoord in de Memorie van toelichting bij de Wet van 2 augustus 2002: “de door de CBF opgelegde sanctie zal proportioneel moeten zijn met de ernst van de feiten” en “het beginsel om een dergelijk type van bevoegdheid aan een onafhankelijke administratieve overheid te verlenen

¹⁴ Zie bv. Cass. 22 mei 2012, A.R. P.11.1723.N, A.C.2012, 1305; Cass. 29 november 2011, A.R. P. 10.1766.N, A.C. 2011, 2481.

beantwoordt aan een groeiende internationale tendens, hetgeen bijvoorbeeld door (...) het voorstel van richtlijn betreffende handel met voorkennis en marktmanipulatie wordt onderstreept¹⁵.

De artt. 36, § 2, en 72, § 3, Wet van 2 augustus 2002, zoals van toepassing, lijken het administratief orgaan dus geen beoordelingsbevoegdheid toe te kennen die de grenzen van hetgeen het beginsel van voorzienbaarheid van de straf toelaat, zou overschrijden.

8. Het is vaste rechtspraak van het Hof dat: “de rechter aan wie gevraagd wordt een administratieve sanctie te toetsen die een repressief karakter heeft in de zin van artikel 6 EVRM, moet de wettigheid van die sanctie onderzoeken en mag in het bijzonder nagaan of die sanctie verzoenbaar is met de dwingende eisen van internationale verdragen en van het interne recht, met inbegrip van de algemene rechtsbeginselen. Dit toetsingsrecht moet in het bijzonder aan de rechter toelaten na te gaan of de straf niet onevenredig is met de inbreuk, zodat de rechter mag onderzoeken of het bestuur naar redelijkheid kon overgaan tot het opleggen van een administratieve geldboete van die omvang. De rechter mag hierbij in het bijzonder acht slaan op de zwaarte van de inbreuk, de hoogte van reeds opgelegde sancties en de wijze waarop in gelijkaardige zaken werd geoordeeld, maar moet hierbij in acht nemen in welke mate het bestuur zelf gebonden was in verband met de sanctie. Dit toetsingsrecht houdt niet in dat de rechter op grond van een subjectieve appreciatie van wat hij redelijk acht, om loutere redenen van opportuniteit en tegen wettelijke regels in, boeten kan kwijtschelden of verminderen”¹⁶. Bij het uitoefenen van een discretionaire bevoegdheid moet het bestuur het redelijkheidsbeginsel in acht nemen. Om na te gaan of het bestuur de grenzen van de redelijkheid niet heeft overschreden, zal de rechter tot een marginale toetsing van het bestuursoptreden overgaan en de kennelijke wanverhouding tot de feiten waarop de beslissing is gebaseerd, bestraffen¹⁷.

Een toets aan het redelijkheidsbeginsel zal in beginsel pas aan de orde zijn wanneer de motieven deugdelijk zijn en vaststaan¹⁸. Het redelijkheidsbeginsel/evenredigheidsbeginsel is geschonden wanneer een beslissing steunt op feitelijk juiste en op zich rechtens relevante motieven, maar er een kennelijke wanverhouding bestaat tussen die motieven en de inhoud van de beslissing¹⁹. Kennelijk onredelijk bestuursoptreden wordt door middel van een controle van de aan de beslissing ten grondslag liggende motieven gesanctioneerd. Iedere beslissing van het bestuur dient op motieven te berusten die (1) kenbaar zijn (d.i. in feite en in rechte aanwezig), (2) pertinent zijn (d.i. beantwoorden aan de realiteit) en (3) draagkrachtig zijn (d.i.

¹⁵ MvT, Parl.St. Kamer 2001-2002, doc. 50, nr. 1842/001 en 1843/001, p. 74.

¹⁶ Bv. Cass. 26 juni 2015, A.R. D.13.0025.N, A.C. 2015, 1773; Cass. 17 mei 2013, A.R. F.11.0155.N, AC 2013, 1235.

¹⁷ J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE en A. MAST, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2021, 73, nr. 52.

¹⁸ RvS 18 september 2014, nr. 228.406; RvS 8 juni 2015, nr. 231.462; RvS 23 december 2015, nr. 233.356; RvS 2 juni 2016, nr. 234.918; RvS 16 januari 2018, nr. 240.430.

¹⁹ RvS 26 juni 2014, nr. 227.910; RvS 16 juni 2015, nr. 231.623; RvS 5 december 2019, nr. 246.278; zie J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE en A. MAST, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2021, 73 en 75, vn. 148 en 151.

de beslissing verantwoorden). Dit is de materiële motiveringsplicht, als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur²⁰.

Krachtens de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen dienen de motieven uitdrukkelijk in de individuele bestuurshandeling zelf te worden opgenomen (dit is de formele motiveringsplicht: art. 2) en moet de motivering in de akte de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen. De motivering moet afdoende zijn (dit is de materiële motiveringsplicht die integraal tot de formele motiveringsplicht behoort: art. 3). De term “afdoende” betekent dat de motivering pertinent moet zijn, d.i. duidelijk te maken hebben met de beslissing, en draagkrachtig moet zijn, d.i. dat de aangehaalde redenen moeten volstaan om de beslissing te schragen. Die motivering moet het de rechter mogelijk maken om zijn legaliteitscontrole uit te oefenen²¹. De materiële motiveringsplicht vormt dus geen doel op zich maar een middel om de legaliteit – voornamelijk de naleving van het redelijkheidsbeginsel en van het verbod van willekeur – van bestuurshandelingen na te gaan²².

De term “afdoende” betekent eveneens dat de motivering in rechte en in feite evenredig moet zijn met het belang van de genomen beslissing. Niet alle bestuurshandelingen zullen in dezelfde mate formeel moeten worden gemotiveerd. Wanneer de overheid een gebonden bevoegdheid heeft, is de motiveringsplicht ter zake beperkt, omdat het bestuur geen andere beslissing kan nemen dan die welke zij genomen heeft. De motivering zal daarentegen uitgebreider moeten zijn voor beslissingen die op grond van een discretionaire bevoegdheid worden genomen.²³ De motivering heeft dus vooral belang wanneer de overheid een discretionaire bevoegdheid uitoefent, dit is wanneer zij op grond van haar eigen appreciatie al dan niet kan optreden, of de maatregel kan kiezen die haar het meest geschikt voorkomt om het gestelde doel te bereiken. In dat geval moet veel meer uitleg worden verschafft, meer precies waarom zo en niet anders wordt beslist, waarmee telkens de wettigheid van de genomen beslissing moet zijn aangetoond. Bij een gebonden bevoegdheid, wanneer de wet de inhoud of het voorwerp van de beslissing bepaalt die het bestuur moet nemen zodra de gestelde voorwaarden zijn vervuld, zodat er van beleidsvrijheid geen sprake is, spelen de motieven daarentegen slechts een beperkte rol. Het motief van de rechtshandeling ligt immers reeds besloten in de toewijzing van de bevoegdheid door de wet. Er dient dan alleen te worden verantwoord dat de feitelijke voorwaarden voor het optreden zijn vervuld²⁴.

Met betrekking tot de *in casu* voorliggende vraag kan de rechter de wettigheid (m.n. de redelijkheid en evenredigheid) van een administratieve sanctie met repressief karakter in de zin van art. 6 EVRM reeds voldoende toetsen – en kunnen die beginselen dus voldoende

²⁰ Zie J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE en A. MAST, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2021, 77, nr. 55; P. VAN ORSHOVEN, “De uitdrukkelijke motivering van administratieve rechtshandelingen”, *RW* 1991-92, 488.

²¹ RvS 29 maart 1995, nr. 52580; RvS 12 april 1995, nr. 52782; RvS 30 mei 1995, nr. 53456; J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE en A. MAST, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2021, 927-928, nr. 1095.

²² P. VAN ORSHOVEN, “De uitdrukkelijke motivering van administratieve rechtshandelingen”, *RW* 1991-92, 488).

²³ RvS 30 juni 1993, nr. 43556; RvS 30 juni 1993, nr. 43560; J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE en A. MAST, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2021, 928-929, nr. 1095.

²⁴ P. VAN ORSHOVEN, “De uitdrukkelijke motivering van administratieve rechtshandelingen”, *RW* 1991-92, 488-489 en 491.

worden gewaarborgd – doordat het bestuur dat deze sanctie oplegt zijn beslissing uitdrukkelijk steunt op afdoende motieven in rechte en feite. Deze formele en materiële motiveringsplicht van het bestuur zal de naleving van die beginselen dus voldoende garanderen. Hoe ruimer de wettelijk bepaalde marge is tussen de bovengrens en benedengrens van de strafmaat – en dus hoe groter de beoordelingsbevoegdheid van het bestuur is – hoe omvangrijker de motiveringsplicht zal zijn. De beginselen van redelijkheid of evenredigheid lijken m.i. dus niet bijkomend te vereisen dat het bestuur vooraf een beleid of draaiboek bekendmaakt waarin het de criteria verder concretiseert/objectiveert aan de hand waarvan het de administratieve sanctie binnen de wettelijke marges zal opleggen.

In casu wordt de beslissing van de FSMA van 6 oktober 2020 omstandig materieel gemotiveerd met betrekking tot de strafmaat²⁵. Er wordt verwezen naar het vermogensvoordeel voor de overtreders. De sanctiecommissie houdt als doorslaggevend element rekening met de ernst van de feiten : door bewust drie verkooporders te plaatsen zonder waarachtige verkoopintentie maar om de referentiekoers te verlagen teneinde later de aandelen aan de laagst mogelijke prijs te kunnen kopen, hebben de verweerders handelingen gesteld die van aard zijn het vertrouwen van beleggers in de integriteit en transparantie van financiële markten te ondermijnen. Dit element is volgens de sanctiecommissie zwaarwichtig en van aard een voldoende hoge administratieve boete te vereisen. De sanctiecommissie houdt ook rekening met de grote verantwoordelijkheid van de tweede verweerde. Op basis van deze kenbare en controleerbare motieven kon de rechter dus wel degelijk de wettigheid (namelijk de redelijkheid en evenredigheid) van de opgelegde administratieve geldboete nagaan.

9. De appellechters oordelen dat :

"(...)

(...) wanneer een administratief orgaan zoals de Sanctiecommissie administratieve sancties, geldboetes inbegrepen, kan uitspreken (het probleem dat zich dan stelt) is dat er geen enkel beleid of draaiboek bestaat om de proportie tussen een sanctie en een inbreuk enigszins te kunnen objectiveren en dus voor het Marktenhof om die proportionaliteit te toetsen.

(...)

In casu (...) het voor éénieder en dus ook voor het Marktenhof volstrekt duister (is) welke stappen worden doorlopen door de Sanctiecommissie om de hoogte van een boete te bepalen.

(...)

Door een administratieve boete op te leggen zonder dat een methodologie in de brede zin van het woord (incriminaties, oplijsten van de mogelijke boetes en objectieve criteria ter beoordeling van de omvang van de boete met vermelding van verzachtende en verzwarende omstandigheden) voorafgaand (dit is voordat de vermeende inbreuk werd vastgesteld) bekend was (minstens via een vermelding ervan in extenso op de website van de Regulator)

²⁵ Beslissing van 6 oktober 2020, p. 44-46, nrs. 59 t/m. 62.

(eiseres de beginselen van behoorlijk bestuur - legaliteitsbeginsel, evenredigheidsbeginsel en materiële motiveringsplicht (...) (schendt)".

Gelet op hetgeen hiervoor werd uiteengezet onder de randnummers 6 tot en met 8, mein ik dat de appelleerders, door op die grond te oordelen dat de beslissing van eiseres moet worden vernietigd, behalve in zoverre zij vaststelt dat niet bewezen is dat verweerders het verbod van marktmanipulatie overeenkomstig artikel 25, § 1, eerste lid, 2°; b/, van de Wet van 2 augustus 2002 hebben overtreden, hun beslissing niet naar recht verantwoorden.

In zoverre lijkt het onderdeel mij dan ook gegrond.

Het tweede onderdeel

10. Het Marktenhof oordeelt dat het "onontbeerlijk [is] - als regel van behoorlijk bestuur - om voorafgaand aan het opleggen van een sanctie, de 'vermeende overtreder' in kennis te stellen van de sanctie die de Sanctiecommissie zich voorneemt toe te passen en de 'vermeende overtreder' de gelegenheid te geven zich minstens schriftelijk binnen een redelijke termijn te verweren tegen de voorgenomen sanctie(s)".

Eiseres voert aan dat door aldus te oordelen dat het niet volstaat dat het directiecomité de vermeende overtreder op voorhand in kennis stelt van de administratieve geldboete die zij zal vorderen voor de sanctiecommissie, zodat de vermeende overtreder zich ten aanzien van deze vordering kan verweren voor de sanctiecommissie, maar dat daarbovenop de sanctiecommissie zelf, voorafgaand aan het opleggen van de sanctie, de vermeende overtreder in kennis moet stellen van de sanctie die zij zich voorneemt toe te passen, het Marktenhof de wettelijk verankerde organieke scheiding miskent tussen enerzijds onderzoek en vervolging en anderzijds beslissing ten gronde die erop gericht is een onafhankelijke en onpartijdige behandeling van de zaak te waarborgen, en die de rechten van verdediging ten volle respecteert inzonderheid nu de vermeende overtreder in staat is om zich voor de sanctiecommissie te verweren tegen de door het directiecomité gevorderde geldboete (schending van de artikelen 48bis § 1, 70, 71 en 72 § 3 van de Wet van 2 augustus 2002, evenals de artikelen 6 en 7 EVRM en het onpartijdigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur).

11. In de Memorie van toelichting bij de wet van 2 juli 2010 tot wijziging van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten wordt vermeld dat "de sanctieprocedure werd herzien om rekening te kunnen houden met de oprichting van een autonome en onafhankelijke sanctiecommissie" en dat "het oorspronkelijk door de wet van 2 augustus 2002 voorziene onderzoek ten laste en ten gunste wordt geschrapt. Dat onderzoek was nodig omdat het directiecomité zich zowel over het instellen van vervolging als over het opleggen van sancties diende uit te spreken. Binnen de nieuwe procedure kunnen drie fases worden onderscheiden: het onderzoek dat niet op tegenspraak wordt gevoerd zoals in gerechtszaken, de instelling van de vervolging op beslissing van het directiecomité en tot slot de beslissing van de sanctiecommissie na afloop van een procedure".

*op tegenspraak*²⁶. Daarnaast wordt vermeld dat in de wet een nieuw artikel 48/1 wordt ingevoerd, dat een autonome sanctiecommissie opricht. Er wordt verduidelijkt dat “*deze commissie zich, in alle onafhankelijkheid en met naleving van de fundamentele rechten die worden gewaarborgd door het EVRM, dient uit te spreken over het opleggen, door de CBFA, van administratieve geldboetes*”²⁷.

Ook in de rechtsleer wordt met betrekking tot de sectoriële regulatoren (als administratieve organen) het belang van de organieke scheiding tussen het onderzoek en de vervolging, enerzijds, en de beslissing ten gronde, anderzijds, benadrukt. Er dient immers te worden verzekerd dat diegene die de sancties oplegt geen inherente drijfveer bezit om te straffen. Dit vereist een voldoende scheiding tussen het orgaan bevoegd voor het onderzoek en de vervolging en het orgaan belast met het nemen van de beslissing (zoals bij de FSMA het geval is)²⁸.

Artikel 71, § 2, van de Wet van 2 augustus 2002 bepaalt weliswaar letterlijk dat indien het directiecomité beslist om te vervolgen, dit de betrokken partijen in kennis stelt van “de grieven”. In de praktijk wordt met die beslissing tot vervolging, samen met de grieven, ook de voorgestelde administratieve geldboete ter kennis gebracht van de betrokken partijen (dit is de administratieve geldboete die het directiecomité *vordert* ten aanzien van de sanctiecommissie). Uit de vaststellingen van de appelleerders blijkt dat het *in casu* ook zo is gebeurd. Op 23 oktober 2019 heeft het directiecomité de verweerders in kennis gesteld van zijn beslissing tot vervolging, met inbegrip van de grieven en de voorgestelde administratieve geldboete (namelijk van het bedrag van de geldboete en de criteria voor de berekening ervan²⁹).

De organieke scheiding tussen onderzoek/vervolging en beslissing ten gronde waarborgt dat de sanctiecommissie in alle onafhankelijkheid en onpartijdigheid kan beslissen over de administratieve geldboete. Enerzijds is zij niet gebonden door het door het directiecomité voorgestelde/ gevorderde bedrag van de geldboete. Anderzijds wordt het oordeel van de sanctiecommissie in alle onafhankelijkheid gevormd door het onderzoeksverslag én de argumenten van partijen tijdens een procedure op tegenspraak. Daarom zou het moeilijk zijn voor de sanctiecommissie om, voorafgaand aan het tegensprekend debat, reeds een eigen voorstel van administratieve geldboete ter kennis te brengen van de vervolgde partij. Indien de sanctiecommissie op voorhand reeds een standpunt inzake de administratieve sanctie aan partijen zou moeten meedelen, zou dit juist afbreuk doen aan haar onafhankelijkheid en onpartijdigheid en de organieke scheiding tussen onderzoek/vervolging en de beslissing ten gronde in het gedrang brengen.

Er kan ook worden verwezen naar het arrest van de Raad van State van 10 december 2019, nr. 246.351, met betrekking tot tuchtsancties die de gemeenteraad kon opleggen, op verslag van de directeur-generaal, aan personeelsleden die bezoldigd werden door de gemeente (art. L 1215-7, al. 1 van de “Code de la démocratie locale et de la décentralisation” en de

²⁶ MvT, *Parl.St.* Kamer 2009-2010, doc. 52, nr. 2408/001, p. 16-17.

²⁷ MvT, *Parl.St.* Kamer 2009-2010, doc. 52, nr. 2408/001, p. 12.

²⁸ P.-J. VAN DE WEYER, “Rechterlijke toetsing van bestuurshandelen: hoe vol moet die rechtsmacht juist zijn?”, *TBP* 2021, 83, nr. 50.

²⁹ Bestreden arrest, p. 20 bovenaan.

tuchtsancties opgesomd in art. L 1215-3). De Raad van State oordeelde dat de rechten van verdediging van de betrokken ambtenaar slechts uitgeoefend werden tijdens de tuchtprocedure in de eigenlijke zin, en niet in het stadium van het voorafgaand onderzoek (dat leidde tot het verslag van de directeur-generaal). Daarnaast oordeelde de Raad van State dat, betreffende de mededeling aan de vervolgde ambtenaar, in de oproeping, van de sanctie, het beginsel van de eerbiediging van het recht van verdediging uitsluitend vereist dat de ambtenaar geïnformeerd wordt van het feit dat hij kan worden bestraft met een tuchtsanctie, maar niet inhoudt dat de ambtenaar ter kennis moet worden gebracht van de sanctie die de tuchtautoriteit zich voorneemt toe te passen. In het voorliggende geval werd de verzoeker ervan op de hoogte gebracht dat hij een tuchtsanctie riskeerde, zoals voorzien in art. L-1215-3, zonder dat werd gepreciseerd welke van deze sancties dat zou zijn, wat volgens de Raad van State de rechten van verdediging van de verzoeker niet miskende. De Raad voegde toe dat de oproeping eveneens naar het verslag van de directeur-generaal verwees, dat was aangehecht, en dat dit verslag alle noodzakelijke preciseringen bevatte opdat de verzoeker zijn verweer kon voorbereiden.

Op gelijkaardige wijze kan worden gesteld dat het, voor de eerbiediging van het recht van verdediging, in de tegensprekelijke fase voor de sanctiecommissie volstaat dat de vervolgde partij kennis krijgt van de vordering/beslissing tot vervolging van het directiecomité (met inbegrip van de grieven en de gevorderde administratieve geldboete) en zich op dit punt kan verweren, zonder dat bijkomend vereist is dat de sanctiecommissie zelf die partij, voorafgaand aan het opleggen van een sanctie, in kennis stelt van de sanctie die zij zich voorneemt toe te passen met daarna opnieuw een mogelijkheid tot tegenspraak.

12. De appelrechters stellen vast dat het directiecomité de vermeende overtreder op 23 oktober 2019 in kennis heeft gesteld van het bedrag van de voorgestelde geldboete en van de criteria waarmee het bij de bepaling van dit bedrag rekening heeft gehouden.

De appelrechters oordelen niettemin dat het, als regel van behoorlijk bestuur, onontbeerlijk is dat de sanctiecommissie daarbovenop, voorafgaand aan het opleggen van een sanctie, de vermeende overtreder in kennis stelt van de sanctie die zij zich voorneemt toe te passen.

Ik meen dat door op die grond te oordelen dat de beslissing van eiseres moet worden vernietigd, behalve in zoverre zij vaststelt dat niet bewezen is dat verweerders het verbod van marktmanipulatie conform artikel 25, § 1, eerste lid, 2°, b), van de Wet van 2 augustus 2002 hebben overtreden, de appelrechters hun beslissing niet naar recht verantwoorden en dat in zoverre het onderdeel dan ook gegrond is.

Het derde onderdeel

13. Eiseres voert aan dat de door het Marktenhof vastgestelde onwettigheid uitsluitend betrekking heeft op de opgelegde geldboete, en geen uitstaans heeft met de vaststelling van de onderliggende inbreuk op het verbod van marktmanipulatie zoals omschreven in artikel 25, § 1, eerste lid, 2°, a), van de Wet van 2 augustus 2002. Met betrekking tot die vaststelling van de onderliggende inbreuk wordt geen onwettigheid vastgesteld.

In die omstandigheden had het Marktenhof, volgens eiseres, de vernietiging moeten beperken tot de opgelegde geldboete, waarbij het de beslissing inzake de vaststelling van inbreuk overeind had moeten laten nu deze (deel)beslissing kennelijk niet door een onwettigheid is aangetast; minstens werd dienaangaande geen onwettigheid vastgesteld. De beslissing inzake de opgelegde geldboete is, nog steeds volgens eiseres, afscheidbaar van de voorafgaande beslissing inzake vaststelling van inbreuk; minstens stelt het Marktenhof niet vast dat deze voorafgaande beslissing inzake vaststelling van inbreuk onafscheidbaar is van de beslissing inzake de administratieve geldboete derwijze dat de vernietiging zich ook moet uitstrekken tot die voorafgaande beslissing ten aanzien waarvan geen onwettigheid werd vastgesteld.

Door in weerwil hiervan de beslissing integraal te vernietigen, zowel op het punt van de geldboete als op het punt van de inbreuk, en de beslissing enkel overeind te laten in zoverre géén inbreuk werd vastgesteld op het verbod van marktmanipulatie zoals omschreven in artikel 25, § 1, eerste lid, 2°, b), van de Wet van 2 augustus 2002, heeft het Marktenhof, volgens eiseres, zijn rechtsmacht overschreden en schendt het artikel 121, § 1, 4° van de Wet van 2 augustus 2002.

Eiseres voert aan dat door de beslissing mee te vernietigen waarbij een inbreuk werd vastgesteld op artikel 25, § 1, eerste lid, 2°, a), van de Wet van 2 augustus 2002, zonder evenwel vast te stellen dat géén inbreuk werd begaan op deze bepaling en dat derhalve ten onrechte was besloten tot een schending van deze bepaling, het Marktenhof zijn beslissing voorts niet naar recht verantwoordt (schending van artikel 25, § 1, eerste lid, 2°, a), van de Wet van 2 augustus 2002). Minstens is het arrest niet afdoende gemotiveerd, in zoverre uit de motieven niet blijkt waarom de vernietiging zich ook uitstrekkt tot de beslissing waarbij een inbreuk werd vastgesteld op artikel 25, § 1, eerste lid, 2°, a), van de Wet van 2 augustus 2002 (schending van artikel 149 van de Grondwet).

14. Het derde onderdeel moet mijns inziens niet meer worden beantwoord. Op grond van het eerste en tweede onderdeel wordt het bestreden arrest immers al vernietigd voor zover het de beslissing van de FSMA vernietigt (dit is volledig, behalve voor zover de FSMA oordeelt dat de inbreuk op artikel 25, § 1, eerste lid, 2°, b), van de wet van 2 augustus 2002 niet bewezen is).

Het derde onderdeel kan niet tot ruimere cassatie leiden.

Conclusie : Vernietiging van het bestreden arrest en verwijzing naar het hof van beroep te Brussel, sectie Marktenhof, anders samengesteld.

Brussel, 23 januari 2023

De advocaat-generaal,

Els Herregodts