

HET HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

18e kamer,

zetelend in burgerlijke zaken, na
beraad, wijst volgend arrest:

INZAKE VAN:

1. X,
eiser;

vertegenwoordigd door [...];

TEGEN:

1. DE AUTORITEIT VOOR FINANCIËLE DIENSTEN EN
MARKTEN.

autonome instelling met rechtspersoonlijkheid, met maatschappelijke
zetel te 1000 BRUSSEL, Congresstraat 12-14, ingeschreven met KBO-
nummer 0544.279.965; verweerster,

vertegenwoordigd door [...];

[...]

56. Het 'gebruik maken' van de informatie dient volgens de uitlegging die het HJEU van artikel 2, lid 1 van richtlijn 2003/6/EG (geciteerde arrest Spector van 23 december 2009, dictum), aldus te worden uitgelegd dat er principieel 'gebruik' is in de zin van die bepaling wanneer de betrokkene die voorkennis heeft, een financiële transactie doet in het financieel instrument waarop de voorkennis betrekking heeft, onder voorbehoud van het recht van verdediging om dat vermoeden te weerleggen.

Eiser, die overigens niet aanbiedt dat vermoeden te weerleggen, heeft zodoende met de verrichtingen die hij op [dag J], [dag J+1] en [dag J+6] voor rekening van NV Y deed, zijn voorkennis gebruikt, zowel voor de aandelen B - die in twee snel opeenvolgende tijden werden aangekocht maar weer verkocht om aandelen A in de plaats te kopen - als voor de aandelen A.

Over de passende sanctie.

57. Wat de passende sanctie betreft, geeft de bestreden beslissing aan dat ze in het licht van het proportionaliteitsbeginsel rekening houdt met de zwaarte van de feiten en de subjectieve schuld van de eiser.

Ze begroot een administratieve boete en bepaalt deze op het drievoud van het berekende, niet gerealiseerde vermogensvoordeel, dat eiser met de gezamenlijke geïncrimineerde verrichtingen realiseerde en op 73.530 euro wordt begroot.

58. Artikel 36 §2 WFT bepaalt: *"Onverminderd de overige maatregelen bepaald door de wet, kan de FSMA, indien zij overeenkomstig de artikelen 70 tot 72 een inbreuk vaststelt op de bepalingen van dit hoofdstuk of de uitvoeringsbesluiten ervan, 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. "*

De regels inzake vaststelling van de boete zijn derhalve:

- de administratieve boete bedraagt minstens 2.500 euro en maximum 2.500.000 euro;

- heeft de inbreuk de overtreder een vermogensvoordeel bezorgd, dan mag het maximum worden overschreden, maar niet verder dan tot beloop van het dubbele van het gerealiseerde voordeel;

- is er met de inbreuk recidive gemoeid, dan mag het maximum worden overschreden maar niet verder dan tot beloop van het driedubbele van het gerealiseerde voordeel.

59. Volgens eiser is de monetaire sanctie foutief berekend omdat hij geen meerwaarde realiseerde, terwijl de sanctie wel wordt berekend op basis van vermogensvoordeel, en vervolgens omdat ze daarenboven wordt vastgesteld op het drievoud van dat voordeel, hetgeen overeenstemt met het geval van recidive, terwijl recidive niet wordt vastgesteld.

Die kritiek is onterecht waar wordt aangevoerd dat geen

vermogensvoordeel effectief werd gerealiseerd aangezien de aangekochte aandelen tot vandaag werden behouden. Het al dan niet realiseren van een vermogensvoordeel bij het misbruiken van voorkennis is immers op zich geen criterium om de omvang te bepalen van de boete die dient te worden opgelegd.

De kritiek is in zoverre wel terecht dat het dubbelzinnigheid oplevert wanneer de boete wordt begroot in functie van het drievoud van het vermogensvoordeel, wanneer zulk criterium door de wetgever wordt voorgeschreven als mogelijkheid in geval van realisatie van een vermogensvoordeel met recidive, dan wanneer recidive niet voorhanden is.

60. Over de passende sanctie overweegt het hof dat de begane feiten bepaald laakbaar zijn en doeltreffend dienen te worden beteugeld.

Anderzijds dient voor ogen te worden gehouden dat de sanctionering ook strekt tot bewaring van de transparantie en betrouwbaarheid van de financiële markten, hetgeen vereist dat benevens het bestraffende aspect van de sanctie, ze ook een ontradend effect moet hebben.

Artikel 14.1 van richtlijn 2003/06/EG, schrijft voor dat de sanctie doeltreffend, evenredig en afschrikkend dient te zijn.

Afschrikkend kan de sanctie alleen zijn indien het bedrag van de boete de waarde van het gerealiseerde voordeel overtreft.

61. Gelet op het geheel van de omstandigheden van de zaak, waaronder de relatief beperkte omvang van de door eiser geïnvesteerde financiële middelen (ongeveer 250.000 euro), het niet kort speculatieve karakter van de aankopen en het overigens onbesproken professionele verleden van X, beantwoordt een boete van 122.500 euro adequaat aan de voormelde doelstellingen van sanctionering.

62. Wat de nominatieve bekendmaking van de sanctie betreft, overweegt het hof dat zo deze in de regel kan bijdragen aan het bestraffende karakter van de administratieve boete en aan de afschrikkende uitwerking ervan, zowel ten aanzien van de betrokkene die misbruik maakte als van de investeerders in het algemeen, deze doelstellingen in het voorliggende geval niet worden bereikt met de nominatieve bekendmaking.

Wat de eisende partij betreft, is al aangegeven dat het om een geïsoleerd incident gaat op het einde van zijn loopbaan als bestuurder van een bankinstelling en dat het risico op recidive onbestaande is aangezien hij geen bestuurdersfuncties meer uitoefent en overigens de pensioengerechtigde leeftijd al meer dan tien jaar geleden heeft bereikt.

Er bestaat wat hem betreft geen reden om de sanctie te verzwaren door zijn naam openbaar aan de feiten te verbinden.

Verder moet worden overwogen dat de bestreden beslissing is genomen ruim 32 maanden na de beteugelde feiten, die thans al acht jaar geleden zijn begaan. Het valt moeilijk in te zien hoe een nominatieve bekendmaking het vertrouwen van de investeerders zou bevorderen.

63. Derhalve zal de bekendmaking van de beslissing niet-nominatief dienen te gebeuren.

**OM DEZE REDENEN,
HET HOF,**

In acht genomen de bepalingen van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik van talen in gerechtszaken.

Rechtsprekend op tegenspraak.

Ontvangt de vordering en verklaart ze als volgt gegrond binnen de perken waarin ze wordt bestreden,

Doet de bestreden beslissing enkel teniet waar ze het bedrag van de boete vaststelt en de nominatieve bekendmaking beslist.

Beslist hierover opnieuw als volgt.

Legt eiser een geldboete op van 122.500 euro.

Zegt dat de bestreden beslissing van 13 juli 2007 enkel in een niet-gepersonaliseerde versie wordt bekendgemaakt en zonder het dispositief ervan.

Zegt dat met de bekendmaking van de bestreden beslissing ook een uittreksel van dit arrest dient te worden bekendgemaakt, en met name de nummers 56 tot en met 62, evenals het dispositief in een niet-gepersonaliseerde versie.

Veroordeelt verweester tot betaling van de gedingkosten, begroot op 186 euro rolrecht en 1.320 euro rechtsplegingvergoeding ten voordele van eiser.

Aldus gevonnist en uitgesproken in openbare burgerlijke terechtzitting van de kamer 18 van het hof van beroep te Brussel op 4 december 2012,

Waar aanwezig waren :

[...]