

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 242.831 van 30 oktober 2018
in de zaak A. 222.891/XIV-37.496**

In zake : 1. Geert DE CALUWÉ
 2. de BVBA KANTOOR GEERT DE CALUWÉ
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Iris Exelmans
 kantoor houdend te 3290 Diest
 Schellekensberg 28
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de AUTORITEIT VOOR FINANCIËLE DIENSTEN EN
MARKTEN (FSMA)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Thomas Eyskens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Bischoffsheimlaan 33
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 11 augustus 2017, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van 25 juli 2017 waarbij de inschrijving van verzoekers uit het register van de verzekeringstussenpersonen wordt geschrapt en waarbij wordt vastgesteld dat de heer Geert De Caluwé niet beantwoordt aan de voorwaarden van de vereiste geschiktheid en professionele betrouwbaarheid om de functies te kunnen uitoefenen van verantwoordelijke voor de distributie en effectief leider en dat kantoor BVBA De Caluwé Geert geen andere kandidaat heeft voorgesteld die aan alle inschrijvingsvoorwaarden voldoet om deze functies te kunnen vervullen en Kantoor Geert De Caluwé BVBA binnen de vooropgestelde termijn niet aan de vastgestelde tekortkomingen heeft verholpen zoals genomen door het Directiecomité van De Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten, met zetel te 1000 Brussel, Congresstraat 12-14”.

‡DAKSKFGCB-BDFDCDV‡

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 239.801 van 8 november 2017 is de vordering tot schorsing verworpen.

Gezien het verzoek tot voorzetting van de verzoekende partij.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend.

Auditeur Alexander Van Steenberge heeft een verslag opgesteld.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 september 2018.

Staatsraad Kaat Leus heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Iris Exelmans, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaat Dorian Pycke, die *loco* advocaat Thomas Eyskens verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Alexander Van Steenberge heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3. De feiten zijn uiteengezet in het tussenarrest nr. 239.801 van 8 november 2017. Er wordt naar verwezen.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Eerste exceptie: laattijdigheid van het beroep

Uiteenzetting van de exceptie

4. De verwerende partij acht het beroep laattijdig ingesteld. Zij zet uiteen dat gelet op de eerste aanbieding van de bestreden beslissing op 27 juli 2017 de in artikel 2, eerste lid van het koninklijk besluit van 15 mei 2003 ‘tot regeling van de versnelde procedure in geval van beroep bij de Raad van State tegen sommige beslissingen van de Autoriteit voor Financiële Diensten en Markten en de Nationale Bank van België’ (hierna: het koninklijk besluit van 15 mei 2003) bedoelde vervalltermijn van vijftien dagen, is komen te vervallen op 11 augustus 2017. Bij de aangetekende zending van de verzoekende partijen op 11 augustus 2017 werd het verkeerde adres van de Raad van State opgegeven. Die foutieve adresvermelding laat een daadwerkelijke kennisgeving niet toe. Daardoor is het uitgesloten om 11 augustus 2017 als datum van indiening in aanmerking te nemen. Doordat de postdiensten op 14 augustus 2017 het correcte adres hebben genoteerd, moet die datum in aanmerking worden genomen als de datum waarop het verzoekschrift is ingediend. Dit is evenwel buiten de genoemde termijn van vijftien dagen.

Beoordeling

5. Het voorliggende beroep betreft een beroep zoals bedoeld in artikel 122, 19°, van de wet van 2 augustus 2002 ‘betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten’ (hierna: de wet van 2 augustus 2002)

dat moet worden ingediend in overeenstemming met het koninklijk besluit van 15 mei 2003, dat een versnelde procedure organiseert.

Uit artikel 2 van dat koninklijk besluit vloeit voort dat een beroep als bedoeld in artikel 122 van de wet van 2 augustus 2002, op straffe van verval, moet worden ingediend onder een ter post aangetekende omslag binnen vijftien dagen na de betekening van de bestreden beslissing.

6. De verzoekende partijen hebben op vrijdag 11 augustus 2017 hun annulatieverzoekschrift afgegeven aan het Postpunt Carrefour Diest voor aangetekende zending. Dit is binnen de vijftien dagen na de betekening van de bestreden beslissing, wat niet door de verwerende partij wordt betwist. Op de afgegeven enveloppe wordt als adres vermeld: Raad van State, Wetenschapsstraat 33, 1000 Brussel.

Uit een op de briefomslag bij het verzoekschrift aangebrachte kleefbrief blijkt dat het verzoekschrift opnieuw door Bpost werd aangeboden, ditmaal met de vermelding van het juiste adres (1040 Brussel), waarbij de adreswijziging, dit is het aanbrengen van het juiste postnummer, door Bpost zelf is gebeurd.

De vergissing van de verzoekende partijen die kan worden beschouwd als een materiële misslag, neemt niet weg dat zij het verzoekschrift aan de postdiensten hebben aangeboden voor aangetekende zending binnen de wettelijke termijn van 15 dagen en dat deze aangetekende zending de Raad van State heeft bereikt. Het feit dat deze zending maar de Raad van State kon bereiken nadat Bpost het juiste postnummer had ingevuld en met enige vertraging doet hieraan geen afbreuk.

7. De exceptie wordt verworpen.

B. Tweede exceptie: gebrek aan hoedanigheid en belang in hoofde van de eerste verzoekende partij

Uiteenzetting van de exceptie

8. De verwerende partij meent met verwijzing naar rechtspraak dat het beroep ingesteld door de eerste verzoekende partij niet-ontvankelijk is. Uit artikel 122, 19°, wet van 2 augustus 2002 volgt dat de eerste verzoekende partij geen beroep kan instellen tegen een beslissing over de schrapping van de inschrijving van de tweede verzoekende partij. Zij voegt eraan toe dat die rechtspraak aansluit bij de rechtspraak over het vereiste van de hoedanigheid. De persoon wiens vastgesteld gebrek aan een voldoende geschiktheid en professionele betrouwbaarheid ten grondslag ligt aan een beslissing van de FSMA tot schorsing of schrapping die de betrokken rechtspersoon raakt, beschikt niet over de vereiste kwaliteit en hoedanigheid om daartegen een beroep in te stellen, zelfs niet indien er belangrijke gevolgen zijn voor zijn persoonlijke situatie.

Beoordeling

9. Een verzoekende partij dient te beschikken over de vereiste hoedanigheid om het beroep tot nietigverklaring in te stellen.

Artikel 122, 19°, van de wet van 2 augustus 2002 bepaalt dat bij de Raad van State, volgens een versnelde procedure zoals vastgesteld door de Koning, beroep kan worden ingesteld door de verzekerings- of herverzekeringstussenpersoon, tegen de beslissingen tot inschrijving of tot weigering van inschrijving in een categorie van het register van de verzekerings- en herverzekeringstussenpersonen, tot schrapping, tot verbod van activiteiten, tot schorsing, tot wijziging van de inschrijving en tot waarschuwing, alsook tegen de beslissingen tot gevolg hebbende het verlies van rechtswege van inschrijving, die

de FSMA heeft genomen krachtens de artikelen 262, 267 en 292 van de wet van 4 april 2014 ‘betreffende de verzekeringen’ (hierna: de wet van 4 april 2014).

Deze bepaling sluit aan bij het algemene hoedanigheidsvereiste bij het annulatieberoep.

De rechtsvordering waarvan het specifieke opzet erin bestaat om de schrapping uit het register van verzekeringstussenpersonen van de tweede verzoekende partij ongedaan te maken, kan alleen worden ingesteld door diegene wiens inschrijving werd geschrapt. Alleen in hoofde van die persoon kan immers de schrapping ongedaan worden gemaakt. Een verzoekende partij kan derhalve geen vordering instellen die erop gericht is een inschrijving van een andere partij alsnog gerealiseerd te zien worden.

10. Te dezen beschikt de eerste verzoekende partij dan ook niet over de vereiste hoedanigheid. Enkel de rechtspersoon waarvan de inschrijving in het register van verzekeringstussenpersonen werd geschrapt, dit is te dezen de tweede verzoekende partij, kan de vernietiging van die schrapping benaarstigen. De eerste verzoekende partij beschikt niet over de vereiste hoedanigheid om het beroep tot nietigverklaring in te stellen. De motivering in de bestreden schrapping dat de eerste verzoekende partij niet beantwoordt aan de voorwaarden van de vereiste geschiktheid en professionele betrouwbaarheid om de functies te kunnen uitoefenen van verantwoordelijke voor de distributie en effectief leider, verandert daaraan niets.

11. De exceptie is gegrond.

Het voorliggende beroep wordt hierna nog enkel onderzocht in hoofde van de tweede verzoekende partij die verder wordt aangeduid als de verzoekende partij.

C. Derde exceptie: weren van het “voorafgaandelijk dossier”

Uiteenzetting van de exceptie

12. De verwerende partij werpt op dat in de inventaris van het verzoekschrift gewag wordt gemaakt van een “voorafgaandelijk dossier”. Aan het verzoekschrift is evenwel geen enkel stuk gevoegd, of toch minstens niet op datum van 28 augustus 2017 toen de verwerende partij het dossier ter griffie heeft geraadpleegd. De verwerende partij vraagt om dit dossier uit het debat te weren in zoverre het alsnog wordt ingediend. De verwerende partij heeft immers haar recht van verdediging niet kunnen organiseren op grond van een onderzoek van het zgn. “voorafgaandelijk dossier”.

Beoordeling

13. Er wordt vastgesteld dat door de verzoekende partij geen “voorafgaandelijk dossier” werd ingediend zodat het ook niet uit het debat hoeft te worden geweerd.

14. De exceptie wordt verworpen.

V. Middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

15. De verzoekende partij roept de schending in van “de materiële motiveringsplicht, het redelijkheidsbeginsel, de zorgvuldigheidsplicht en de hoorplicht”. Zij zet uiteen dat met de bestreden beslissing “enkel [wordt] uitgegaan van de vaststellingen van nv C., terwijl geen rekening wordt gehouden met de door [de verzoekende partij] naar voor gebrachte elementen met betrekking tot de vastgestelde feiten”. De verzoekende partij heeft de feiten, met

name drie bedragen die uit de kas waren opgenomen, niet betwist maar wel de eraan verleende kwalificatie. De omschrijving van de feiten door de nv C., als ‘kastekorten’ en een ‘vorm van diefstal’, wordt door de verwerende partij zonder enige verdere motivering overgenomen, terwijl er geen onderzoek werd gedaan. Er was helemaal geen sprake van diefstal, bedrieglijk inzicht, opzet, en er is enkel een boekhoudkundige nalatigheid. Ook wordt er voorgedaan alsof er een herhaling van deze handelingen was, terwijl al deze handelingen op zeer korte periode werden gesteld en niet werden geboekt door de toestand waarin Geert De Caluwé zich bevond door de ziekte van zijn ouders. In zijn motivering haalt de FSMA aan dat het om “een patroon” zou gaan, terwijl er geen sprake is van enig patroon. Er was geen sprake van een kastekort, het geld was wel degelijk voorhanden.

Ook wordt de hoorplicht geschonden aangezien reeds in de schorsingsbeslissing van 22 mei 2017 tot de vaststelling werd gekomen dat Geert De Caluwé niet geschikt zou zijn en niet over de vereiste professionele betrouwbaarheid zou beschikken, terwijl hij niet eens voorafgaandelijk aan deze beslissing werd uitgenodigd om te worden gehoord. In de thans bestreden beslissing tot schrapping wordt deze motivering gewoon overgenomen, zonder verder te motiveren waarom Geert De Caluwé niet over de vereiste professionele betrouwbaarheid als verzekeringstussenpersoon zou beschikken.

Er wordt niet gemotiveerd waarom de vastgestelde nalatige boekingen in het kader van de bankactiviteiten dienen te leiden tot de schrapping als verzekeringstussenpersoon. Dit maakt een schending uit van de zorgvuldigheidsplicht, nu er te dezen geen enkel diepgaand onderzoek werd gevoerd. Tevens is de motiveringsplicht geschonden, nu er geen enkele motivering naar voor wordt gebracht en het niet te begrijpen is waarom de vastgestelde feiten moeten leiden tot het schrappen van de verzoekende partij uit het register van verzekeringstussenpersonen.

Beoordeling

16. Artikel 268, § 1, 2°, van de eerdergenoemde wet van 4 april 2014 bepaalt dat om in het register van de verzekerings- en herverzekeringstussenpersonen te worden ingeschreven en die inschrijving te behouden, de betrokken verzekerings- en herverzekeringstussenpersoon “een voldoende geschiktheid en professionele betrouwbaarheid [moet] bezitten”. Krachtens artikel 269, eerste lid, 1°, van diezelfde wet wordt een verzekeringstussenpersoon met de hoedanigheid van rechtspersoon slechts ingeschreven, en wordt zijn inschrijving slechts gehandhaafd, “op voorwaarde dat de personen die met de effectieve leiding wordt belast, [...] over de noodzakelijke geschiktheid en professionele betrouwbaarheid beschikken om deze functie waar te nemen”. Artikel 260, eerste lid, van de wet van 4 april 2014 vereist dat elke rechtspersoon die ingeschreven is als verzekeringstussenpersoon een verantwoordelijke voor de distributie aanwijst die voldoet aan de in artikel 268 van diezelfde wet bedoelde “vereisten van geschiktheid en professionele betrouwbaarheid”.

De verwerende partij beschikt bij de beoordeling van het vereiste van de voldoende geschiktheid en professionele betrouwbaarheid over een discretionaire beoordelingsbevoegdheid. Het komt aan de Raad van State binnen het raam van zijn wettigheidstoezicht, niet toe om zelf een beoordeling te maken van de voldoende geschiktheid en professionele betrouwbaarheid in de zin van artikel 268, § 1, 2°, van de wet van 4 april 2014. De Raad van State is enkel bevoegd om desgevraagd na te gaan of de bestuurlijke overheid, te dezen de FSMA, is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan binnen de perken van de redelijkheid tot haar besluit is gekomen.

17. Er ligt te dezen zoals hierna wordt uiteengezet, geen schending van het zorgvuldigheids-, het motiverings- of het redelijkheidsbeginsel voor.

Er blijkt immers niet dat de versie van de verzoekende partij over de feiten omtrent het onrechtmatig aanwenden van kasgelden van de principaal voor private doeleinden, verschilt van deze van de nv C. die een bankagentuurovereenkomst met haar agent, dit is de verzoekende partij, had gesloten en deze op 10 februari 2017 heeft beëindigd met onmiddellijke ingang omwille van ernstige tekortkomingen in hoofde van haar zaakvoerder wegens het onrechtmatig aanwenden van kasgelden voor privé-doeleinden, wat de nv C. vervolgens op 13 februari 2017 heeft gemeld aan de FSMA. De feiten worden door de verzoekende partij immers erkend. Bovendien, anders dan de verzoekende partij dat ziet, neemt de FSMA daarbij niet zomaar de kwalificatie over van de feiten door de nv C., die volgens de verzoekende partij spreekt over ‘kastekorten’ en ‘diefstal’. Zo spreekt de FSMA over ‘het onrechtmatig aanwenden van kasgelden’, wat een ruimer begrip is. Dit blijkt onder meer reeds uit de beslissing van 22 mei 2017 houdende de schorsing van de inschrijving van de verzoekende partij waarin kan worden gelezen - en wat wordt herhaald in de bestreden schrappingsbeslissing - dat “[d]e feiten op zich, meer bepaald het onrechtmatig aanwenden van kasgelden van de principaal voor privé-doeleinden, door de heer Geert De Caluwé niet [worden] betwist.”.

In de genoemde schorsingsbeslissing worden de argumenten van verweer van de verzoekende partij, waaronder het argument dat het om nalatigheden gaat als gevolg van de ziekte van de ouders van Geert De Caluwé, door de verwerende partij onderzocht en als volgt beantwoord: “De FSMA is van mening dat het zich onrechtmatig toeëigenen van gelden om welke reden dan ook, en ook al is dit tijdelijk, handelingen zijn die ontoelaatbaar zijn en geenszins verenigbaar zijn met de onberispelijke beroepsethiek die van een financieel tussenpersoon mag worden verwacht.”. De FSMA oordeelt dat de feiten strafrechtelijk zouden kunnen worden gekwalificeerd als diefstal, zonder daarover uitsluitel te geven. Zij betreft deze feiten enkel op de beoordeling omtrent de professionele betrouwbaarheid van Geert De Caluwé, waartoe de verwerende partij als toezichtsorgaan wettelijk verplicht is. De FSMA oordeelt dat “[d]ergelijke handelingen getuigen van een manifest gebrek aan normbesef,

wat de vereiste geschiktheid aantast om te kunnen fungeren als financieel tussenpersoon. De gestelde handelingen, die trouwens strafrechtelijk zouden kunnen worden gekwalificeerd als diefstal, ondermijnen ook fundamenteel het vertrouwen dat de FSMA en ook het publiek zou moeten kunnen hebben in actoren binnen de financiële sector, waardoor ook de professionele betrouwbaarheid van de heer Geert De Caluwé onmiskenbaar in het gedrang komt. Dit is des te meer het geval door het patroon van herhaling van de laakbare feiten: de brieven van [nv C.] van 10 februari 2017 en 17 februari 2017 handelen over het herhaaldelijk onrechtmatig aanwenden van kasgelden van de principaal voor privé-doeleinden voor diverse bedragen, nl. van 3.500 euro, 8.500 euro en 2.503,67 euro. De feiten, die op zich ernstig zijn, vormen naar het oordeel van de FSMA daarenboven ook een risico voor de bescherming van het publiek.”.

In het thans bestreden schrappingsbesluit kan voorts nog worden gelezen, in reactie op de ontvangen schriftelijke reacties en de hoorzitting die heeft plaats gevonden op 5 juli 2017, dat de FSMA oordeelt dat de feiten, anders dan de verzoekende partij dat ziet, niet louter als vergetelheden kunnen worden afgedaan gezien het patroon van herhaling wat het onrechtmatig aanwenden van kasgelden van de principaal voor privédoeleinden betreft. Het gaat immers om diverse bedragen, namelijk van 3.500 euro, 8.500 euro en 2.503,67 euro. De FSMA voegt er nog aan toe dat het feit dat tegen de verzoekende partij geen klachten bij de Ombudsdienst Verzekeringen werden ingediend en het kantoor tijdens de periode van schorsing geen daden van verzekeringsbemiddeling meer heeft gesteld, geen invloed heeft op de feiten en de beoordeling ervan.

De verzoekende partij vermag die door de verwerende partij gemaakte beoordeling te betwisten doch zij slaagt er niet in aan te tonen of aannemelijk te maken dat de FSMA door aldus te oordelen de grenzen van de redelijkheid te buiten is gegaan. De verzoekende partij geeft weliswaar blijk van een andere feitelijke beoordeling van de zaak dan de verwerende partij doch dat volstaat niet om te besluiten dat de verwerende partij bij de beoordeling van de

feiten, tot een conclusie is gekomen die de grenzen van de redelijkheid te buiten gaan.

Het eerste middel is in de aangegeven mate ongegrond.

18. De verzoekende partij roept in haar eerste middel eveneens de “schending van de hoorplicht” in.

De hoorplicht houdt in dat in beginsel tegen niemand een ernstige maatregel kan worden genomen die van aard is om zijn belangen ernstig aan te tasten, zonder dat hem vooraf de gelegenheid wordt geboden om zijn standpunt op een nuttige wijze te doen kennen. In een dergelijk geval moet de betrokkene de gelegenheid krijgen zich uit te spreken, niet alleen over het bestaan en de ernst van de feiten die aan de basis liggen van de voorgenomen maatregel, maar ook over de noodzaak om die maatregel te nemen. Dit impliceert dat de betrokkene vooraf kan weten welke maatregel tegen hem wordt overwogen en welke feiten en grieven tegen hem worden ingebracht. Daarenboven moet aan de betrokkene een redelijke termijn worden verleend om zijn verweer voor te bereiden.

19. Te dezen blijkt uit het administratief dossier dat de FSMA bij brief van 14 februari 2017, de verzoekende partij heeft gevraagd, na beëindiging met onmiddellijke ingang van de bankagentuurovereenkomst door nv C. (zie hoger punt 17), om haar schriftelijk standpunt mee te delen omtrent het gebrek aan een principaal en bij gebrek waaraan door het directiecomité van de FSMA zal worden voorgesteld de verzoekende partij uit het register van de tussenpersonen in bank- en beleggingsdiensten te schrappen. Bij brief van 24 februari 2017 drukt de verzoekende partij de wens uit om deze inschrijving te behouden. Bij brief van 19 april 2017 stelt de FSMA dat de inschrijving als agent maar kan worden behouden indien de verzoekende partij binnen een termijn van 15 dagen het bewijs voorlegt dat de verzoekende partij een schriftelijke overeenkomst met een nieuwe principaal heeft afgesloten (art. 10, § 1, van de wet

van 22 maart 2006 ‘betreffende de bemiddeling in bank- en beleggingsdiensten en de distributie van financiële instrumenten’). Daarnaast vraagt de FSMA in datzelfde schrijven met verwijzing naar de relevante wetsbepalingen om binnen een termijn van 15 dagen bijkomende gegevens aangaande de beweerde tekortkomingen (zijnde het door de nv C. gemelde ernstig kastekort) over te maken om de geschiktheid en professionele betrouwbaarheid in de zin van artikel 268, § 1, 2°, van de wet van 4 april 2014 te onderzoeken met het oog op het (al dan niet) kunnen behouden van de inschrijving van de verzoekende partij in het register van verzekeringstussenpersonen als verzekeringsmakelaar. Bij brief van 3 mei 2017 laat de raadsman van de verzoekende partij weten dat de feiten die tot de breuk met de nv C. hebben geleid, “geen ernstige tekortkoming uitmaken welke een eenzijdige verbreking met onmiddellijke ingang rechtvaardigden”. De raadsman doet gelden dat “de vastgestelde feiten/onzorgvuldigheden dateren van in de periode dat de vader van de zaakvoerder van cliënte op sterven lag en dat de moeder van de zaakvoerder van cliënte opgenomen was in het ziekenhuis, en dan ook in die omstandigheden [dienen] te worden gekaderd” en dat deze feiten alleszins niet de geschiktheid en professionele bekwaamheid van de verzoekende partij in het gedrang kunnen brengen wat haar activiteiten als verzekeringsmakelaar betreft. Op 22 mei 2017 wordt aan het directiecomité van de FSMA voorgesteld om de inschrijving van de verzoekende partij als verzekeringsmakelaar te schorsen. Met een schrijven van 22 mei 2017, verzonden op 23 mei 2017, wordt de verzoekende partij ervan in kennis gesteld dat het directiecomité van de FSMA diezelfde dag zijn goedkeuring aan dit voorstel heeft verleend. Bij datzelfde schrijven wordt zij er op gewezen dat indien binnen een termijn van 30 dagen de vastgestelde tekortkomingen niet werden verholpen, het directiecomité zich zal uitspreken over de schrapping van de inschrijving in toepassing van artikel 292, § 1, 3°, van de wet van 4 april 2014. Bij e-mail van 14 juni 2017 betwist de raadsman van de verzoekende partij dat deze niet zou beschikken over de vereiste geschiktheid en professionele vaardigheid om als verzekeringstussenpersoon te fungeren. Er wordt voorgesteld dat de verzoekende partij “om binnen een termijn van 30 dagen aan de vastgestelde tekortkomingen te verhelpen, [...] zich [zal] laten

bijstaan door [M.D.M.], een voormalig collega [van de verzoekende partij] met jarenlange ervaring in de sector, welke bereid is mede het beheer [van de verzoekende partij] waar te nemen.”. Daarbij wordt aangegeven dat de concrete samenwerkingsvorm nog verder moet worden uitgewerkt. Bij brief van 22 juni 2017 stelt de verwerende partij in reactie op de voornoemde brief van 14 juni 2017 dat M.D.M. de functies van verantwoordelijke voor de distributie en effectief leider zal moeten opnemen ter vervanging van Geert De Caluwé, die niet langer deze functies kan en mag waarnemen. Voorts geeft de FSMA te kennen dat zij nog niet over alle documenten (welke zij ook concreet benoemt), beschikt om te beoordelen of M.D.M. voldoet aan alle daartoe vereiste wettelijke inschrijvingsvoorwaarden om die functies op te nemen. Tot slot wordt de verzoekende partij uitgenodigd om haar schriftelijke reacties mondeling toe te lichten. tevens wordt het administratief dossier overgemaakt. Tijdens de hoorzitting die heeft plaats gevonden op 5 juli 2017 werd de verzoekende partij vertegenwoordigd door haar zaakvoerder, Geert De Caluwé, en bijgestaan door haar raadsman. Er worden bijkomende documenten overgemaakt.

Te dezen blijkt uit het geschetste procedureverloop dat de verzoekende partij over een redelijke termijn kon beschikken om haar standpunt voor te bereiden en ook heeft benut om standpunt in te nemen, zonder dat zij inzichtelijk maakt welke elementen zij nog in haar voordeel had kunnen aanbrengen om de verwerende partij alsnog te overtuigen om een andere beslissing te nemen.

Er is geen schending van de hoorplicht.

20. Het eerste middel is in zijn geheel ongegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

21. De verzoekende partij roept in een tweede middel de schending in van de zorgvuldigheidsplicht, de motiveringsplicht, het redelijkheidsbeginsel en, “van de rechten van verdediging”. Zij zet uiteen dat uit de bestreden beslissing blijkt dat de verzoekende partij niets zou hebben gedaan om binnen de termijn van 30 dagen een oplossing te zoeken, terwijl wel degelijk M.D.M. voor de functies van verantwoordelijke voor de distributie en effectief leider naar voor werd geschoven om Geert De Caluwé te vervangen. Tijdens de hoorzitting van 5 juli 2017 werd er door de FSMA uitdrukkelijk op gewezen dat de effectieve leiding moest worden waargenomen door M.D.M.. De verzoekende partij doet gelden dat de FSMA uit een schrijven van de raadsman van de verzoekende partij vermocht af te leiden dat M.D.M. niet langer zou worden aangesteld in de functie van effectieve leider, zonder daar verder onderzoek naar te doen of de vraag expliciet te stellen, of zonder verzoekende partij een bijkomende termijn te geven om hierop te antwoorden. Zij oordeelt dat dit een schending uitmaakt “van de rechten van verdediging en van de zorgvuldigheidsplicht”. Door de raadsman van de verzoekende partij werd enkel gevraagd dat een bijkomende termijn zou verleend worden indien de FSMA van oordeel zou zijn dat M.D.M. niet geschikt zou worden bevonden door de FSMA als effectief leider en verantwoordelijke voor de distributie niettegenstaande het feit dat de betrokkene de nodige diploma's heeft en de nodige ervaring. Door de FSMA wordt gesteld dat de situatie op datum van 25 juli 2017 niet anders is dan deze op 22 mei 2017, terwijl de verzoekende partij net alles in het werk heeft gesteld om de effectieve leiding over te laten aan iemand anders, én een verantwoordelijke voor de distributie aan te stellen. Deze motivering strookt niet met de werkelijkheid.

Er is een kennelijke wanverhouding tussen de motieven en de opgelegde maatregel. Het determinerend motief voor de bestreden beslissing is het persoonlijk gedrag van Geert De Caluwé, én het zagezegd niet remediëren

binnen een termijn van 30 dagen, terwijl er wel degelijk een oplossing naar voor werd gebracht, met name de voorgestelde aanstelling van M.D.M., wat de verwerende partij niet heeft belet om de meest ernstige maatregel te nemen, namelijk de schrapping uit het register van de verzekeringstussenpersonen, terwijl de FSMA heel eenvoudig een bijkomende termijn had kunnen verlenen, zonder de belangen van de consument te schaden, gelet op de reeds opgelegde schorsing. De verzoekende partij meent dat hiermee het redelijkheidsbeginsel is geschonden.

Beoordeling

22. Het onderzoek door de FSMA of een persoon met het oog op zijn inschrijving in het register van verzekeringstussenpersonen voldoet aan de door de wet vastgelegde inschrijvingsvoorwaarde, betreft een bestuurlijke maatregel van toezicht ten einde na te gaan of de inschrijvingsvoorwaarden zijn vervuld en blijvend worden vervuld. De door de wet van 4 april 2014 gereguleerde verzekeringsactiviteit maakt immers het voorwerp uit van een principieel verbod en kan slechts worden uitgeoefend na het voorafgaand bekomen van een inschrijving, te dezen, in het register voor verzekeringstussenpersonen, in de categorie van verzekeringsmakelaar. Het is diegene die niet of - ingevolge het opleggen door de FSMA binnen het kader van het uit te oefenen toezicht van de bestuurlijke maatregelen tot herstel van schorsing of schrapping van de inschrijving - niet langer over een (uitvoerbare) inschrijving beschikt, verboden alsnog de gereguleerde werkzaamheid uit te oefenen (*cfr.* artikel 292, §1, van Deel VII. “Organisatie van het Toezicht”, Titel II. “Toezicht”, hoofdstuk 2. “Herstelmaatregelen” van de wet van 4 april 2014).

Bij overtreding van dat verbod, stelt de betrokkene zich bloot, onverminderd de eventuele strafrechtelijke sancties, aan de in de wet van 4 april 2014 bedoelde administratieve sancties. De door de FSMA opgelegde administratieve geldboeten kunnen oplopen tot 2.500.000 euro per inbreuk

(*cfr.* artikel 299 en 300 van Titel III. “Administratieve sancties” van Deel VII van de wet van 4 april 2014).

23. Het recht van verdediging is in beginsel enkel van toepassing in straf- en tuchtzaken. Het onderzoek door de FSMA of een persoon met het oog op zijn inschrijving in het register van verzekeringstussenpersonen voldoet aan de door de wet vastgelegde inschrijvingsvoorwaarde en of die daaraan vervolgens ook blijft voldoen, betreft geen tucht- of strafzaak doch een door de wet van 4 april 2014 ingevoerde (bestuurlijke) herstelmaatregel in het kader van het door de FSMA uit te oefenen toezicht ten einde na te gaan of de inschrijvingsvoorwaarden zijn vervuld en blijvend worden vervuld. De bestreden schrapping betreft bijgevolg geen straf- of tuchtzaak, en geen wettelijke of reglementaire bepaling breidt het recht van verdediging uit tot beslissingen betreffende een schrapping in het register van de verzekeringstussenpersonen.

In zoverre de rechten van verdediging worden ingeroepen, is het middel niet-ontvankelijk.

24. De eerdergenoemde schorsingsbeslissing van de inschrijving in het register van de verzekeringstussenpersonen van 22 mei 2017 (*cfr.* punt 19) legt een termijn van 30 dagen op om aan de vastgestelde tekortkomingen te verhelpen. Daarin wordt gesteld dat indien na de toegekende termijn de vastgestelde tekortkomingen niet werden verholpen, het directiecomité zich zal uitspreken over de schrapping van de inschrijving van de verzoekende partij in toepassing van artikel 292, § 1, derde lid, van de wet van 4 april 2014. Uit punt 19 is gebleken dat de raadsman van de verzoekende partij bij brief van 14 juni 2017 aan de FSMA meedeelt dat de verzoekende partij om te voldoen aan de vraag om binnen een termijn van 30 dagen aan de vastgestelde tekortkomingen te verhelpen, zich laten bijstaan door M.D.M., met jarenlange ervaring in de sector, “welke bereid is mede het beheer waar te nemen”. Daarop heeft de FSMA reeds bij brief van 22 juni 2017 geantwoord dat “[v]oor zover als nodig”, er de aandacht op wordt gevestigd dat M.D.M. “de functies van verantwoordelijke voor de distributie en effectief leider zal moeten opnemen ter vervanging van Geert De

‡DAKSKFGCB-BDFDCDV‡

Caluwé, die niet langer deze functies kan en mag waarnemen”. Tevens verzoekt de FSMA de door haar opgesomde documenten en bewijsstukken voor te leggen opdat zou kunnen worden nagegaan of M.D.M., die wordt voorgesteld ter vervanging van Geert De Caluwé als effectief leider en verantwoordelijke voor de distributie, voldoet aan alle wettelijke inschrijvingsvoorwaarden. Op de daaropvolgende hoorzitting van 5 juli 2017 wordt aan de verzoekende partij tot 10 juli 2017 om 12u00 de tijd gegeven om bijkomende stukken over te maken. Op de hoorzitting zelf deelt de verzoekende partij mee dat “[h]et nodige wordt gedaan om [M.D.M.] te laten benoemen tot zaakvoerder van Kantoor Geert De Caluwé BVBA, ter vervanging van de heer Geert De Caluwé.” De verwerende partij benadrukt op de hoorzitting “dat de invulling van de functies van effectief leider van een verzekeringstussenpersoon-rechtspersoon en van verantwoordelijke voor de distributie (“VVD”) effectief en daadwerkelijk moet zijn en de inhoud van deze functies moet overeenstemmen met de werkelijkheid. Het volstaat niet om op papier aan de inschrijvingsvoorwaarden te voldoen.” Uit de stukken van het administratief dossier blijkt nog dat op dezelfde dag, aansluitend aan de hoorzitting, een vergadering plaats vindt in de kantoren van de FSMA met M.D.M., in aanwezigheid van de verzoekende partij, vertegenwoordigd door haar zaakvoerder en bijgestaan door haar raadsman. Uit het verslag van die vergadering dat samen met de notulen van de hoorzitting, aan de verzoekende partij op 6 juli 2017 is overgemaakt, blijkt dat M.D.M. die met rust is gesteld, (onder meer) te kennen gaf dat hij in het kantoor op onregelmatige tijdstippen (niet vooraf bepaald) bepaalde administratieve ondersteuning zal geven en dat hij de meeste verantwoordelijkheid aan Geert De Caluwé zal overlaten zoals het nemen van beslissingen en dat hij op de achtergrond blijft, mede omwille van het feit dat hij de klanten niet kent. Tot slot, op de vooropgestelde datum van 10 juli 2017 vraagt de raadsman van de verzoekende partij schriftelijk om “[t]eneinde alsnog tot een constructieve oplossing te komen welke tevens aan de vereisten van het FSMA voldoet, [...] dat haar nog een bijkomende termijn wordt verleend tot 15 september 2017 om de tekortkomingen te verhelpen en dat in de tussentijd een afgezwakte vorm van de schorsing van de verzekeringsbemiddeling van cliënte zou gleden in toepassing van artikel 292 § 2,

van de wet van 4 april 2014. [...] Lopende deze bijkomende periode zal cliënte het nodige doen om een derde te doen aanstellen als zaakvoerder, welke de toezichthoudende functies van effectief leider en verantwoordelijke voor de distributie effectief en daadwerkelijk op zich kan nemen en hiertoe de nodige garanties biedt door over de vereiste attesten/opleidingen te beschikken.”. In dat schrijven wordt op geen enkele wijze nog gewag gemaakt van M.D.M..

Met de bestreden schrapping heeft de FSMA beslist om geen bijkomend uitstel te verlenen, maar tot schrapping van de inschrijving van de verzoekende vennootschap over te gaan. Daarbij gaat de verwerende partij ervan uit dat de piste van vervanging door M.D.M. werd verlaten:

“Wat betreft de vervanging van Geert De Caluwé in de functies van effectief leider en verantwoordelijke voor de distributie van Kantoor Geert De Caluwé BVBA kan de FSMA op basis van de laatste brief van de raadsman van 10 juli 2017 op heden niet anders dan vaststellen dat de idee werd verlaten om [M.D.M.] aan te stellen in deze functies.

Op vandaag ligt er geen concreet voorstel op tafel of beter gezegd: er is geen kandidaat die deze functies binnen Kantoor Geert De Caluwé BVBA zou kunnen innemen. Deze persoon moet trouwens ook aan alle wettelijke inschrijvingsvoorwaarden voldoen. Op heden kan dit niet worden geverifieerd.

In deze is de situatie zoals zij thans voorligt dus niet verschillend aan de situatie op 22 mei 2017.

De FSMA ziet dan ook geen enkele reden om te kunnen ingaan op het verzoek van Kantoor Geert De Caluwé BVBA om haar een bijkomende termijn tot 15 september 2017 toe te staan om aan de tekortkomingen te verhelpen en gedurende die termijn een schorsing in een afgezwakte vorm te doen gelden, die haar zou toelaten toch bepaalde activiteiten van verzekeringsbemiddeling te stellen.

In dit verband wordt er aan herinnerd dat de schorsing van de inschrijving van Kantoor Geert De Caluwé BVBA waartoe het directiecomité van de FSMA op 22 mei 2017 heeft beslist de gehele activiteit van verzekeringsbemiddeling besloeg en precies was ingegeven door het feit dat de sleutelposities van verantwoordelijke voor de distributie en effectieve leiding binnen Kantoor Geert De Caluwé BVBA werden uitgeoefend door een persoon die niet als geschikt en professioneel betrouwbaar kwalificeert. Naar het oordeel van de FSMA houdt deze situatie risico's in op het vlak van de bescherming van het publiek en het vertrouwen dat het publiek zou moeten kunnen hebben in actoren in de financiële sector.”

25. Anders dan de verzoekende partij dat ziet, blijkt uit de uitgebreide communicatie tussen partijen zoals die hiervoor is weergegeven, dat

‡DAKSKFGCB-BDFDCDV‡

M.D.M. de functies van Geert De Caluwé zou overnemen. Aan de verzoekende partij werd op de hoorzitting nog een kort uitstel verleend om alle nodige stukken over te maken die bevestigen dat M.D.M. de functies van effectief leider van een verzekeringstussenpersoon-rechtspersoon en van verantwoordelijke voor de distributie uitoefent. Uit de brief van 10 juli 2017 waarbij plots een bijkomend uitstel van meer dan twee maanden wordt gevraagd om het nodige te doen om een derde te doen aanstellen als zaakvoerder, kan de verwerende partij op wettige wijze afleiden dat de piste van M.D.M. is verlaten.

De FSMA kan niet een gebrek aan zorgvuldigheid of overhaastheid worden verweten, noch dat zij de verzoekende partij zou hebben verhinderd uitgebreid verweer te voeren, wel integendeel. Zij heeft immers uitgebreid gecommuniceerd met de verzoekende partij, zowel mondeling als schriftelijk. Zij heeft tevens uitstel verleend. Door plots nog een bijkomend uitstel van meer dan twee maanden te vragen en geen melding meer te maken van M.D.M., maar nog slechts te gewagen van “een derde”, heeft de verzoekende partij geen duidelijkheid gegeven waardoor het FSMA met inachtneming van het redelijkheid vermocht te oordelen dat de vastgestelde tekortkomingen niet waren verholpen binnen de vooropgestelde termijn.

26. Wat de ingeroepen schending van het redelijkheidsbeginsel betreft doordat tot schrapping is beslist, gaat de verzoekende partij eraan voorbij dat, anders dan het geval is bij de beoordeling van het vereiste van voldoende geschiktheid en professionele betrouwbaarheid, de FSMA geen keuze heeft wat de op te leggen herstelmaatregel betreft. Artikel 292, § 1, derde lid, van de wet van 4 april 2014 bepaalt dat indien de FSMA na afloop van de door haar overeenkomstig het eerste lid van diezelfde bepaling opgelegde termijn, vaststelt dat de tekortkomingen niet zijn verholpen, zij de inschrijving van de betrokken verzekeringstussenpersoon schrapt. In de parlementaire voorbereiding van daarover worden gelezen: “[o]p grond van paragrafen 1 en 2 is de schrapping het automatische gevolg, zonder appreciatiebevoegdheid van de FSMA, van het niet verhelpen van de tekortkomingen binnen de hersteltermijn opgelegd door de

FSMA. Deze tekortkomingen die worden bedoeld, zijn tekortkomingen aan de inschrijvingsvoorwaarden. Als één of meerdere inschrijvingsvoorwaarden niet meer vervuld zijn naar het oordeel van de FSMA, is het logisch dat een automatische schrapping daar het gevolg van is. De regeling van de huidige wet is op dit punt niet gewijzigd.” (*Parl. St. Kamer*, 2013-2014, nr. 3361/1, 61-62).

Aangezien de verzoekende partij ervan uitgaat dat er een wanverhouding is tussen de feiten en de opgelegde maatregel, faalt haar middel naar recht. Zoals hiervoor is gebleken, kon de FSMA de feiten voor bewezen houden, had zij deugdelijke redenen om een maatregel te treffen en kon zij redelijkerwijze oordelen dat aan de tekortkomingen niet verholpen was, zodat een schrapping zich opdring. Te dezen kan slechts worden vastgesteld dat het probleem van de evenredigheid niet rijst.

Het tweede middel is ongegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partijen worden, ieder voor de helft, verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 800 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van dertig oktober tweeduizend achttien, door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

Geert Debersaques,	kamervoorzitter,
Carlo Adams,	staatsraad,
Kaat Leus,	staatsraad,
bijgestaan door	
Johan Pas,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Johan Pas

Geert Debersaques