

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 133.216 van 28 juni 2004
in de zaak A. 138.930/IX-3840.**

In zake : de NV Fortunae Pater Familias,
 die woonplaats kiest bij
 advocaat B. MARTENS,
 kantoor houdende te BRUSSEL,
 Louizalaan 106

tegen :

de Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen,
die woonplaats kiest bij
advocaten X. LEURQUIN en P. DE MAEYER,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Tedescolaan 7.

DE RAAD VAN STATE, IXe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Fortunae Pater Familias op 9 juli 2003 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van het besluit van 3 juni 2003 van het directiecomité van de Commissie voor het Bank- en Financiewezen “waarbij de vergunning van vennootschap van vermogensbeheer van de nv Fortunae Pater Familias wordt herroepen, zoals gewijzigd bij brief dd. 11 juni 2003 van de Voorzitter van de Commissie van Bank- en Financiewezen met betrekking tot de beroepsmogelijkheden (...)”, en van “het besluit dd. 24 juni 2003 van de Commissie van Bank- en Financiewezen houdende het niet-toekennen van het verzoek tot intrekking van de beslissing van 3 juni 2003 (...)”;

Gelet op het arrest nr. 125.354 van 17 november 2003 waarbij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen wordt verworpen;

Gezien het verzoek tot voortzetting van de rechtspleging ingediend op 26 december 2003 door de verzoekende partij;

Gezien de memorie van antwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door eerste auditeur-afdelingshoofd P. DE WOLF, overeenkomstig artikel 3, § 3, van het koninklijk besluit van 15 mei 2003;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 19 maart 2004 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 19 april 2004;

Gehoord het verslag van staatsraad L. HELLIN;

Gehoord de opmerkingen van advocaat M. SCHURMANS, die loco advocaat B. MARTENS verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat P. DE MAEYER, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur-afdelingshoofd P. DE WOLF;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. Over de gegevens van de zaak.

Overwegende dat de gegevens van de zaak als volgt kunnen worden samengevat :

1.1. Verzoekster, de NV Fortunae Pater Familias, is een beleggingsonderneming in de zin van de wet van 6 april 1995 inzake het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen, de bemiddelaars en de beleggingsadviseurs (hierna : de wet van 6 april 1995), die vergund werd op 19 augustus 1998.

1.2. Met een brief van 28 maart 2002 meldt de Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen, toentertijd genoemd de Commissie voor het Bank- en Financiewezen (hierna : CBF), aan verzoekster dat zij beslist heeft om “overeenkomstig artikel 104 van de wet van 6 april 1995 (...) een hersteltermijn toe te kennen die verstrijkt op maandag 15 april 2002” waarbinnen de vennootschap een aantal herstelmaatregelen moet hebben genomen.

1.3. In haar brief van 30 april 2002 verleent de CBF aan verzoekster een bijkomende termijn die verstrijkt op vrijdag 31 mei 2002 waarbinnen de vennootschap de volgende maatregelen moet hebben genomen :

- “- zij moet aantonen dat zij overeenkomstig artikel 67 van de wet van 6 april 1995 beschikt over geschikte aandeelhouders die het gezond en voorzichtig beleid van de onderneming niet in het gedrang brengen;
- de effectieve leiding van de vennootschap moet overeenkomstig artikel 60 van de wet van 6 april 1995 toevertrouwd worden aan ten minste twee natuurlijke personen die over de gepaste professionele betrouwbaarheid en passende ervaring beschikken. Dit meervoudige orgaan dient de continuïteit inzake de leiding van de vennootschap te kunnen verzekeren;
- de vennootschap dient overeenkomstig artikel 62 van de wet van 6 april 1995 te beschikken over de passende boekhoudkundige en administratieve organisatie;
- de vennootschap dient haar financieel plan voor de komende drie jaar te onderbouwen met gegevens die de haalbaarheid ervan geloofwaardig maken. Uit dit financieel plan dient bovendien te blijken dat de vennootschap over voldoende middelen zal beschikken om haar organisatie op professionele wijze uit te bouwen”.

1.4. Op 29 april 2002 worden 700 van de 1050 aandelen van de NV Fortunae Pater Familias overgedragen aan Jacques VERHELST, wiens echtgenote zelf reeds de 350 overige aandelen bezit.

1.5. In haar brief van 10 juni 2002 aan verzoekster geeft de CBF nog een bijkomende termijn die verstrijkt op 19 juli 2002 waarbinnen de vennootschap de volgende maatregelen moet hebben genomen :

“(…)

- zij moet kandidaten voordragen voor de functie van afgevaardigd bestuurder van de vennootschap teneinde de effectieve leiding aan ten minste twee natuurlijke personen te kunnen toevertrouwen”.

1.6. In een daaropvolgende brief aan verzoekster van 2 augustus 2002 geeft de CBF opnieuw een bijkomende termijn die verstrijkt op 30 september 2002 waarbinnen de vennootschap kandidaten dient voor te dragen voor de functie van afgevaardigd bestuurder teneinde de effectieve leiding aan ten minste twee natuurlijke personen te kunnen toevertrouwen.

1.7. Op 17 september 2002 herinnert de CBF verzoekster aan haar verplichtingen.

1.8. Volgt dan op 8 oktober 2002 opnieuw een schrijven vanwege de CBF die aan verzoekster nogmaals een bijkomende termijn toekent die verstrijkt op 11 oktober 2002.

1.9. Op 22 oktober 2002 schrijft de CBF aan verzoekster dat zij heeft beslist om de vergunning te herroepen met toepassing van artikel 104, § 1, 4°, van de wet van 6 april 1995 en een speciaal commissaris aan te stellen “teneinde erover te waken dat de verbintenissen ten aanzien van de cliënteel en de correspondenten worden beëindigd”.

1.10. Tegen die beslissing heeft verzoekster beroep aangetekend bij de minister van Financiën.

1.11. De minister van Financiën verklaart op 9 december 2002 het beroep ontvankelijk doch ongegrond.

1.12. Bij arrest nr. 114.128 van 23 december 2002 beveelt de Raad van State bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging van die beslissing van de minister van Financiën van 9 december 2002.

Dat arrest overweegt onder meer het volgende :

“(…) dat de verwerende partij in de motieven van haar beslissing ervan uitgaat dat de maatregelen bedoeld in artikel 104, § 1, 1°, 2° en 3°, van de wet van 6 april 1995, een tweehoofdige leiding overeenkomstig artikel 60 van de wet van 6 april 1995 veronderstellen zodat, bij afwezigheid van een tweehoofdige leiding, alleen de maatregel bedoeld in artikel 104, § 1, 4° kan worden genomen en zij te dezen aldus niets anders kon doen dan de vergunning geheel of ten dele te herroepen; dat die zienswijze op het eerste gezicht artikel 104, § 1, van de wet van 6 april 1995 miskent; dat immers artikel 104, § 1, van de wet van 6 april 1995 de overige maatregelen vervat in 1°, 2° en 3° van voornoemd artikel 104, § 1, niet uitsluit in het geval van een inbreuk op artikel 60 van de wet van 6 april 1995 en dat op het eerste gezicht ook niet wordt ingezien waarom die maatregelen in dat specifieke geval niet zouden kunnen worden opgelegd; dat de motivering van de bestreden beslissing in dat opzicht gebrekkig lijkt en dat dit de rechtsgeldigheid van de beslissing aantast; dat het tweede onderdeel van het eerste middel in die mate ernstig is”.

1.13. In het kader van het prudentieel toezicht verricht de CBF op 29 januari 2003 een plaatsbezoek op de operationele zetel van verzoekster.

Er wordt bij die gelegenheid vastgesteld dat de administratieve en boekhoudkundige organisatie van verzoekster een aantal gebreken vertoont en dat haar activiteiten beperkt zijn.

1.14. Tijdens een onderhoud op 6 maart 2003 worden de vastgestelde problemen besproken.

1.15. In een brief van 10 maart 2003 vraagt de CBF aan verzoekster om zo spoedig mogelijk duidelijkheid te scheppen over de kandidaturen van gedelegeerd

bestuurder, om de periodieke staten van 30 september en 31 december 2002 en informatie over de actuele toestand van het eigen vermogen te bezorgen, om het concrete bedrag van een achtergestelde lening, de overeenkomst en het stortingsbewijs te bezorgen, om schriftelijke informatie over de geplande wijziging van de kapitaalstructuur mee te delen en de CBF op de hoogte te houden van de geplande kapitaalverhoging, om de definitieve beslissing over een nieuwe maatschappelijke zetel mee te delen en om de maatregelen te doen kennen die genomen zullen worden ter uitvoering van de circulaire inzake de interne controle, de interne auditfunctie en de compliancefunctie van beleggingsondernemingen.

1.16. Met een brief van 26 maart 2003 brengt de CBF verzoekster ter kennis dat het directiecomité van de CBF op 24 maart 2003 vastgesteld heeft dat verzoekster in gebreke blijft om de maatregelen te nemen die gevraagd werden tijdens voornoemd onderhoud van 6 maart 2003 en in de brief van 10 maart 2003.

De CBF deelt ook mee dat vastgesteld is dat, volgens de voorlopige balanscijfers van 31 december 2002, het eigen vermogen van verzoekster sedert 31 december 2002 een tekort vertoont ten opzichte van het wettelijk vereiste minimum aan eigen vermogen. De CBF vraagt tegen uiterlijk 1 april 2003 om haar de periodieke rapportering van 30 september en 31 december 2002 en een correcte actuele berekening van het eigen vermogen te bezorgen en tevens het tekort aan eigen vermogen aan te zuiveren.

1.17. Bij brief van 31 maart 2003 aan de CBF wordt een van de kandidaturen als bestuurder van verzoekster ingetrokken.

1.18. Op 8 april 2003 vindt opnieuw een onderhoud plaats tussen verzoekster en de CBF. Er wordt tijdens dit onderhoud vastgesteld dat de gevraagde maatregelen niet werden genomen.

Verzoekster vraagt dan uitstel tot 30 juni 2003.

1.19. De CBF beslist op 29 april 2003 om aan verzoekster een laatste hersteltermijn toe te kennen. Die beslissing wordt met een brief van de voorzitter van de CBF aan verzoekster als volgt verwoord :

“Wij verwijzen naar ons schrijven d.d. 26 maart 2003 waarin het Directiecomité van de Commissie voor het Bank- en Financiewezen de vennootschap Fortunae Pater Familias (hierna FPF) heeft gevraagd om tegen uiterlijk 1 april 2003 de periodieke rapportering van 30/09/02 en 31/12/02 en een correcte actuele berekening van de eigen-vermogenstoestand te bezorgen alsmede het (op basis van de voorlopige balanscijfers van 31/12/02 vastgestelde) eigen-vermogenstekort aan te zuiveren teneinde te voldoen aan het wettelijk minimumvereiste.

Op 29 april 2003 heeft het Directiecomité van de CBF akte genomen van het in gebreke blijven van FPF om bovengenoemde maatregelen te nemen en dit ondanks de herhaalde verzoeken van de CBF per schrijven van 10 maart en 26 maart 2003. Het Directiecomité heeft eveneens kennis genomen van het verslag van het onderhoud (d.d. 8 april 2003) van de diensten van de CBF met u en de heer F. Bostoen over de ernstige problemen waarmee FPF kampt. De diensten van de CBF hebben uw mondeling (voetnoot: ‘Verzoek tot uitstel gevraagd tijdens het onderhoud d.d. 08/04/03’) verzoek tot uitstel tot 30 juni 2003 aan het Directiecomité overgemaakt. Het Directiecomité heeft vastgesteld dat u en de heer Bostoen geen opmerkingen of aanvullingen hebben overgemaakt aangaande het verslag van dit onderhoud (zoals bezorgd met een begeleidende brief d.d. 11 april 2003).

Het Directiecomité heeft vastgesteld dat FPF met ernstige leemten in haar administratieve en boekhoudkundige organisatie en interne controle kampt. Wat betreft de organisatie, slaagt FPF er na de openbare verkoop (tijdens de zomer van 2002) van het pand waarin de zetel van FPF gevestigd was, niet in een definitieve locatie te vinden. Tijdens een plaatsbezoek (voetnoot: ‘29/01/2003’) van de diensten van de CBF is vastgesteld dat er op de huidige voorlopige locatie te Drongen (namelijk in de toonzalen van villabouw Bostoen) een zeer rudimentaire infrastructuur beschikbaar is (in casu een bureau met een telefoonlijn, doch geen PC en geen fax (voetnoot : ‘Wel fax op het privé-adres van de heer Verhelst te Knokke’)). Ingevolge een overstroming (eind december 2002) op voornoemde locatie, beschikt FPF heden niet over een actuele en volledige boekhouding. FPF is er na 4 maanden nog steeds niet in geslaagd dit probleem op te lossen.

Tevens heeft FPF, ondanks herhaaldelijke verzoeken (voetnoot: ‘Plaatsbezoek d.d. 29/01/03, onderhoud d.d. 06/03/03, brieven d.d. 10/03/03 en 26/03/03, onderhoud 08/04/03’) van de CBF, tot op heden nog steeds niet de periodieke rapportering van 30/09/02 en 31/12/02 bezorgd aan de CBF. FPF slaagt er niet in haar beleggingsportefeuille correct te waarderen.

Uit de voorgaande vaststellingen aangevuld met het gebrek aan een tweehoofdige effectieve leiding blijkt dat de basis om een adequate interne controle te organiseren niet aanwezig is. Zo heeft FPF bijvoorbeeld geen back-up voorzien inzake de boekhoudkundige gegevens en verwaarloost zij de

periodieke rapporteringen voor de laatste 3 kwartalen. FPF is niet in staat een actuele stand van zaken te geven over haar financiële toestand (onder andere eigen vermogenstoestand).

De leemten in haar organisatie en interne controle zijn dermate groot dat er een risico is dat FPF niet langer een adequaat vermogensbeheer uitoefent en dat bijgevolg de belangen van de cliënten niet gerespecteerd worden. Zo is tijdens het voornoemde plaatsbezoek vastgesteld dat de activiteit van vermogensbeheer voor alle cliënten tijdens het laatste kwartaal van 2002 beperkt was tot eenzelfde type-transactie (voetnoot: 'Call ratio certificates in EUR linked to blue chips'). Tijdens dit plaatsbezoek werd eveneens vastgesteld dat FPF een aantal wettelijke vereisten inzake vermogensbeheer niet naleeft. Zo stelt FPF, ondanks de zesmaandelijksse rapporteringsplicht van artikel 16 van het KB van 5 augustus 1991, geen eigen cliëntenrapportering op. De cliënten in vermogensbeheer ontvangen enkel de door de bewaarder (voetnoot: 'KBC, UBS') opgemaakte rapportering. Tevens werden een aantal cliëntenovereenkomsten stopgezet zonder de vereiste schriftelijke opzegging (artikel 9 van het KB van 5 augustus 1991).

FPF heeft tot op heden de CBF niet op de hoogte gebracht over het beleid en de maatregelen die zij zal treffen voor de concrete invulling van de interne audit en compliance zoals omschreven in de circulaire D1/EB/2002/6. Tevens heeft FPF nog geen interne regels opgesteld inzake de uitoefening van externe mandaten door de bestuurders van beleggingsondernemingen. In beide gevallen diende FPF tegen uiterlijk 31 maart 2003 het nodige te doen.

Daarnaast heeft het Directiecomité kennis genomen van het financieel plan van FPF dat een vermogen in beheer voorziet van 6.000.000 € voor 2003 en 10.000.000 € voor 2004. Volgens dit financieel plan zal er pas vanaf 2005 winst gerealiseerd worden. Vandaag heeft FPF 13 cliënten en bedraagt het vermogen in beheer ongeveer 3.800.000 €. FPF slaagde er tijdens het eerste kwartaal van 2003 in één nieuwe cliënt (zijnde de vennootschap van de heer F. Bostoen (voetnoot: 'F. Bostoen is referentie-aandeelhouder van FPF')) aan te trekken. Bij gebrek aan voldoende cliënteel en gelet op de gebruikelijke vaste kosten kampt FPF met een structureel probleem inzake rendabiliteit.

Het Directiecomité heeft tevens de kandidatuur van de heer R. Bauer als effectief leider van FPF onderzocht. Aangezien uit het dossier niet kan worden afgeleid dat de heer Bauer bij machte zal zijn om deel te nemen aan de effectieve leiding van FPF, kan zijn benoeming tot afgevaardigd bestuurder niet in aanmerking worden genomen voor het vereiste van artikel 60 van de Wet van 6 april 1995 dat deze effectieve leiding wordt waargenomen door ten minste twee natuurlijke personen.

Immers, de kandidatuur van de heer Bauer als afgevaardigd bestuurder van de beleggingsonderneming houdt een probleem in op het vlak van de vereiste beschikbaarheid om de effectieve leiding over FPF waar te nemen. Het vereiste van de tweehoofdige effectieve leiding is bedoeld om een kritisch onderzoek van de te nemen beslissingen in de hand te werken, de algemene leiding over de onderneming collegialer te laten verlopen, de wederzijdse controle op de daden van beide leiders mogelijk te maken en zo veel mogelijk het gevaar voor fraude en wanbeheer te voorkomen dat voortvloeit uit het feit dat één enkele persoon

de leiding heeft (voetnoot: 'Jaarverslag van de CBF 1999-2000, p. 57'). Het gegeven dat de heer Bauer permanent in Zwitserland verblijft en derhalve niet regelmatig op de zetel van de vennootschap aanwezig zal zijn, heeft voor gevolg dat deze doelstellingen moeilijk te realiseren vallen.

Gelet op haar ernstige problemen heeft de vennootschap juist behoefte aan een tweede uitvoerend bestuurder die zich zal bezig houden met de dagelijkse administratie van de onderneming en de realisatie van de interne controle. De heer Bauer zal evenwel niet regelmatig aanwezig zijn op de zetel van FPF en vanuit Zwitserland geen voldoende tegengewicht kunnen vormen voor de heer Verhelst en evenmin afdoende controle kunnen uitoefenen over de handelingen van deze persoon.

Het Directiecomité heeft tevens vastgesteld dat FPF, ondanks verzoek (voetnoot: 'Brief d.d. 10 maart 2003'), geen concrete invulling van de taken en verantwoordelijkheden van de heer Bauer als kandidaat-afgevaardigd bestuurder van FPF heeft bezorgd.

Een beleggingsonderneming dient permanent over een passende administratieve en boekhoudkundige organisatie en interne controle te beschikken. FPF werd hierop reeds herhaaldelijk (voetnoot: 'Plaatsbezoek d.d. 29/01/03, onderhoud d.d. 06/03/03, brieven d.d. 10/03/03 en 26/03/03, onderhoud 08/04/03') gewezen, doch zij heeft hieraan geen gevolg gegeven. FPF, die sinds eind april 2002 slechts één effectieve leider heeft, slaagt er niet in de wettelijk vereiste tweehoofdige effectieve leiding te herstellen.

Bijgevolg heeft het Directiecomité van de CBF beslist FPF, met toepassing van artikel 104 van de wet van 6 april 1995, een bijkomende termijn toe te kennen die verstrijkt op 30 mei 2003 waarbinnen FPF de volgende maatregelen moet hebben genomen :

- zij moet aantonen dat de vennootschap beschikt over het wettelijk vereiste reglementair eigen vermogen. Dit betekent dat bij een tekort aan eigen vermogen dit vermogen binnen de vooropgestelde termijn dient verhoogd te worden. Het eigen vermogen dient bovendien een voldoende marge te bevatten die rekening houdt met de voorziene operationele resultaten voor 2003;
- zij moet aantonen over een actuele en volledige boekhouding te beschikken;
- zij moet de periodieke rapportering van 30/09/02 en 31/12/02 en 31/03/03 bezorgen aan de CBF;
- zij moet de CBF informeren over de maatregelen die zij zal nemen om over een adequate interne controle te beschikken alsmede over het beleid en de maatregelen die zij zal treffen voor de concrete invulling van de interne audit en compliance zoals omschreven in de circulaire D1/EB/2002/6;
- zij moet de CBF informeren op welke wijze de rendabiliteit van vennootschap zal worden hersteld;
- zij moet de CBF de nodige maatregelen voorstellen om de tweehoofdige effectieve leiding te herstellen door de aanstelling van een afgevaardigd bestuurder die in functie zal treden zodra de CBF de kandidaat heeft goedgekeurd.

Het Directiecomité wenst FPF in te lichten dat indien tegen de vooropgestelde datum deze maatregelen niet werden genomen, zij kan beslissen om één of meerdere maatregelen te nemen zoals voorzien in artikel 104, § 1 van de wet van 6 april 1995".

1.20. Op 3 juni 2003 stelt de CBF vast dat zij, sinds het verzenden van de brief van 30 april 2003, vanwege verzoekster geen enkele informatie heeft ontvangen waaruit zou blijken dat de vennootschap de gevraagde maatregelen heeft genomen of voornemens is deze maatregelen binnen een redelijke termijn te nemen.

Zij besluit dat “gelet op de aanslepende anomalieën en formele schendingen van de wet, geen enkele van de bij wet bepaalde sancties nog enige uitweg bieden” en dat “na afweging van de onderscheiden in de wet bepaalde actiemogelijkheden” beslist wordt tot herroeping van de vergunning en tot aanstelling van een speciaal commissaris.

1.21. In een brief van dezelfde datum schrijft de voorzitter van de CBF het volgende naar verzoekster :

“Wij verwijzen naar ons schrijven d.d. 30 april 2003 waarin het Directiecomité van de Commissie voor het Bank- en Financiewezen heeft vastgesteld dat de vennootschap Fortuna Pater Familias (hierna FPF) met ernstige problemen en tekortkomingen kampt.

Zo zijn onder meer vastgesteld :

- (i) de schending van de wettelijke vereisten van toepassing op beleggingsondernemingen :
 - het ontbreken van een actuele en volledige boekhouding alsmede van een back-up hiervoor;
 - het niet beschikken over de periodieke rapporteringen van 30/09/02, 31/12/02 en 31/03/03;
 - het niet in staat zijn om een actuele stand van zaken te geven over de financiële toestand van FPF (onder andere eigen-vermogenstoestand);
 - het (op basis van voorlopige balanscijfers van 31/12/02 vastgestelde) tekort aan eigen vermogen;
 - het ontbreken van een tweehoofdige effectieve leiding (sedert april 2002);
 - het ontbreken van elk beleid en enige maatregelen inzake interne controle, interne audit en compliance;
 - het niet-naleven van een aantal wettelijke vereisten inzake vermogensbeheer;
- (ii) andere ernstige problemen in het beheer van FPF:
 - het zoeken naar een nieuwe locatie voor FPF aangezien er op de huidige voorlopige locatie (voetnoot: ‘Namelijk in de toonzalen van villabouw Bostoen’) slechts een zeer rudimentaire infrastructuur (voetnoot: ‘In casu een bureau met een telefoonlijn, doch geen PC en geen fax’) beschikbaar is;
 - het niet in staat zijn om de beleggingsportefeuille van FPF correct te waarderen;
 - het risico dat FPF niet langer in staat is een adequaat vermogensbeheer uit te oefenen en dat bijgevolg de belangen van de cliënten niet gerespecteerd worden;

- een structureel probleem inzake rendabiliteit bij gebrek aan voldoende cliënteel en gelet op de gebruikelijke vaste kosten voor een beleggingsonderneming.

Voor een gedetailleerd overzicht en beschrijving van deze en andere problemen en tekortkomingen verwijzen wij naar bovenvernoemd schrijven.

Bijgevolg besliste het Directiecomité van de CBF aan FPF, met toepassing van artikel 104 van de wet van 6 april 1995, een bijkomende termijn toe te kennen die verstrijkt op 30 mei 2003 waarbinnen FPF de volgende herstelmaatregelen diende te nemen:

- aantonen dat de vennootschap beschikt over het wettelijk vereiste reglementair eigen vermogen;
- aantonen dat zij over een actuele en volledige boekhouding beschikt;
- het bezorgen van de periodieke rapporteringen van 30/09/02, 31/12/02 en 31/03/03 aan de CBF;
- het meedelen van de maatregelen die FPF zal nemen om over een adequate interne controle te beschikken alsmede het beleid en de maatregelen die zij zal treffen voor de concrete invulling van de interne audit en compliance zoals omschreven in de circulaire D1/EB/2002/6 (d.d. 14/11/02);
- aantonen op welke wijze de rendabiliteit van de vennootschap kan worden hersteld;
- de voorstelling van de nodige maatregelen om de tweehoofdige effectieve leiding te herstellen door de aanstelling van een afgevaardigd bestuurder die in functie kan treden zodra de CBF de kandidaat heeft goedgekeurd.

Op 3 juni 2003 heeft het Directiecomité vastgesteld dat de CBF, sinds het verzenden van haar brief van 30 april 2003, van FPF geen enkele informatie heeft ontvangen waaruit zou blijken dat de vennootschap de gevraagde maatregelen heeft genomen of voornemens is deze maatregelen binnen een redelijke termijn te nemen. Het Directiecomité heeft dan ook geoordeeld dat FPF haar toestand niet heeft rechtgezet en dus nog steeds niet beschikt over een tweehoofdige effectieve leiding, een passende beleidsstructuur, administratieve en boekhoudkundige organisatie en interne controle alsmede het wettelijk vereiste eigen vermogen. Het Directiecomité heeft ook geoordeeld dat er geen enkel redelijk perspectief is dat aan deze tekortkomingen op korte termijn kan worden verholpen.

In die omstandigheden, na te hebben vastgesteld dat de overige uitzonderlijke maatregelen die de CBF kan nemen niet passend zijn om de problemen en tekortkomingen te verhelpen alsmede de rechten van de cliënten in vermogensbeheer afdoende te beschermen, heeft het Directiecomité beslist om met toepassing van artikel 104, § 1, 4° van de wet van 6 april 1995 de vergunning van de vennootschap voor vermogensbeheer FPF te herroepen.

Overeenkomstig artikel 107 van de wet van 6 april 1995 blijft de beleggingsonderneming waarvan de vergunning is herroepen, onderworpen aan Boek II van de wet en de ter uitvoering ervan getroffen besluiten en reglementen tot de verbintenissen van de vennootschap ten aanzien van de cliënteel zijn vereffend. In dit kader heeft het Directiecomité beslist met toepassing van artikel 104, § 1, 1° van de wet van 6 april 1995 de heer W. Sermon te benoemen als speciaal commissaris ten einde erover te waken dat de verbintenissen ten aanzien van de cliënteel en de correspondenten zo vlug mogelijk worden beëindigd.

De herroeping van de vergunning is een administratieve rechtshandeling. Overeenkomstig de algemene regels kan u dan ook een beroep tot nietigverklaring van deze beslissing instellen bij de Raad van State binnen zestig dagen na ontvangst van deze kennisgeving. Het verzoekschrift tot nietigverklaring moet bij ter post aangetekende brief worden ingediend bij de Raad van State (Wetenschapsstraat 33, 1040 Brussel) en dient de elementen te bevatten als voorgeschreven door de artikelen 1 en volgende van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling administratie van de Raad van State.

Daarnaast kan u bij de Raad van State tevens een vordering tot schorsing van de betrokken beslissing indienen waarin de middelen en feiten worden uiteengezet. Deze vordering dient uiterlijk tegelijkertijd als het verzoekschrift tot nietigverklaring te worden ingediend maar bij afzonderlijke akte.

Kopie van dit schrijven wordt aan de heer W. Sermon, speciaal commissaris, overgemaakt”.

1.22. Met een brief van 11 juni 2003 licht de CBF verzoekster in over de beroepsmogelijkheden die ingevolge 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 Commissie voor het Bank- en Financiewezen, gewijzigd zijn. Dat koninklijk besluit is bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 10 juni 2003 maar treedt krachtens zijn artikel 6 in werking op 1 juni 2003.

1.23. Met een brief van 13 juni 2003 vraagt verzoekster aan de CBF om de voornoemde beslissing van herroeping van haar vergunning in te trekken.

1.24. Bij brief van 17 juni 2003 verleent de CBF aan verzoekster de mogelijkheid om op een hoorzitting van 20 juni 2003 haar standpunt uiteen te zetten.

Tevens vraagt de CBF aan verzoekster om een schriftelijke motivatie van haar verzoek tot heroverweging.

Er worden evenwel geen schriftelijke argumentatie en geen overtuigingsstukken aan de CBF bezorgd.

1.25. In het proces-verbaal van de hoorzitting van 20 juni 2003 wordt onder meer gesteld dat Jacques VERHELST een bijkomende termijn tot 30 juni vraagt voor het in orde brengen van boekhouding en periodieke rapportering, dat hij ook betwist dat Rudolph BAUER niet de vereiste beschikbaarheid zou hebben voor

de tweehoofdige effectieve leiding, dat hij zelf de compliance functie wil waarnemen en dat hij de bevestiging zal vragen van het engagement om 5 miljoen BEF te investeren.

1.26. In een faxbericht van 20 juni 2003 bevestigt een toekomstige geldschietster dat hij “een kapitaalverhoging en/of achtergestelde lening zal verstrekken ad 125.000 EUR, op voorwaarde dat de CBF een gunstig gevolg verleent aan het verzoek tot intrekking van de beslissing van 03/06/03 tot herroeping van de vergunning”.

1.27. Het directiecomité van de CBF beslist op 23 juni 2003 om het verzoek tot intrekking van de beslissing af te wijzen en zijn beslissing uitvoerbaar te verklaren niettegenstaande elk beroep.

Die beslissing wordt met een brief van 24 juni 2003 aan verzoekster als volgt verwoord :

“Ik verwijs naar het verzoek van Fortuna Pater Familias N.V. d.d. 13 juni 2003 tot intrekking, krachtens artikel 4 van het K.B. van 15 mei 2003, van de beslissing van het directiecomité van de Commissie voor het Bank- en Financiewezen van 3 juni 2003 waarbij de vergunning van vennootschap voor vermogensbeheer van de onderneming werd herroepen.

Het directiecomité heeft tijdens zijn zitting van 23 juni 2003 kennis genomen van dit verzoek tot intrekking, alsook van het proces-verbaal van de hoorzitting van 20 juni 2003.

Het directiecomité heeft vastgesteld dat als enig nieuw concreet element een schrijven van de heer Dossche d.d. 23 juni 2003 wordt aangebracht waarin hij aanbiedt - maar zonder dit aanbod te concretiseren o.a. wat het tijds kader betreft- een kapitaalverhoging en/of achtergestelde lening te verstrekken ad 125.000 EUR, op voorwaarde dat de CBF een gunstig gevolg verleent aan het verzoek tot intrekking van de beslissing van 3 juni 2003 tot herroeping van de vergunning.

Wat de andere tekortkomingen betreft, vermeld in de brief van 3 juni 2003, heeft het directiecomité vastgesteld dat geen elementen naar voor worden gebracht die hieraan verhelpen.

Meer bepaald merkt het directiecomité op :

- wat het gebrek aan boekhoudkundige organisatie en periodieke rapportering betreft, dat vandaag niet aan de vastgestelde tekortkomingen is verholpen en dat tijdens de hoorzitting slechts een algemene belofte tot regularisering werd gedaan, maar zonder enige concrete aanduiding dat zij waargemaakt zal kunnen worden;
- wat het ontbreken van een effectieve tweehoofdige leiding betreft, dat geen nieuwe kandidaat afgevaardigd bestuurders worden voorgedragen; zoals reeds

eerder gesteld komt de kandidatuur van de heer Bauer niet in aanmerking voor de effectieve tweehoofdige leiding omdat een dergelijke functie een daadwerkelijke fysieke aanwezigheid van de leiders ter zetel van de beleggingsonderneming veronderstelt om een daadwerkelijke wederzijdse controle te waarborgen;

- wat het ontbreken van beleid en maatregelen inzake interne controle, interne audit en compliance betreft, dat nog steeds niet is tegemoetgekomen aan de door de desbetreffende omzendbrief (circulaire D1/EB/2002/6), voorgeschreven vereisten;

- wat het niet naleven van een aantal wettelijke vereisten inzake vermogensbeheer betreft (schriftelijke opzegging cliëntencontracten en eigen rapportering aan het cliënteel), dat nergens uit blijkt dat deze vereisten vandaag nageleefd worden;

- wat het risico betreft dat FPF niet langer in staat is een adequaat vermogensbeheer uit te oefenen, dat dit risico inherent is aan het niet naleven van de wettelijke en reglementaire werkingsvoorwaarden;

- wat de rendabiliteit van de onderneming betreft, dat uit geen enkel concreet element blijkt dat het beheerd vermogen van de vennootschap binnen afzienbare tijd aanzienlijk zou kunnen toenemen teneinde de rendabiliteit te herstellen.

De beslissing tot herroeping van de vergunning was gesteund op een geheel van ernstige tekortkomingen. Het ontoereikend eigen vermogen maakte er slechts één van uit. Ook indien de inbreng van de heer Dossche het tekort aan eigen vermogen zou verhelpen, dan nog is het directiecomité van oordeel dat de overige tekortkomingen van die aard zijn dat ze de herroeping van de vergunning verantwoorden.

Rekening houdend met wat voorafgaat heeft het directiecomité dan ook beslist niet in te gaan op uw verzoek tot intrekking van zijn beslissing van 3 juni 2003. De vergunning van Fortuna Pater Familias als vennootschap voor vermogensbeheer blijft dus herroepen.

U kan tegen de beslissing van het directiecomité van 3 juni 2003 beroep instellen bij de Raad van State conform artikel 122 van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten, en dit binnen de termijn van één maand te rekenen vanaf de datum van het verzoek tot intrekking, voorzien in artikel 4 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 Commissie voor het Bank- en Financiewezen.

De beslissing tot herroeping van 3 juni 2003 is uitvoerbaar niettegenstaande elk beroep. De voortzetting - zolang de Raad van State zich niet ten gronde heeft uitgesproken - van de activiteiten van FPF onder voorwaarden die de wettelijke vergunnings- en bedrijfsuitoefeningsvoorwaarden miskennen (geen adequate administratieve en boekhoudkundige organisatie, gebrek aan zicht op de eigen vermogenstoestand, ontbreken van effectieve tweehoofdige leiding, afwezigheid van interne controle en interne audit, miskennen van een aantal wettelijke vereisten inzake vermogensbeheer, gebrek aan rendabiliteit) houdt immers een ernstig gevaar in voor de beleggers.

U kan evenwel bij de Raad van State een vordering tot schorsing van de beslissing van 3 juni 2003 indienen waarin de middelen en feiten worden uiteengezet. Deze vordering dient uiterlijk tegelijkertijd als het verzoekschrift tot nietigverklaring te worden ingediend maar bij afzonderlijke akte.

Kopie van dit schrijven wordt gericht aan de heer W. Sermon, speciaal commissaris”.

2. Over de ontvankelijkheid van de vordering.

2.1.1. Overwegende dat de verwerende partij opwerpt dat het beroep niet ontvankelijk is omdat de beslissing om beroep in te stellen niet genomen is door het daartoe bevoegde orgaan van verzoekster; dat volgens de statuten de beslissingen om in rechte te treden door twee bestuurders moeten worden genomen en dat het “mandaat” dat door verzoekster werd neergelegd, slechts door één bestuurder ondertekend werd;

2.1.2. Overwegende dat de statuten van verzoekster met betrekking tot die opgeworpen exceptie bepalen dat de rechtsvorderingen in naam van de vennootschap door twee bestuurders worden vervolgd of nagegaan, hetzij als eisende hetzij als verwerende partij en dat behoudens bijzondere delegatie door de raad van bestuur alle akten, andere dan deze van dagelijks bestuur en de machten of volmachten die daarop betrekking hebben, slechts de vennootschap verbinden wanneer ze ondertekend worden door twee bestuurders die in geen geval ten opzichte van derden van een voorafgaande beslissing door de raad van bestuur moeten doen blijken; dat volgens die statutaire bepalingen derhalve de raad van bestuur het orgaan is dat bevoegd is om te beslissen in rechte te treden; dat verzoekster een uittreksel uit de notulen van de raad van bestuur neerlegt waarin gesteld wordt dat haar raad van bestuur op 3 juli 2003 beslist een verzoekschrift tot schorsing en een verzoekschrift tot nietigverklaring in te dienen bij de Raad van State tegen de voornoemde beslissingen van de CBF van 3 juni 2003 en 23 juni 2003; dat luidens diezelfde notulen de raad van bestuur heeft beslist “om in het kader van de herroepingsbesluiten van 03 en 24(3) juni 2003 van de CBF de belangen van de vennootschap te behartigen”, bijzondere volmacht te geven “aan J. Verhelst om al het nodige en nuttige te doen, inclusief het aanspannen van procedures voor de Raad van State, het ondertekenen van formulieren, brieven, documenten enz., teneinde uitvoering te geven aan deze beslissing”; dat hiermee op afdoende wijze een opdracht blijkt dat het bevoegde orgaan heeft beslist om een rechtsgeding aan te spannen zodat die exceptie wordt verworpen;

2.2.1. Overwegende dat de verwerende partij ook nog opwerpt dat verzoekster op 22 oktober 2003 aan de Raad van State heeft medegedeeld dat zij

definitief zal ophouden te bestaan zodat een rechtspersoon die ophoudt te bestaan geen rechtsgeding kan verder zetten en bovendien geen actueel belang kan doen gelden, aangezien niet ingezien wordt welk nadeel door een gebeurlijke annulatie van de bestreden beslissingen nog zou kunnen worden vermeden;

2.2.2. Overwegende dat verzoekster betoogt dat zij nog steeds een moreel belang heeft bij het voeren van het geding aangezien zij hiermee kan aantonen “dat verweerster verkeerd geweest is in haar optreden” en aangezien een vernietiging ook het vertrouwen van haar aandeelhouders kan terugwinnen;

2.2.3. Overwegende dat verzoekster aan de Raad van State enkel heeft medegedeeld dat als gevolg van de bestreden beslissingen de belangrijkste aandeelhouder te kennen heeft gegeven zich terug te trekken uit de vennootschap en dat de vennootschap definitief “zal” ophouden te bestaan; dat door de bestreden herroeping van de vergunning de rechtspersoonlijkheid van verzoekster niet verdwijnt; dat dit slechts een feit is bij de sluiting van de vereffening zo er tot ontbinding en vereffening wordt besloten; dat dit te dezen niet het geval blijkt te zijn; dat het herwinnen van het vertrouwen van de aandeelhouders door een voor verzoekster goede afloop van een procedure een voldoende actueel belang is zodat ook die exceptie wordt verworpen;

3. Over de gegrondheid van het beroep.

3.1.1. Overwegende dat verzoekster in een eerste middel de schending aanvoert van artikel 60 van de wet van 6 april 1995 inzake het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen, de bemiddelaars en de beleggingsadviseurs, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het zorgvuldigheids-, het motiverings- en het redelijkheidsbeginsel, en genomen met miskennis van het gezag van gewijsde van ‘s Raads arrest nr. 114.128 van 23 december 2002, doordat de verwerende partij in de eerste bestreden beslissing, na de loutere opmerking dat “in die omstandigheden, na te hebben vastgesteld dat de overige uitzonderlijke maatregelen die de CBF kan nemen niet passend zijn om de problemen en tekortkomingen te verhelpen alsmede de rechten van de cliënten in vermogensbeheer afdoende te beschermen“, de zwaarste

maatregel, zijnde de volledige herroeping van de vergunning als beleggingsonderneming van de verzoekster oplegt, zonder dat er concreet wordt nagegaan of er wel degelijk andere maatregelen, zoals bedoeld in de wet van 6 april 1995, mogelijk waren, en doordat in de tweede bestreden beslissing die de eerste beslissing bevestigt evenmin een dergelijke concrete afweging en motivering voorhanden is;

3.1.2. Overwegende dat verzoekster hierbij in een “eerste onderdeel” uiteenzet dat door ‘s Raads arrest van 23 december 2002 de vorige beslissing tot gehele herroeping van de vergunning van de verzoekster bij uiterst dringende noodzakelijkheid is geschorst op grond van de overweging dat de toenmalige verwerende partij op het eerste gezicht artikel 104, § 1, 1°, 2° en 3°, van de genoemde wet van 6 april 1995 miskent in de motieven van haar beslissing en in die motieven ervan uitgegaan is dat de maatregelen bedoeld in artikel 104, § 1, 1°, 2° en 3°, een tweehoofdige leiding veronderstellen en dat bij afwezigheid van een tweehoofdige leiding, alleen de maatregel bedoeld in artikel 104, § 1, 4°, van de wet van 6 april 1995 kan worden genomen; dat te dezen, volgens verzoekster, de verwerende partij zowel in het eerste bestreden besluit als in het tweede bestreden besluit nog steeds dezelfde houding aanneemt; dat zij handelt alsof de maatregel van de gehele herroeping de enige maatregel is die zij kan treffen teneinde de vermeende tekortkomingen van verzoekster te sanctioneren; dat in ieder geval uit geen van de bestreden beslissingen blijkt dat andere maatregelen daadwerkelijk konden worden getroffen en in overweging zijn genomen; dat dit, steeds volgens verzoekster, te meer blijkt uit de “uitermate vage bewoordingen”, die de verwerende partij in het eerste besluit heeft ingelast om zogenaamd tegemoet te komen aan het schorsingsarrest van 23 december 2002; dat het meer bepaald gaat om de volgende bewoordingen : “in die omstandigheden, na te hebben vastgesteld dat de overige uitzonderlijke maatregelen die de CBF kan nemen niet passend zijn om de problemen en tekortkomingen te verhelpen alsmede de rechten van de cliënten in vermogensbeheer afdoende te beschermen”; dat volgens verzoekster uit het feit dat in de overwegingen van het eerste bestreden besluit geen enkele verwijzing of afweging van de overige uitzonderlijke maatregelen is terug te vinden blijkt dat deze bewoordingen “nietszeggend” zijn en dat de zinsnede “na te hebben vastgesteld” geenszins gestaafd is en in strijd is met de overwegingen van de bestreden beslissing zelf;

3.1.3. Overwegende dat verzoekster in een “tweede onderdeel” betoogt

- dat de gehele herroeping van haar vergunning “kennelijk onevenredig” is met de vermeende inbreuk en minstens niet de draagkrachtige motivering terzake bevat; dat zij uiteenzet dat artikel 104, § 1, van de wet van 6 april 1995 in de mogelijkheid en geenszins in de verplichting voorziet voor de CBF om, indien na afloop van een termijn de toestand niet is verholpen, maatregelen te treffen; dat zij ook uiteenzet dat die bepaling voorschrijft dat eerst een termijn moet worden vastgesteld waarbinnen aan een onregelmatige toestand moet worden verholpen en dat indien na afloop van die termijn de toestand niet is verholpen de CBF een aantal mogelijkheden heeft om op te treden, waaronder het aanstellen van een speciaal commissaris, het geheel of ten dele schorsen dan wel het verbieden van de rechtstreekse of onrechtstreekse uitoefening van het bedrijf van de beleggingsonderneming voor een te bepalen termijn, het gelasten van de vervanging van bestuurders of zaakvoerders van de beleggingsonderneming binnen een termijn die zij bepaalt, het geheel of gedeeltelijk herroepen van de vergunning; dat bij het nemen van die maatregelen in concreto een afweging dient te geschieden met inachtneming van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheids-, het redelijkheids- en het motiveringsbeginsel, en van de motiveringswet;
- dat verzoekster te dezen betoogt dat uit de bestreden beslissingen “absoluut niet blijkt” dat er een dergelijke afweging heeft plaatsgevonden en dat dit ook niet uit de motivering blijkt; dat, immers, de verwerende partij er nog altijd van uitgaat dat er maar één maatregel kan worden opgelegd, met name de volledige herroeping van de vergunning, alsmede de onmiddellijke liquidatie van de onderneming en dat dergelijke maatregel “meer dan kennelijk onevenredig is met de vermeende inbreuk”; dat de inbreuken die door de verwerende partij zijn vastgesteld door haar als volgt worden omschreven : het ontbreken van een actuele en volledige boekhouding alsmede van een back-up hiervoor; het niet beschikken over de periodieke rapporteringen van 30 september 2002, 31 december 2002 en 31 maart 2003; het niet in staat zijn om een actuele stand van zaken te geven over de financiële toestand van verzoekster, onder andere de eigen vermogenstoestand; het op basis van voorlopige balanscijfers van 31 december 2002 vastgestelde tekort aan eigen vermogen; het ontbreken van een tweehoofdige effectieve leiding, namelijk sedert april 2002; het ontbreken van elk

beleid en enige maatregelen inzake interne controle, interne audit en compliance; het niet-naleven van een aantal wettelijke vereisten inzake vermogensbeheer; andere ernstige problemen in het beheer van verzoekster : het zoeken naar een nieuwe locatie voor verzoekster aangezien er op de huidige voorlopige locatie slechts een zeer rudimentaire infrastructuur beschikbaar is; het niet in staat zijn om de beleggingsportefeuille van verzoekster correct te waarderen; het risico dat verzoekster niet langer in staat is een adequaat vermogensbeheer uit te oefenen en dat bijgevolg de belangen van de cliënten niet gerespecteerd worden; een structureel probleem inzake rendabiliteit bij gebrek aan voldoende cliënteel, en gelet op de gebruikelijke vaste kosten voor een beleggingsonderneming;

- dat de verwerende partij eerst op 22 oktober 2002 en bevestigd bij ministerieel besluit van 9 december 2002 de vergunning van verzoekster heeft herroepen op grond van de enige grief dat verzoekster niet over een tweehoofdige leiding zou beschikken en dat zij tijdens de procedure naar aanleiding van die herroeping erop gewezen heeft dat andere vastgestelde tekortkomingen “op zich niet de herroeping van de vergunning van verzoekster rechtvaardigen” en aldus die vermeende tekortkomingen inzake het aandeelhouderschap, het financieel plan, de administratieve en boekhoudkundige organisatie, een gehele herroeping van de vergunning niet kunnen rechtvaardigen; dat niet blijkt waarom de verwerende partij thans een ander standpunt inneemt;

- dat verzoekster vervolgens in de volgende bewoordingen verwijst naar feitelijke gegevens waaruit volgens haar moet blijken waarom “de gehele herroeping van de vergunning nog steeds niet gerechtvaardigd is en zelfs kennelijk onredelijk voorkomt” :

“- Wat de boekhouding en de administratie betreft, heeft verzoekster benadrukt (...) dat de KBC nog een driemaandelijks waardering van de portefeuille dient op te maken en dat dit kan geleverd worden. De boekhouding wordt overigens gevoerd door een erkend boekhoudkantoor BDO te Merelbeke. Hiervan is verwerende partij op de hoogte. Dit blijkt ondermeer uit de periodieke rapportering van 30/06/2002, die op 5 september 2002 door BDO aan de verwerende partij werd overgemaakt.

Daarnaast heeft de verzoekende partij reeds van in den beginne medegedeeld dat de periodieke rapporteringen van 31/9/2002 en 31/12/2002 verloren zijn gegaan door overmachtsituaties, met name de gedwongen uitzetting tijdens de

zomer van 2002 en de overstromingsramp te Drongen eind december 2002 (...). Gezien op dat ogenblik de back-up eveneens vernietigd is geworden, kan verzoekende partij deze rapporteringen niet meer overmaken. Verzoekende partij heeft dit reeds meermaals medegedeeld aan de verwerende partij. Dat verweerster hiervan op de hoogte is, blijkt onder meer uit de brief van 30 april 2003 van de Commissie voor Bank- en Financiewezenen. Verweerster weigert evenwel deze overmachtsituatie aan te nemen en verzoekt desalniettemin tot de overlegging van deze stukken. Dergelijk gedrag getuigt geenszins van behoorlijk bestuur.

Wat de administratie betreft, heeft de verzoekende partij reeds meermaals mondeling medegedeeld dat de maatschappelijke zetel van verzoekster heden nog steeds gevestigd is te Oostkamp, Lijsterbessendreef 1. Een wijziging van de maatschappelijke zetel diende zij niet mede te delen, vermits er geen wijziging van de maatschappelijke zetel heeft plaatsgevonden. Er is trouwens geen enkele verplichting dat de maatschappelijke zetel steeds dezelfde dient te zijn als het feitelijk kantooradres. Het cliënteel van verzoekster is perfect op de hoogte van het kantooradres van verzoekster en zij kunnen verzoekster te allen tijde via GSM bereiken. Er zijn trouwens geen klachten uitgaande van het cliënteel aangaande de vermeende slechte communicatie tussen verzoekster en haar cliënteel.

-Wat de tweehoofdige leiding betreft, voldoet de verzoekende partij wel degelijk aan de vereiste van artikel 60 van de Wet van 6 april 1995. Voormeld artikel vereist dat de 'effectieve leiding van een beleggingsonderneming moet worden toevertrouwd aan ten minste twee natuurlijke personen; voor de uitoefening van deze functies moeten zij de vereiste professionele betrouwbaarheid en passende ervaring bezitten'; Welnu, verweerster beweert dat de verzoekende partij reeds vanaf april 2002 niet meer voldoet aan deze voorwaarde; Verzoekende partij heeft nochtans in de periode juni 2002 -juni 2003 zes kandidaten voorgesteld (de bvba Helver, de heer Dirk Haerinck, de heer Festjens, mevrouw Marie-Ange Dossche, de heer Bauer en de heer Schroyens); De bvba Helver werd geweigerd omdat het geen natuurlijke persoon betrof; De heer Haerinck en mevrouw Dossche werden expliciet geweigerd door de Commissie voor het Bank- en Financiewezenen, respectievelijk omdat de heer Haerinck 'onvoldoende beschikbaar' zou zijn om de effectieve leiding waar te nemen, en omdat mevrouw Dossche niet over de passende ervaring zou beschikken. De heer Festjens heeft zelf zijn kandidatuurstelling ingetrokken omdat hij gelet op de tijdsdruk opgelegd door de Commissie voor het Bank- en Financiewezenen over onvoldoende tijd beschikte om zich een oordeel te vormen. De kandidatuur van de heer Bauer werd oorspronkelijk niet eens in overweging genomen door de Commissie voor het Bank- en Financiewezenen. De parttimerfunctie van de heer Schroyens eveneens door de Commissie voor Bank- en Financiewezenen in vraag werd gesteld. De heer Schroyens heeft zijn kandidatuur ingetrokken. Op het ogenblik van de intrekking van de kandidatuurstelling van dhr. Schroyens was Bauer reeds actief als raadgever en kandidaat-bestuurder (dit wordt weliswaar geweigerd door de Commissie voor Bank- en Financiewezenen) van de verzoekende partij.

Heden wordt aldus het bestuur waargenomen door de heer Verhelst én door de heer Bauer; De professionele betrouwbaarheid en de passende ervaring van de beide bestuurders werd door de Commissie voor Bank- en Financiewezen nooit betwist.

De Commissie voor Bank- en Financiewezen gaat er weliswaar van uit dat niet is voldaan aan de tweehoofdige leiding, omdat de heer Bauer deels vanuit Zwitserland handelt.

Artikel 60 van de Wet van 6 april 1995 vereist nochtans geenszins dat de bestuurder daadwerkelijk en dagelijks op de maatschappelijke zetel van de verzoekende partij dient aanwezig te zijn. Artikel 60 vereist enkel dat er een effectieve tweehoofdige leiding dient te zijn.

De aanwezigheid van Bauer voldoet aan deze vereiste van de effectieve leiding (zie tevens tweede middel). Immers worden alle investeringsbeslissingen samen genomen door dhr. Verhelst én door dhr. Bauer. Dit wordt door de heer Bauer uitdrukkelijk bevestigd (...). De aanwezigheid van Bauer is effectief: er worden met hem beslissingen genomen, er zijn nauwe contacten tussen de beide bestuurders via dagelijkse telefoon en fax, er worden tussen de beide bestuurders maandelijkse bijeenkomsten gehouden (...); De heer Bauer is zeker geen stille vennoot, en dat is juist hetgeen wat de wetgever heeft willen vermijden. De aanwezigheid van Bauer zorgt er voor dat een kritisch onderzoek geschiedt van de te nemen beslissingen. Door de transparantie van de informatie (Bauer beschikt immers over alle informatie van de cliëntenportefeuilles en over alle gegevens om te kunnen deelnemen aan het dagelijks beleid) is er wederzijdse controle op de daden van de beide leiders mogelijk. Bauer garandeert overigens, door zijn uitermate professionele deskundigheid en door het feit dat hij ‘van op afstand’ werkt, dat er een objectieve controle geschiedt; Een dergelijke objectieve controle zou overigens door een bevriende Vlaamse bestuurder niet mogelijk zijn, en dit is nochtans hetgeen de Commissie voor Bank- en Financiewezen wenst.

Dat Bauer zich kandidaat heeft gesteld voor bestuurder, blijkt trouwens overduidelijk uit de kandidatuurstelling van Bauer dd. 25 oktober 2002 zelf (...): ‘par la présente je vous informe volontiers ma décision de me prêter candidat au poste d’Administrateur Délégué de la Société Fortunae Familias sa’.

Overigens had Verhelst zelfs tijdens het onderhoud van 20 juni 2003 aan de Bankcommissie medegedeeld dat de heer Schatteman, ex-voorzitter van de Bank van Roeselare, tevens geïnteresseerd is om zich kandidaat-bestuurder te stellen. Hierop is de Commissie voor Bank- en Financiewezen niet ingegaan.

- Wat de interne controle, interne audit en compliance betreft, benadrukt Verhelst dat hij zelf de functie van compliance van verzoekende partij waarneemt. Bovendien neemt BDO, de bedrijfsrevisor van verzoekster, de functie van interne auditor waar. In kleine ondernemingen wordt dit immers vaak uitbesteed.

- Wat het niet-naleven van een aantal wettelijke vereisten inzake vermogensbeheer betreft (opzeggen van cliëntencontracten en rapporteringen aan cliënten), heeft Verhelst aan de Commissie voor Bank- en Financiewezen medegedeeld dat het sturen van opzeggingsbrieven aan de cliënten toekwam conform het beheersmandaat. De Commissie voor Bank- en Financiewezen heeft

overigens verzoekster er nooit op gewezen dat zij dit initiatief zelf diende te nemen. Het aantal cliënteel dat verzoekster thans nog heeft is overigens altijd medegedeeld geweest, met name 13 cliënten.

Wat de opmaak van de driemaandelijksse portefeuilletoestand betreft, geschiedde dit door de KBC of UBS (Depositobanken), wat door verzoekster trouwens steeds werd en wordt gecontroleerd (cfr. Brief KBC waarin zij zich verontschuldigen).

- Wat de infrastructuur betreft, zullen deze opgelost worden n.a.v. kapitaalverhoging. Men mag immers niet vergeten dat verzoekende partij door de gedwongen verkoop in de zomer 2002 en door de overstromingsramp einde 2002 op zeer korte termijn tot tweemaal toe al haar infrastructuur heeft verloren. Men kan niet redelijk verwachten dat dit binnen de zes maanden is opgelost en dat men dan ook nog eens een zeer rendabele vennootschap voert. In ieder geval verantwoordt ook dit gegeven (slechts de aanwezigheid van een bureau met telefoon) geenszins de gehele en definitieve herroeping van de vergunning.

- Wat de waardering van de boekhouding betreft, wordt de boekhouding beheerd en gewaardeerd door een erkend boekhoudkantoor BDO.

- Wat het mogelijk risico voor cliënteel betreft, heeft verzoekster steeds benadrukt dat er geen risico is nu er steeds gehandeld wordt in het belang van het cliënteel.

- Wat de rendabiliteit betreft, is er zeer recent geen nieuw cliënteel verworven gelet op het overlijden van dhr. Desimpel (die steeds nieuw cliënteel aanbracht), gelet op het gedwongen vertrek te Oostkamp, de overstromingsramp eind december 2002, en de continue dreiging tot de herroeping van de vergunning door de Commissie voor Bank- en Financieuzen. Niettegenstaande de harde tijden en de toch wel kwakkelende beurstijden, is verzoekende partij er toch in geslaagd om begin 2003 een nieuwe cliënt in 2003 aan te trekken, met name dhr. Bostoen (tevens aandeelhouder van verzoekster).

- Wat de kapitaalverhoging betreft, het kapitaal is thans verdeeld tussen de echtgenote van Verhelst en familie Bostoen. Op 20 juni 2003 heeft Dossche aan de Commissie voor Bank- en Financieuzen formeel laten weten dat hij bereid is een kapitaalverhoging en/of achtergestelde lening te verstrekken van 125.000 € op voorwaarde dat de Commissie voor Bank- en Financieuzen een gunstig gevolg verleent aan het verzoek tot intrekking van de beslissing van 3 juni 2003 (...). Verwerende partij noemde in haar tweede bestreden besluit het engagement van Dossche niet concreet genoeg wat o.a. tijds kader betreft. Dit is té meer verbazend nu de brief van Dossche de exacte overname was van hetgeen door de Commissie voor Bank- en Financieuzen werd meegedeeld. Daarenboven is het engagement zeer duidelijk in dat opzicht, de kapitaalverhoging zou plaatsvinden van zodra de Commissie voor Bank- en Financieuzen de eerste bestreden beslissing zou intrekken. Desgevallend had verwerende partij overeenkomstig artikel 66, §3 van de Wet van 6 april 1995 een specifieke termijn kunnen bepalen waarbinnen de kapitaalverhoging en/of achtergestelde lening diende te geschieden. In ieder geval is het aannemelijk in de bedrijfswereld dat geen enkel aandeelhouder of bankinstelling een financieel engagement uitvoert wetende dat de overheid onmiddellijk tot de definitieve

liquidatie van de onderneming wenst over te gaan. Dit is nochtans hetgeen de Commissie voor Bank- en Financiewezen van de verzoekende partij verwacht.

Bovendien heeft de Commissie voor Bank- en Financiewezen in het tweede bestreden besluit uitdrukkelijk laten weten dat het ontoereikend eigen vermogen niet van die aard is dat het de herroeping van de vergunning verantwoord, de overige tekortkomingen zouden dit wel zijn ('Ook indien de inbreng van de heer Dossche het tekort aan eigen vermogen zou verhelpen, dan nog is het directiecomité van oordeel dat de overige tekortkomingen van die aard zijn dat ze de herroeping van de vergunning verantwoorden').

Wat de overige tekortkomingen betreft, heeft nochtans verzoekster hoger aangehaald dat de verwerende partij zelf in rechte heeft aangeduid dat de tekortkomingen inzake administratieve en boekhoudkundige organisatie, interne controle en compliance, infrastructuur, het niet-schriftelijk opzeggen van cliëntencontracten door de cliënten, de rapportering enkel door BDO, de rendabiliteit, het risico voor cliënteel (d.z. de vermeende tekortkomingen die reeds vòòr de bestreden besluiten aan verzoekster werden ten laste gelegd) de gehele en definitieve herroeping van de vergunning niet verantwoorden. Aldus blijft er slechts één element over dat volgens de verwerende partij hét doorslaggevend element is om de herroeping te verantwoorden, d.i. de vermeende afwezigheid van de tweehoofdige leiding.

Dat in casu verzoekende partij hoger reeds heeft aangetoond dat er wel degelijk een tweehoofdige leiding aanwezig is, met name de heren Verhelst én Bauer. Dat mocht de verwerende partij deze leiding niet passend achten, dan nog verantwoordt dit niet de zwaarste sanctie van de gehele en de definitieve herroeping van de vergunning als onderneming voor vermogensbeheer. Dat meer nog, het treffen van dergelijke maatregel het redelijkheidsprincipe op kennelijke onredelijke wijze overstijgt;

Dat niettegenstaande de verwerende partij over een discretionaire bevoegdheid beschikt tussen de verschillende mogelijke beslissingen, zij geenszins ontslaan is van de wettelijke verplichting tot motivatie; Dat Uw Raad terecht aanneemt dat hoe groter de discretionaire bevoegdheid van het bestuur is, hoe strenger de motiveringsplicht moet worden opgevat;

Dat in casu de verwerende partij nalaat op een afdoende concrete en precieze wijze te motiveren waarom een dergelijke verregaande en definitieve tuchtmaatregel wel verantwoord zou zijn.

Dat de verwerende partij had kunnen oordelen om nog een hersteltermijn toe te kennen; of een speciaal commissaris aan te stellen die de tweehoofdige leiding zou herstellen, of een korte termijn te bepalen om de rechtstreekse of onrechtstreekse uitoefening van het bedrijf geheel of ten dele te schorsen, of de bestuurders te vervangen door andere bestuurders; Dat de verwerende partij deze overweging de facto nooit heeft gedaan;

Zodat, de bestreden beslissingen de in het eerste middel aangehaalde wettelijke bepalingen en algemene rechtsbeginselen schend(en).”;

3.2.1. Overwegende dat de verwerende partij op het eerste onderdeel van dit middel antwoordt dat dit middel feitelijke grondslag mist; dat zij hierbij uiteenzet dat de bestreden beslissingen van 3 en 23 juni 2003 niet enkel de schending van artikel 60 als grond hebben doch ook de wet van 6 april 1995 met betrekking tot de boekhoudkundige organisatie, de periodieke rapportering, de eigen

vermogensvereisten, de interne controle en sommige bepalingen van het koninklijk besluit van 5 augustus 1991 over het vermogensbeheer en het beleggingsadvies; dat zij hierbij verwijst naar het administratief dossier om aan te tonen dat zij er geenszins is van uitgegaan dat de herroeping van de vergunning de enige wettige mogelijkheid was; dat zij op het tweede onderdeel van het middel antwoordt dat zij artikel 60 van de meergenoemde wet van 6 april 1995 niet heeft geschonden aangezien verzoekster er sinds april 2002, ondanks herhaalde herinneringen, niet in geslaagd is een competente en beschikbare kandidaat voor te stellen; dat zij de kandidatuur van Rudolph BAUER reeds op 29 april 2003 had verworpen omdat hij niet voldoende beschikbaar is en dat die beslissing bij brief van 30 april 2003 aan verzoekster is meegedeeld; dat pas na de eerste bestreden beslissing, tijdens de hoorzitting van 20 juni 2003, de vertegenwoordiger van verzoekster de beslissing tot verwerping van die kandidatuur heeft betwist; dat de faxberichten waarop die vertegenwoordiger doelt haar nooit zijn meegedeeld en dat zijn argumenten niet geloofwaardig zijn; dat wat de beweerde schending van de motiveringswet betreft verzoekster het besluitend gedeelte van de beslissing verwacht met de motivering ervan en dat zij nalaat een onderscheid te maken tussen de beslissing en de brief waarmee die beslissing wordt meegedeeld; dat die beslissingen terug te vinden zijn in de voorbereidende nota's meegedeeld aan het directiecomité voor ieder van zijn vergaderingen en die het directiecomité zich toeëigent, alsook in de uittreksels uit de processen-verbaal van voormelde vergaderingen; dat de verplichtingen die voortvloeien uit de motiveringswet niet inhouden dat de "motieven van de motieven" moeten worden vermeld; dat uit de brief van 3 juni 2003 blijkt dat de verwerende partij, na te hebben vastgesteld dat verzoekster op aanhoudende wijze de wettelijke vereisten niet naleeft en geen gevolg geeft aan de herhaalde hersteltermijnen, geoordeeld heeft dat, vermits op redelijke termijn geen oplossing kan worden verwacht en de andere maatregelen in casu niet meer dienend kunnen zijn, de vergunning van verzoekster moet worden herroepen; dat verzoekster overigens tijdens de hoorzitting van 20 juni 2003 geen bijkomende stukken en geen schriftelijke argumentatie heeft neergelegd en door die passieve houding de nieuwe procedure ingesteld door de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten en 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 Commissie voor het Bank- en Financiewezen volledig heeft uitgehold en dan ook het recht verliest om nieuwe grieven voor de Raad van State te doen gelden; dat de bestreden beslissingen,

in tegenstelling met de eerdere beslissing van 22 oktober 2002, geenszins alleen op het gebrek aan een tweehoofdige leiding gesteund zijn en dat dit voldoende tot uiting komt in het schrijven van 3 juni 2003; dat ten slotte de bestreden beslissingen niet kennelijk onredelijk zijn, gelet op het feit dat verzoekster steeds nagelaten heeft enige concrete maatregel te nemen om de vastgestelde gebreken te verhelpen en er niet in slaagt aan te tonen dat zij die maatregelen binnen een redelijke termijn zal nemen;

3.3.1. Overwegende dat de verwerende partij in haar brief van 30 april 2003 aan verzoekster heeft laten weten dat verzoekster voor 30 mei 2003 moet aantonen dat de vennootschap beschikt over het wettelijk vereiste reglementair eigen vermogen en over een actuele en volledige boekhouding, dat zij de periodieke rapportering van 30 september 2002, 31 december 2002 en 31 maart 2003 moet bezorgen aan de verwerende partij, dat zij de verwerende partij moet informeren over de maatregelen die zij zal nemen om over een adequate interne controle te beschikken alsmede over het beleid en de maatregelen die zij zal treffen voor de concrete invulling van de interne audit en compliance zoals omschreven in de circulaire D1/EB/2002/6, dat zij de verwerende partij moet informeren op welke wijze de rendabiliteit van de vennootschap zal worden hersteld en aan de verwerende partij de nodige maatregelen moet voorstellen om de tweehoofdige effectieve leiding te herstellen middels de aanstelling van een afgevaardigd bestuurder die in functie zal treden zodra de verwerende partij de kandidaat heeft goedgekeurd; dat in de brieven van 3 juni 2003 en 24 juni 2003 in dezelfde zin en opnieuw wordt gewezen op voornoemde tekortkomingen en ook nog andere problemen bij verzoekster worden belicht; dat hieruit, in weerwil van wat verzoekster poogt te bewijzen, op ruimschoots afdoende wijze blijkt dat de verwerende partij de bestreden beslissingen niet uitsluitend heeft genomen op grond van de afwezigheid van een tweehoofdige leiding, doch op grond van meerdere tekortkomingen;

3.3.2. Overwegende dat wat betreft de aangevoerde schending van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, verzoekster niet ernstig staande kan houden dat de verwerende partij de uit die wet voortvloeiende motiveringsverplichting zou hebben geschonden, aangezien verzoekster zelf in haar verzoekschrift op uitvoerige wijze de motieven betwist van de bestreden beslissingen, zodat zij zonder twijfel op de hoogte is van die motieven; dat die motieven bovendien de juridische en feitelijke overwegingen

vermelden die aan de grondslag van de beslissingen liggen; dat, immers, in de notulen van de vergadering van 3 juni 2003 uitdrukkelijk gesteld is dat tot de onmiddellijke herroeping van de vergunning en de aanstelling van een speciaal commissaris wordt beslist omdat verzoekster nagelaten heeft de herstelmaatregelen die werden opgelegd bij beslissing van de verwerende partij van 29 april 2003 en die aan verzoekster werden meegedeeld bij brief van 30 april 2003, binnen de opgelegde termijn te nemen en omdat, gelet op de aanslepende anomalieën en formele schendingen van de wet, geen enkele van de bij wet bepaalde sancties nog enige uitweg bieden; dat die motieven nog eens uitdrukkelijk zijn hernomen en geëxpliciteerd in de brief van de voorzitter van de CBF van 3 juni 2003 waarmee die beslissing ter kennis is gebracht van verzoekster; dat ook uit de notulen van de vergadering van het directiecomité van 23 juni 2003 blijkt dat het comité zich akkoord verklaarde met het voorstel gedaan in een nota van de directeur van de verwerende partij om het verzoek tot intrekking te verwerpen omdat, behalve een toezegging van een toekomstige geldschietster om in te schrijven op een kapitaalverhoging van verzoekster, geen concrete voorstellen tot herstel gedaan zijn sinds de hoorzitting van 20 juni 2003 en dat die beslissing en de motieven die er aan de grondslag van liggen, met een brief van 24 juni 2003 aan verzoekster ter kennis zijn gebracht; dat de bestreden beslissingen steunen op artikel 104, § 1, van de wet van 6 april 1995, naar luid waarvan de vergunning van een beleggingsonderneming kan worden herroepen indien na afloop van de termijn die werd verleend om aan bepaalde gebreken te verhelpen, de toestand niet is verholpen; dat de beslissing van 3 juni 2003 is genomen omdat verzoekster nagelaten had de met een brief van 29 april 2003 opgelegde herstelmaatregelen binnen de gestelde termijn te nemen en omdat de andere bij wet bepaalde sancties geen uitweg bieden gelet op de aanslepende anomalieën en formele schendingen van de wet; dat die anomalieën en schendingen van de wet en de vereiste herstelmaatregelen in de brief van 30 april 2003 uitdrukkelijk zijn vermeld; dat verzoekster die brief klaarblijkelijk naast zich neer heeft gelegd; dat zij evenmin de nodige diligentie aan de dag heeft gelegd bij haar verzoek tot heroverweging; dat zij weliswaar een verklaring heeft gehad voor alle tekortkomingen doch niet blijkt dat zij die tekortkomingen binnen de gestelde termijn heeft verholpen;

3.3.3. Overwegende ten slotte dat enkel een manifeste wanverhouding tussen de vastgestelde tekortkomingen en de opgelegde sanctie en een kennelijke onredelijkheid van de beslissende overheid als een onwettigheid wordt beschouwd

die tot de annulatie kan doen besluiten; dat uit de gegevens van de zaak blijkt dat, in tegenstelling met wat verzoekster aanvoert in haar verzoekschrift, helemaal niet blijkt dat zij “er alles aan heeft gedaan om tegemoet te komen aan de verwijten van de verwerende partij”; dat daartegenover wel blijkt dat verzoekster, ondanks herhaalde aanmaningen, passief is gebleven en derhalve nagelaten heeft de opgelegde maatregelen te nemen en dat dit gebeurd is spijt het grote geduld betoond door de verwerende partij; dat de verwerende partij uiteindelijk dan ook terecht kon besluiten tot de maatregel van herroeping van de vergunning;

3.3.4. Overwegende dat het eerste middel in al zijn onderdelen niet gegrond is;

3.4.1. Overwegende dat verzoekster in een tweede middel de schending aanvoert van artikel 60 van de wet van 6 april 1995 inzake het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen, de bemiddelaars en de beleggingsadviseurs, het akkoord inzake de Europese Economische Ruimte (EER), en de Richtlijn 93/22 van de Raad van 10 mei 1993 betreffende het verrichten van diensten op het gebied van beleggingen in effecten, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het zorgvuldigheids-, het motiverings- en het rechtszekerheidsbeginsel en machtsoverschrijding, doordat, in de interpretatie van de verwerende partij met betrekking tot het vereiste van de tweehoofdige leiding, welke inhoudt dat alleen Belgen en buitenlanders die zich permanent vestigen in België een dergelijke functie kunnen waarnemen, een dergelijke motivering in strijd is met artikel 60 van de wet van 6 april 1995 inzake het statuut van en het toezicht op de beleggingsondernemingen, de bemiddelaars en de beleggingsadviseurs, het akkoord inzake de Europese Economische Ruimte (EER), en met de Richtlijn 93/22 van de Raad van 10 mei 1993 betreffende het verrichten van diensten op het gebied van beleggingen in effecten; dat zij hierbij uiteenzet dat artikel 60 van de wet van 6 april 1995 slechts een effectieve tweehoofdige leiding vereist en dat het woordgebruik “effectief” ongetwijfeld slaat op het uitvoerend karakter; dat in casu Rudolph BAUER formeel bevestigt dat hij tezamen met de andere bestuurder, Jacques VERHELST, alle investeringsbeslissingen neemt en dat hij overigens voor de uitoefening van zijn leidinggevende functie in België als zodanig geen arbeidsvergunning, noch een beroepskaart nodig heeft; dat de manifeste

weigering van de verwerende partij om Rudolph BAUER te aanvaarden als effectief bestuurslid dan ook strijdt met het akkoord inzake de Europese Economische Ruimte en met de Richtlijn 93/22 van de Raad van 10 mei 1993 betreffende het verrichten van diensten op het gebied van beleggingen in effecten; dat het voornoemde akkoord in werking is getreden op 1 januari 1994 en "thans 18 Staten telt : de 15 Lid-Staten van de Europese Unie, en IJsland, Noorwegen, Liechtenstein en Zwitserland"; dat het doel van dat akkoord het tot stand brengen is van het vrije verkeer van goederen, diensten, personen en kapitaal en van de algemene beginselen van non-discriminatie en gelijke concurrentie; dat artikel 4 van het akkoord uitdrukkelijk in het algemene discriminatieverbod voorziet op grond van nationaliteit; dat het vereisen van een domicilie dan wel een verblijf in België, van beide personen die de tweehoofdige leiding van de beleggingsonderneming uitmaken, duidelijk een verplichting is die Belgische dienstverleners en bijgevolg Belgische beleggingsondernemingen bevoordeelt, en derhalve strijdig is met het akkoord dat terzake bescherming biedt; dat de redenering van de verwerende partij ook strijdt met de genoemde Richtlijn 93/22; dat die Richtlijn immers de wezenlijke, noodzakelijke en voldoende harmonisatie beoogt tot stand te brengen om te komen tot een wederzijdse erkenning van de vergunningen en van de stelsels van prudentieel toezicht, waardoor voor ondernemingen die beleggingsdiensten verrichten, één en dezelfde vergunning voor de gehele Gemeenschap geldig is en waarbij het beginsel geldt dat het toezicht wordt uitgeoefend door de lidstaat van herkomst van die ondernemingen; dat de Richtlijn wel ter wille van de bescherming van de beleggers de interne controle binnen de onderneming waarborgt, bijvoorbeeld door een systeem van tweehoofdige leiding, doch niet bepaalt dat hiervoor een systeem van domicilie in de Staat van uitoefening van de activiteiten vereist zou zijn; dat een interpretatie zoals die van de verwerende partij "manifest in strijd (is) met de beginselen van niet-discriminatie, en niet-belemmering, die aan de Richtlijn ten grondslag liggen"; dat de tekortkoming van het ontbreken van de tweehoofdige leiding de "ruggesteun" uitmaakt van de zogenaamde verantwoording van de gehele en definitieve herroeping;

3.4.2. Overwegende dat de verwerende partij hierop, samengevat, antwoordt dat het middel niet ontvankelijk is omdat de bestreden beslissingen niet de verwerping van de kandidatuur van Rudolph BAUER tot voorwerp hebben en dat die kandidatuur reeds verworpen werd bij beslissing van de verwerende partij van 29 april 2003 en niet bestreden werd zodat zij definitief is geworden; dat voorts het

middel ook feitelijke grondslag mist omdat het akkoord over de Europese Economische Ruimte niet geratificeerd is door Zwitserland, terwijl verzoekster aan de verwerende partij een interpretatie van artikel 60 van de wet van 6 april 1995 toemeet die zij nooit gemaakt heeft; dat zij, zoals uit het administratief dossier blijkt, nooit louter de nationaliteit en de verblijfplaats van Rudolph BAUER als een weigeringscriterium op zich gehanteerd heeft maar wel het gebrek aan effectieve beschikbaarheid; dat het verblijf van Rudolph BAUER in het buitenland alleen in verband gebracht is met de overige organisatorische problemen van verzoekster, waaronder het gebrek aan informatica en zelfs de afwezigheid van een faxtoestel op het kantooradres, alsook met het feit dat sprake was van slechts één maandelijks bezoek van Jacques VERHELST aan Rudolph BAUER in Zwitserland; dat ook geenszins een op nationaliteit gesteunde discriminerende houding aangenomen is en evenmin dat de wet van 6 april 1995 in die zin is geïnterpreteerd; dat gelet op de bewoordingen van artikel 60 van de wet van 6 april 1995, bevestigd door de bewoordingen van artikel 70, § 2, 1°, de beschikbaarheid van de bestuurders een fundamenteel wettelijk criterium is zodat de effectieve leiding slechts toevertrouwd kan worden aan iemand die daadwerkelijk beschikbaar is;

3.5.1. Overwegende dat de verwerende partij terecht opmerkt dat zij reeds op 29 april 2003 beslist heeft dat Rudolph BAUER niet in aanmerking komt voor de vereiste van tweehoofdige effectieve leiding, dat die beslissing en de motieven die er aan de grondslag van liggen, bij brief van 30 april 2003 ter kennis werden gebracht van verzoekster en dat die beslissing niet formeel bestreden is alvorens de beslissing tot herroeping van de vergunning van 3 juni 2003 werd genomen; dat verzoekster weliswaar tijdens de hoorzitting van 20 juni 2003 mondeling heeft betwist dat Rudolph BAUER niet de nodige beschikbaarheid zou hebben om de leiding waar te nemen; dat de verwerende partij nochtans in haar beslissing van 23 juni 2003, na een nieuw onderzoek, heeft gesteld dat de kandidatuur van Rudolph BAUER niet in aanmerking komt voor de effectieve tweehoofdige leiding, zodat het middel ontvankelijk is;

3.5.2. Overwegende dat Rudolph BAUER de Zwitserse nationaliteit heeft en dat hij woont en verblijft in Zwitserland; dat de Zwitserse Bondstaat het akkoord

over de Europese Economische Ruimte, de EER-Overeenkomst, niet heeft geratificeerd, zodat in dezen de bepalingen van dit akkoord niet kunnen worden ingeroepen; dat dit om similaire redenen ook het geval is voor de Richtlijn nr. 93/22 van de EEG-Raad van 10 mei 1993; dat overigens verzoekster er verkeerdelijk van uitgaat dat de verwerende partij de kandidatuur van Rudolph BAUER zou hebben verworpen om de enkele reden en om het loutere feit dat hij geen domicilie in België heeft of zich er niet permanent gevestigd heeft; dat immers het motief van de verwerping van zijn kandidatuur alleen steunt op diens gebrek aan effectieve beschikbaarheid;

3.5.3. Overwegende dat artikel 60 van de wet van 6 april 1995 als volgt luidt :

“De effectieve leiding van een beleggingsonderneming moet worden toevertrouwd aan ten minste twee natuurlijke personen; voor de uitoefening van deze functies moeten zij de vereiste professionele betrouwbaarheid en de passende ervaring bezitten”;

en artikel 70, § 2, 1°, als volgt :

“§ 2. De externe functies als bedoeld in § 1 worden beheerst door de interne regels die de beleggingsonderneming moet invoeren en doen naleven teneinde:
1° te vermijden dat personen die deelnemen aan de effectieve leiding van de beleggingsonderneming, door de uitoefening van die functies, niet langer voldoende beschikbaar zijn om deze leiding waar te nemen.
(...)”;

dat uit het samenlezen van de voornoemde bepalingen onder een “effectieve leiding” wordt begrepen een werkelijke of feitelijke leiding, dit is bijgevolg meer dan het nemen van investeringsbeslissingen in de beleggingsonderneming, die ook een permanente inwendige en wederzijdse controle mogelijk moet kunnen maken zodat het voorschrift van een tweehoofdige effectieve leiding een grote beschikbaarheid en zeer regelmatige fysieke aanwezigheid vereist teneinde die controle mogelijk te maken en op die wijze het risico van fraude en wanbeheer te verkleinen; dat in casu, het weze herhaald, de kandidatuur van Rudolph BAUER voor de effectieve tweehoofdige leiding niet in aanmerking is genomen wegens zijn beperkte effectieve

en fysieke beschikbaarheid; dat de verwerende partij er ook op gewezen heeft dat gelet op de vastgestelde ernstige tekortkomingen precies de behoefte bestond aan een tweede uitvoerende bestuurder die zich bezig moet houden met de dagelijkse administratie van de onderneming en met de realisatie van de interne controle; dat verzoekster zelf verklaard heeft dat het contact met Rudolph BAUER slechts eenmaal per maand geschiedde in Zwitserland en derhalve niet op de zetel van verzoekster, terwijl zij zelf niet beschikt over een minimum aan moderne communicatieapparatuur; dat de verwerende partij bijgevolg rechtmatig kon besluiten om de kandidatuur van Rudolph BAUER niet in aanmerking te nemen wegens gebrek aan fysieke aanwezigheid en beschikbaarheid op de zetel van verzoekster; dat het middel niet gegrond is,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van de vordering tot schorsing en van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 350 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op achtentwintig juni 2000 en vier, door de IXe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	J. DE BRABANDERE,	kamervoorzitter,
	L. HELLIN,	staatsraad,
	A. VANDENDRIESSCHE,	staatsraad,
Mevr.	S. VAN AELST,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. VAN AELST.

J. DE BRABANDERE.