

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 248.587 van 14 oktober 2020
in de zaak A. 228.877/XIV-38.125**

In zake : de BVBA INTERCHANGE BELGIUM
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Lars Raedschelders en Floris D'Hollander
 kantoor houdend te 2000 Antwerpen
 Schaliënstraat 3
 bij wie woonplaats wordt gekozen
 eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Simon Verhoeven en Steven Van Garsse
 kantoor houdend te 2600 Antwerpen
 Prins Boudewijnlaan 18

tegen :

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

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 19 augustus 2019, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van verwerende partij van 5 augustus 2019 om, overeenkomstig artikel 103 van de Wet van 25 oktober 2016 betreffende de toegang tot het beleggingsdienstenbedrijf en betreffende het statuut van en het toezicht op de vennootschappen voor vermogensbeheer en beleggingsadvies en artikelen 4, 2° en 5 van het Koninklijk Besluit van 27 december 1994 betreffende de wisselkantoren en de valutahandel, het verzoek van verzoekende partij tot

registratie als wisselkantoor te weigeren, zoals ter kennis gebracht aan verzoekende partij met aangetekende brief dd. 5 augustus 2019”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 247.141 van 25 februari 2020 werd het debat heropend en werd het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat gelast met het aanvullend onderzoek.

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge heeft een aanvullend verslag opgesteld.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 9 september 2020.

Staatsraad Kaat Leus heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Simon Verhoeven en advocaat Alexander Verschave, loco advocaat Steven Van Garsse, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Thomas Eyskens, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste 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. 247.141 van 25 februari 2020. Er wordt naar verwezen.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4. De verzoekende partij heeft op 9 september 2020 om 11u21 via de elektronische procedure een pleitnota neergelegd. Deze pleitnota wordt “ingediend als schriftelijke neerslag van het mondeling pleidooi ter zitting” die is vastgesteld diezelfde dag om 16u15.

De verwerende partij vraagt om de pleitnota uit het debat te weren omdat zij nieuwe argumenten bevat en haar recht van verdediging mede door de laattijdige neerlegging ervan, is geschonden.

5. 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’, noch het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’ voorzien in de mogelijkheid om een pleitnota als een processtuk neer te leggen.

Het is de partijen weliswaar toegestaan om nieuwe feiten die een invloed kunnen hebben op de ontvankelijkheid en/of de gegrondheid van de vordering, aan de Raad van State ter kennis te brengen. In zoverre de door de verzoekende partij neergelegde pleitnota op dergelijke feiten betrekking heeft, kan ze dan ook bij de zaak worden betrokken. In zoverre de pleitnota geen betrekking heeft op dergelijke feiten, maar de neerslag vormt van de uiteenzetting ter terechtzitting wordt ze niet als een processtuk, maar als een loutere inlichting in aanmerking genomen.

In zoverre de verzoekende partij in haar pleidooi of in de pleitnota “die er de schriftelijke neerslag van vormt” nieuwe middelen of argumenten ontwikkelt waarvan zij - zoals te dezen - niet aantoonde dat zij die niet in haar verzoekschrift kon ontwikkelen, zijn zij niet-ontvankelijk en worden ze uit het debat geweerd.

V. Onderzoek van het enig middel

6. De verzoekende partij voert in een enig middel de schending aan van “artikel 103 Wet 25 oktober 2016 betreffende de toegang tot het beleggingsdienstenbedrijf en betreffende het statuut van en het toezicht op de vennootschappen voor vermogensbeheer en beleggingsadvies en van artikel 4 Koninklijk Besluit 27 december 1994 betreffende de wisselkantoren en de valutahandel; schending van de vrijheid van ondernemen zoals neergelegd in artikelen II.3-II.4 WER; schending van de vrijheid van vestiging zoals neergelegd in artikelen 49 en 54 VWEU; schending van de Wet 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen; schending van de formele en materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.”

In essentie verwijt de verzoekende partij de verwerende partij dat uit artikel 103, vierde lid, van de wet van 15 september 2016 ‘betreffende de toegang tot het beleggingsdienstenbedrijf en betreffende het statuut van en het toezicht op de vennootschappen voor vermogensbeheer en beleggingsadvies’ (hierna: de wet van 15 september 2016) en artikel 4, 2°, van het koninklijk besluit van 27 december 1994 ‘betreffende de wisselkantoren en de valutahandel’ (hierna: het koninklijk besluit van 27 december 1994) volgt dat om geregistreerd te worden als wisselkantoor de verwerende partij, gelet op de noodzaak van een gezond en voorzichtig beleid, overtuigd dient te zijn van de geschiktheid van de personen die, rechtstreeks of onrechtstreeks, een al dan niet stemrechtverlenende deelneming van ten minste 5% bezitten in het kapitaal van het wisselkantoor. De verzoekende partij stelt dat die bevoegdheid echter moet worden uitgeoefend

binnen de grenzen van de beginselen van behoorlijk bestuur en met respect voor de rechten en vrijheden van de verzoekende partij en haar aandeelhouders. Zij voert aan dat uit de feiten onbetwistbaar blijkt dat de uiteindelijke begunstigde van Interchange Group, de heer [J.A.H.], geschikt is aangezien Interchange Group reeds 28 jaar over de hele wereld actief is als wisselkantoor, over de vereiste registraties bij de bevoegde instanties beschikt die zonder problemen zijn bekomen en die nooit werden herroepen, en er nooit problemen zijn gerezen inzake de naleving van de witwaspreventieregels. De door de verwerende partij in de bestreden beslissing aangevoerde motieven zijn volgens de verzoekende partij gesteund “op algemene theoretische beschouwingen inzake risico-indicatie op het gebied van witwaspreventie zonder dat er effectief een concrete aanleiding is om aan te nemen, laat staan dat men kan aantonen- dat er zich effectief een probleem in dat verband heeft voorgedaan of potentieel zou voordoen”. Zij stelt nog dat de aandeelhoudersstructuur van Interchange Group geenszins onwettig is, noch het gebruik van trusts, en dat het evenmin verboden is dat de hoofdaandeelhouders gevestigd zijn in Malta en Gibraltar. De motieven waarop de bestreden beslissing steunt hebben geen betrekking op de geschiktheid van de uiteindelijk begunstigde, te dezen [J.A.H.]. Door aldus te handelen legt de verwerende partij in wezen op op welke wijze een vennootschap zou moeten worden gestructureerd opdat zij in aanmerking zou komen voor registratie als wisselkantoor, wat betekent dat “de verwerende partij op de stoel van de regelgever is gaan zitten en er in wezen geen wettelijke basis [is] voor de visie die [de] verwerende partij oplegt inzake de aan te nemen vennootschapsstructuur teneinde in aanmerking te komen voor registratie als wisselkantoor”. De gehanteerde motieven zijn niet dienstig noch pertinent zodat de bestreden beslissing onredelijk is en een ongerechtvaardigde en disproportionele beperking inhoudt op de vrijheid van ondernemen en de vrijheid van vestiging.

De verzoekende partij licht het enig middel uitgebreid toe. Samengevat, wijst ze er op dat ze een dochter is van Interchange Group, een internationale speler op het vlak van geldwisselactiviteiten die reeds 28 jaar in die markt actief is over de hele wereld en in 14 landen (waaronder aan aantal

lidstaten van de Europese Unie) over een registratie als wisselkantoor beschikt. De aandeelhouders van de verzoekende partij, zijnde Interchange Group Limited en Interchange Group BV zijn gevestigd in de Europese Unie (Malta respectievelijk Nederland). Zij benadrukt dat zij zich schikt naar de witwaspreventieregels en daarvoor een streng intern beleid heeft dat zij aan het aanvraagdossier had toegevoegd, er nog nooit incidenten te melden zijn geweest op vlak van niet-naleving van die regels en over een “feilloos track record beschikt wat betreft de naleving van de stringente witwasbestrijdingsregels”. Door in haar beoordeling via de toetsing van “gedrag” en “competentie” eisen te stellen inzake structurering van de aanvragende vennootschap en haar onderliggende aandeelhouders in het licht van bestrijding van witwaspraktijken heeft de verwerende partij voorwaarden toegevoegd voor de registratie als wisselkantoor die niet in de relevante bepalingen voorhanden zijn. Haar aandeelhoudersstructuur kan als complex ervaren worden maar dit is historisch gegroeid, onder meer omwille van fiscale optimalisatie doch dergelijke constructies zijn niet verboden wat de verwerende partij ook niet beweert noch aantoon. Dat daarbij gebruik wordt gemaakt van trusts - zijnde “een bij vermogensplanning veel gebruikte rechtsfiguur uit landen die vallen onder Common Law rechtssystemen” - is evenmin verboden. Dat met Interchange Group verbonden vennootschappen gevestigd zijn in Gibraltar en Malta is evenmin verboden, ook wanneer dat om fiscale redenen is zolang er van belastingontduiking geen sprake is. Interchange Group is overigens een Belgische vennootschap die in België haar registratie als wisselkantoor heeft aangevraagd om daar haar activiteiten als wisselkantoor te ontplooi. De verzoekende partij zet nog uiteen dat “[h]et kan zijn dat de structuur van de Interchange Group een indicator is voor witwaspraktijken zoals bedoeld in bijlage 3 van de wet van 18 september 2017 ‘tot voorkoming van het witwassen van geld en de financiering van terrorisme en tot beperking van het gebruik van contanten’” (hierna: de wet van 18 september 2017) maar in de toelichting bij de registratieaanvraag werd uiteengezet “dat er ter zake geen ernstig risico is kan dit loutere feit de beslissing in geen geval dragen, alleszins niet omdat ze disproportioneel is”. De verwerende partij stelt dat dergelijke structuren “van

aard [zijn] om de uiteindelijke begunstigde van een aandeelhoudersstructuur toe te staan anoniem te blijven”, wat een ondeugdelijk motief is aangezien de verwerende partij perfect op de hoogte is wie te dezen de uiteindelijke begunstigde van de Interchange Group is, met name [J.A.H.] van Australische nationaliteit en met actuele verblijfplaats in het Verenigd Koninkrijk alwaar de rechtsfiguur van de trust gebruikelijk is. Voorts houdt de verwerende partij “bij haar beoordeling, meer bepaald witwasindicatoren, rekening [...] met regelgeving die niet langer van kracht is”. Het koninklijk besluit van 3 juni 2007 ‘tot uitvoering van de wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme’ (hierna: het koninklijk besluit van 3 juni 2007) is opgeheven en vervangen door de wet van 18 september 2017 die in werking is getreden op 16 oktober 2017 zodat het koninklijk besluit van 3 juni 2007 geen gelding meer heeft waardoor ook een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel voorligt. De in de bestreden beslissing aangehaalde motieven hebben “geen uitstaans met de geschiktheid van [J.A.H.]”. Wat de verwerende partij de verzoekende partij *in concreto* verwijt is op geen enkele wijze te vergelijken met handelingen die als ernstige inbreuken op de anti-witwasregelgeving worden beschouwd, dan wel als handelingen die volgens die regelgeving als verdacht worden aanzien. De bestreden beslissing is dan ook “manifest onredelijk” zodat ook het redelijkheidsbeginsel is geschonden. Op die wijze, namelijk de wijze waarop de verwerende partij de voorwaarden invult waaraan moet zijn voldaan om een registratie te verkrijgen, wordt een preventief beroepsverbod opgelegd “op basis van theoretische beschouwingen en potentiële risico’s”, wat volgens de verzoekende partij niet alleen strijdt met de vrijheid van ondernemen doch ook met de vrijheid van vestiging. De in de Europese Unie gevestigde Interchange Group wordt op die wijze belemmerd om zich in België te vestigen om hier diensten inzake geldwisselactiviteiten te ontplooien. Dit klemmt des te meer daar de verwerende partij over voldoende handvaten beschikt om daadkrachtig en repressief op te treden indien een wisselkantoor zich niet houdt aan de regels, onder andere wat anti-witwas betreft. De verzoekende partij verwijst daartoe naar

de toezichts- en sanctiemechanismen zoals voorzien in de artikelen 10 en 13 van het koninklijk besluit van 27 december 1994.

Beoordeling

7. Artikel 103 van de wet van 25 oktober 2016 respectievelijk artikel 4 van het koninklijk besluit van 27 december 1994 waarop de bestreden beslissing is gesteund, luiden als volgt:

“Art. 103. De Koning bepaalt:

1° de regels betreffende de registratie van de in België gevestigde personen die beroepshalve verrichtingen uitvoeren als bedoeld in artikel 102, tweede lid en de regeling alsook het toezicht die op hen van toepassing zijn;

2° de regels waaraan de in artikel 102, tweede lid, bedoelde deviezenverrichtingen zijn onderworpen.

De personen bedoeld in het eerste lid dienen over de noodzakelijke professionele betrouwbaarheid en de passende ervaring te beschikken voor de uitoefening van de werkzaamheden omschreven in artikel 102, tweede lid. Zij mogen zich niet in één van de gevallen bevinden als beschreven in artikel 20 van de wet van 25 april 2014. Wanneer het een vennootschap betreft, gelden de voornoemde voorwaarden voor de personen die de feitelijke leiding hebben.

De registratie van de vennootschap wordt geweigerd indien de personen die, rechtstreeks of onrechtstreeks, een al dan niet stemrechtverlenende deelneming hebben van ten minste 5 pct. in het kapitaal van de vennootschap niet geschikt zijn, gelet op een gezond en voorzichtig beleid.

De Koning kan bepalen dat de registratie wordt geweigerd, herroepen of geschorst wanneer de personen bedoeld in het eerste lid, 1°, niet voldoen aan de wettelijke voorwaarden of de andere voorwaarden die Hij bepaalt.

De Koning regelt de procedure van registratie, alsook van schorsing en herroeping van de registratie.

De FSMA kan aan de instellingen als bedoeld in artikel 102, eerste lid, 1° tot 8°, vragen haar inlichtingen te verstrekken, binnen de termijn die zij vaststelt, betreffende de door die instellingen met deze personen verrichte transacties.”

“Art. 4. De wisselkantoren worden slechts geregistreerd en hun registratie wordt slechts gehandhaafd voor zover :

1° de personen die de feitelijke leiding waarnemen over de noodzakelijke professionele betrouwbaarheid en de passende ervaring beschikken om deze functies waar te nemen;

2° de Commissie voor het Bank- en Financiewezen [lees: FSMA], gelet op de noodzaak van een gezond en voorzichtig beleid, overtuigd is van de geschiktheid van de personen die, rechtstreeks of onrechtstreeks, een al dan niet stemrechtverlenende deelneming van ten minste 5 % bezitten in het kapitaal van het wisselkantoor;

3° zij zich schikken naar de bepalingen van de artikelen 194 en 195 van de wet van 4 december 1990 op de financiële transacties en de financiële markten en de in

uitvoering ervan getroffen besluiten, alsook van de wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld; 4° zij, gezien de aard en de omvang van hun werkzaamheden, over de passende administratieve en boekhoudkundige organisatie beschikken om de bepalingen als vermeld onder 3° te kunnen toepassen en controleren.”

8. De artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: de wet van 29 juli 1991) verplichten de administratieve overheid in de akte de juridische en feitelijke overwegingen op te nemen die aan de beslissing ten grondslag liggen, en dat op “afdoende” wijze. Het afdoend karakter van de motivering betekent dat de motivering pertinent moet zijn, dit wil zeggen dat ze duidelijk met de beslissing te maken moet hebben, en dat ze draagkrachtig moet zijn, dit wil zeggen dat de aangehaalde redenen moeten volstaan om de beslissing te dragen. De belangrijkste bestaansredenen van de motiveringsplicht, zoals die wordt opgelegd door de wet van 29 juli 1991, bestaat erin dat de betrokkene in de hem aanbelangende beslissing zelf de motieven moet kunnen aantreffen op grond waarvan ze werd genomen, opdat de betrokkene met kennis van zaken zou kunnen uitmaken of het aangewezen is de beslissing met een annulatieberoep te bestrijden.

De materiële motiveringsplicht houdt in dat iedere administratieve rechtshandeling moet steunen op motieven waarvan het feitelijk bestaan naar behoren is bewezen en die in rechte ter verantwoording van die handeling in aanmerking kunnen worden genomen. Bij de beoordeling van de naleving van de materiële motiveringsplicht is de Raad van State niet bevoegd om zijn oordeel omtrent de feiten in de plaats te stellen van het oordeel van de administratieve overheid. Hij is enkel bevoegd om desgevraagd na te gaan of de administratieve overheid 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 kunnen komen. Voorts mag enkel met de formeel uitgedrukte motieven rekening worden gehouden.

Het zorgvuldigheidsbeginsel houdt in dat het bestuur zijn beslissing op zorgvuldige wijze moet voorbereiden. Dit impliceert dat de beslissing dient te steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld. De overheid is onder meer verplicht om zorgvuldig te werk te gaan bij de voorbereiding van de beslissing en de feitelijke en juridische aspecten van het dossier deugdelijk te onderzoeken, zodat zij met kennis van zaken kan beslissen.

9. Te dezen wordt de bestreden beslissing in essentie gesteund op de volgende overwegingen. Interchange Belgium bvba wordt gecontroleerd door een complexe “cascade” van vennootschappen, waarvan de hoofdvennootschappen aangehouden worden door een trustachtige figuur gevestigd in Gibraltar, waar met name de toepasselijke fiscale regels bijzondere kenmerken vertonen, en in Malta. De Interchange groep oefent geen economische activiteit uit in deze landen. De entiteit die als hoofdaandeelhouder van de groep fungeert, is opgericht, aangehouden en beheerd door entiteiten van de [F.] groep, die een in Gibraltar gevestigde dienstverlener is waarvan de activiteiten precies bestaan in het oprichten, in bezit houden en besturen van vennootschappen voor rekening van derden, zoals [J.A.H.]. De verwerende partij wijst er in de bestreden beslissing verder op dat Malta (waar een aantal groepsvennootschappen gevestigd zijn), wordt beschouwd als een land waar de witwasbestrijdingssystemen, naar het oordeel van de Europese Commissie, gebrekkig zijn waarbij de verwerende partij wijst op een advies uitgebracht door de Europese Commissie waarin deze de Maltese antiwitwaswaakhond verzocht om verder aanvullende maatregelen te nemen om volledig te voldoen aan de verplichtingen uit hoofde van de vierde antiwitwasrichtlijn. Een dergelijke structuur strookt volgens de verwerende partij met de risico-indicatoren aangemerkt in de door haar in de bestreden beslissing vermelde documenten en criteria (complexe aandeelhoudersstructuur, gebruik van offshore vehikels, trusts en/of van rechtspersonen met gevolmachtigde aandeelhouders, fiscaal paradijs of tenminste land met bijzondere fiscale regels) waarbij zij - onder meer - verwijst naar bijlage 3 van de wet van 18 september 2017. Overeenkomstig die bijlage 3 worden onder andere als indicatieve factoren

van potentieel hoger risico aan witwas beschouwd (i) het gebruik van vennootschappen met gevolmachtigde aandeelhouders (*cfr.* artikel 1, eerste lid, 1°, d) van bijlage 3), (ii) het bestaan van een eigendomsstructuur die ongebruikelijk of buitensporig complex lijkt gezien de aard van de vennootschapsactiviteit (*cfr.* artikel 1, eerste lid, 1°, f) van bijlage 3) en (iii) de banden met/vestiging in landen die op basis van geloofwaardige bronnen zoals wederzijdse beoordelingen, gedetailleerde evaluatierapporten, of gepubliceerde follow-up rapporten, worden aangemerkt als landen zonder effectieve witwasbestrijdingssystemen (*cfr.* artikel 1, eerste lid, 3°, a) van bijlage 3). Volgens de verwerende partij voldoet de verzoekende partij dan ook niet aan de voorwaarde vervat in het hiervoor aangehaalde artikel 4, 2°, van het koninklijk besluit van 27 december 1994.

Anders dan wat de verzoekende partij aanvoert, vormen de motieven, zoals hiervoor weergegeven, geen “louter theoretische beschouwingen”. De formele motivering terzake verschaft aan de verzoekende partij voldoende duidelijkheid om met de nodige precisie de determinerende motieven te vatten waarom de verwerende partij oordeelde dat zij te dezen niet overtuigd is van de geschiktheid van de personen die, rechtstreeks of onrechtstreeks, een al dan niet stemrechtverlenende deelneming van ten minste 5 % bezitten in het kapitaal van het wisselkantoor en, derhalve, waarom de verwerende partij de gevraagde registratie heeft geweigerd. Dit volstaat in het licht van de door de verzoekende partij aangehaalde formelemotiveringsplicht. De afdoende formele motivering blijkt ook uit de omstandigheid dat de verzoekende partij met kennis van zaken inhoudelijke kritiek levert op de bestreden beslissing. Voorts gaat de formelemotiveringsplicht te dezen niet zover dat ze de FSMA en dus ook de bestreden beslissing, ertoe zou verplichten de uitgedrukte motieven inzake het in artikel 4, 2°, vervatte geschiktheids criterium nog nader te expliciteren. De enkele omstandigheid dat de verzoekende partij zich niet kan vinden in de gegeven formele motivering, maakt die daarom niet onwettig.

10. Uit het *sub* 7. aangehaalde artikel 103, derde lid, van de wet van 25 oktober 2016 en artikel 4, 2°, van het koninklijk besluit van 27 december 1994 volgt dat de FSMA, gelet op de noodzaak van een gezond en voorzichtig beleid, “overtuigd” moet zijn van de geschiktheid van de personen die, rechtstreeks of onrechtstreeks, een al dan niet stemrechtverlenende deelneming van de ten minste 5% bezitten in het kapitaal van het wisselkantoor. De FSMA dient met inachtneming van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur de registratieaanvraag te weigeren wanneer zij niet overtuigd is van de geschiktheid van die personen. De toepasselijke regelgeving bepaalt niet op grond van welke feiten, noch op grond van welke criteria over deze geschiktheid moet worden geoordeeld. Zij bepaalt evenmin dat de FSMA enkel moet kijken, zoals de verzoekende partij lijkt voor te houden, naar “ernstige feiten die in relatie kunnen worden gebracht met de uitoefening van de activiteit waarvoor een toelating wordt gevraagd en [...] [die] zich reeds moeten hebben voorgedaan”.

Het komt derhalve op grond van artikel 4, 2°, van het koninklijk besluit van 27 december 1994 aan de verwerende partij toe te oordelen of de aangevraagde registratie moet worden geweigerd omdat zij niet overtuigd is van de geschiktheid van de personen die, rechtstreeks of onrechtstreeks, een al dan niet stemrechtverlenende deelneming van ten minste 5 % bezitten in het kapitaal van het wisselkantoor. De verwerende partij beschikt daarbij als autonome toezichthouder over een discretionaire bevoegdheid die zij moet uitoefenen met inachtneming van de door de wetgever nagestreefde doelstellingen en de door de wet - de “wet” te begrijpen als het geheel van de normenhiërarchie daarin begrepen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur - aangereikte criteria of gestelde beperkingen.

Het komt aan de Raad van State in het raam van zijn wettigheidstoezicht niet toe om, desgevraagd, zelf deze beoordeling te maken van de vraag of de betrokken persoon over de geschiktheid bezit. De Raad van State is enkel bevoegd om na te gaan of de overheid is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan

overeenkomstig de toepasselijke normatieve bepalingen en binnen de perken van de redelijkheid tot haar besluit is gekomen zonder dat hij daarbij een eigen beslissing in de plaats van die van het daartoe bevoegde bestuur kan stellen.

11. De aan de FSMA toegekende beoordelingsvrijheid houdt in dat deze de geschiktheid van de personen onderzoekt onder meer vanuit de invalshoek van witwaspreventie, wat door het koninklijk besluit van 27 december 1994 uitdrukkelijk wordt beoogd. In het verslag aan de Koning bij dat besluit kan onder meer worden gelezen dat de wisselkantoren onderworpen zijn aan de wet van 11 januari 1993 (inmiddels opgeheven en vervangen door de wet van 18 september 2017) en dat zij de enige aan deze wet onderworpen financiële ondernemingen zijn waarvoor de controleoverheid - te dezen de FSMA - die ondermeer de Cel voor financiële informatieverwerking moet inlichten wanneer zij feiten vaststelt die bewijsmateriaal voor het witwassen van geld kunnen vormen en sancties kan nemen wanneer een onder haar toezicht staande onderneming de wet van 11 januari 1993 niet naleeft, nog moe(s)t worden aangeduid. In datzelfde verslag wordt nog uiteengezet dat uit het activiteitenverslag 1993/1994 van de Cel voor financiële informatieverwerking blijkt dat het merendeel van de verrichtingen die geleid hebben tot de overmaking door die cel aan de procureur des Konings te Brussel van dossiers die ernstige aanwijzingen van witwassen vertoonden zoals beoogd door de wet van 11 januari 1993, de contante aan- en verkoop van vreemde munten betreft. Het is bijgevolg aan de FSMA toegestaan om, vanuit het oogpunt van de witwasbestrijding, bij het haar toevertrouwde “geschiktheidsonderzoek” een visie te ontwikkelen over een aandeelhoudersstructuur als waarborg voor een gezond en voorzichtig beleid en daarbij criteria te hanteren zoals aangereikt in bijlage 3 van de thans geldende wet van 18 september 2017. De FSMA voegt daardoor geen voorwaarden toe aan de genoemde artikelen 103, derde lid, van de wet van 25 oktober 2016 en artikel 4, 2°, van het koninklijk besluit van 27 december 1994. Bovendien blijkt, anders dan de verzoekende partij voorhoudt, dat de verwerende partij de in artikel 1 van bijlage 3 bij de wet van 18 september 2017 vermelde criteria *c.q.* risico-indicatoren die zij heeft in ogenschouw genomen niet “louter theoretisch”, volautomatisch of blindelings

heeft toegepast. Zij heeft deze criteria wel degelijk geconcretiseerd en derhalve betrokken op de eigen situatie van de verzoekende partij wat haar (complexe) aandeelhoudersstructuur betreft, het gebruik van *offshore* vehikels, trusts en/of van rechtspersonen met gevolmachtigde aandeelhouders, evenals de fiscale situatie van de te dezen betrokken landen of overzeese gebieden.

De verzoekende partij kan evenmin worden bijgevalen waar zij meent dat de beoordeling van de elementen die worden aangehaald in de bestreden beslissing als motieven geen uitstaans hebben met de in artikel 4, 2°, van het koninklijk besluit van 27 december 1994 bedoelde “geschiktheid”, noch waar zij stelt dat wat de verwerende partij de verzoekende partij *in concreto* verwijt “op geen enkele wijze te vergelijken [valt] met handelingen die als ernstige inbreuken op de anti-witwasregelgeving worden beschouwd dan wel als handelingen die volgens die regelgeving als verdacht worden aanzien”. Vooreerst weerlegt de verzoekende partij niet dat de structuur van de Interchange Group een indicator kan zijn voor witwaspraktijken als bedoeld in bijlage 3. De verzoekende partij stelt zelf (verzoekschrift, randnummer 41) dat “[h]et kan zijn dat de structuur van de Interchange Group een indicator is voor witwaspraktijken zoals bedoeld in bijlage 3 van de wet van 18 september 2007” doch dat er te dezen, zoals zij in haar registratieaanvraag heeft uiteengezet, “geen ernstig risico is”. De verzoekende partij lijkt er op die wijze evenwel aan voorbij te gaan, eensdeels, dat de witwaswetgeving wel degelijk voorziet in indicatieve factoren van potentieel risico aan witwas (*cfr.* de bijlage 3 van de wet van 18 september 2017) en anderdeels dat de FSMA dienvolgens binnen het kader van de uitoefening van de haar toegewezen discretionaire bevoegdheid bij de beoordeling van een registratieaanvraag die factoren of indicatoren vermag te betrekken bij de beoordeling van garanties van witwasbestrijding bij het onderzoek van onder meer de aandeelhoudersstructuur. Wanneer die garanties niet of onvoldoende worden geboden - te dezen acht de verwerende partij drie risicoindicatoren vervuld - is het niet onredelijk om te besluiten dat de vereiste geschiktheid niet aanwezig is. Het is daartoe niet vereist dat feiten of inbreuken zich reeds zouden hebben voorgedaan. De verwerende partij is niet enkel belast met een curatief of

repressief (handhavings)toezicht doch ook met een preventief toezicht, namelijk op het ogenblik dat een registratie wordt aangevraagd. De argumentatie die de verzoekende partij aanvoert en die volgens haar aantoonde dat er voldoende garanties zijn voor een voorzichtig en gezond beleid (namelijk omdat zij beleidsregels inzake anti-witwas hanteert en toepast, er gedurende de 28 jaar dat de groep actief is geen probleem is gerezen inzake de toepassing van de witwaspreventieregels en dat de aandeelhoudersstructuur historisch is gegroeid en dergelijke constructies, waaronder trusts en verbonden vennootschappen gevestigd in Gibraltar en Malta, niet verboden zijn en dat de finale begunstigde te dezen gekend is), kan mogelijks een andere opvatting onderbouwen over de geschiktheid van de aandeelhoudersstructuur in het licht van de noodzaak van een gezond en voorzichtig beleid, doch hiermee is niet de onwettigheid van de door de FSMA gemaakte beoordeling aangetoond noch dat deze de grenzen van haar beoordelingsbevoegdheid te buiten is gegaan.

12. In zoverre de verzoekende partij de verwerende partij verwijt dat zij bij haar beoordeling rekening houdt met regelgeving die thans niet meer van kracht is, overtuigt zij niet.

De verzoekende partij stelt dat de verwijzing in de bestreden beslissing naar de indicator “de tussenkomst van opgerichte of overgenomen schermvennootschappen met maatschappelijke zetel in een fiscaal paradijs of offshorecentrum of op het privé-adres van een stroman, of die atypische verrichtingen uitvoeren gelet op hun maatschappelijk doel, of die een onzeker of incoherent maatschappelijk doel hebben” opgenomen in artikel 2, 1°, van het koninklijk besluit van 3 juni 2007, niet langer geldt. Het koninklijk besluit van 3 juni 2007 is een koninklijk besluit ter uitvoering van de wet van 11 januari 1993 die evenwel is opgeheven en vervangen door de wet van 18 september 2017 en derhalve “geen gelding meer [heeft]” zodat de verwerende partij zich in haar beoordeling ook niet kan laten leiden door de bepalingen ervan, “wat de wettigheid van de bestreden beslissing vitieert” en “waardoor ook het zorgvuldigheidsbeginsel [...] is geschonden”.

Daargelaten of het koninklijk besluit van 3 juni 2007 (dat - anders dan de verzoekende partij lijkt voor te houden - niet uitdrukkelijk is opgeheven en waaromtrent artikel 192 van de wet van 18 september 2017 bepaalt dat de koninklijke besluiten, de reglementen en alle andere handelingen van reglementaire aard die in uitvoering van de wet van 11 januari 1993 ‘tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme’ (hierna: de wet van 11 januari 1993) zijn vastgesteld (zoals het koninklijk besluit van 3 juni 2007), “van toepassing [blijven] in de mate dat de bepalingen van deze wet voorzien in de algemene of specifieke juridische machtigingen die nodig zijn voor deze reglementaire handelingen en dat hun inhoud niet in strijd is met deze wet”, wat de verzoekende partij alvast voor de Raad van State niet inzichtelijk maakt), “is opgeheven en vervangen door de wet van 18 september 2017”, is voor voorliggende zaak niet dienstig. Het komt, zoals hiervoor gesteld, aan de FSMA toe om zich een overtuiging te vormen over de ‘geschiktheid van de personen die, rechtstreeks of onrechtstreeks, een al dan niet stemrechtverlenende deelneming van ten minste 5 % bezitten in het kapitaal van het wisselkantoor’. Daarbij vermag zij rekening te houden met allerhande indicatoren die het witwasrisico kunnen duiden. Ze is niet verplicht om enkel rekening te houden met indicatoren uit het positief recht.

Uit wat voorafgaat volgt dat geen schending voorligt van het in het middel geschonden geachte artikel 103 van de wet van 25 oktober 2016, artikel 4 van het koninklijk besluit van 27 december 1994, de (artikelen 2 en 3 van de) wet van 29 juli 1991, van de materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel of het redelijkheidsbeginsel.

13. In de mate de verzoekende partij in haar verzoekschrift nog aanvoert dat de verwerende partij “op de stoel van de regelgever is gaan zitten” omdat er (i) in wezen geen wettelijke basis is voor de visie die zij oplegt inzake de aan te nemen vennootschapsstructuur om in aanmerking te komen voor registratie als wisselkantoor, (ii) de gehanteerde motieven niet draagkrachtig zijn zodat (iii) de bestreden beslissing onredelijk is en een ongerechtvaardigde en

disproportionele beperking inhoudt op de vrijheid van ondernemen (artikelen II.3 en II.4 van het Wetboek van Economisch Recht en de vrijheid van vestiging (artikelen 49 en 54 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU)), mist haar argumentatie doel.

Anders dan wat de verzoekende partij bij de vermeende schending van de vrijheid van ondernemen voorhoudt, kan, gelet op wat hiervoor *sub* 10. tot 13. is uiteengezet, niet worden aangenomen dat de bestreden beoordeling “geen steun vindt in de toepasselijke regelgeving” en dat “de motieven [...] de beslissing niet kunnen dragen”.

Voorts betwist de verzoekende partij niet dat de plicht tot voorafgaande registratie niet in strijd is met de vrijheid van vestiging (art. 49 VWEU), maar zij stelt dat de invulling die de verwerende partij eraan geeft discriminatoir en verboden is aangezien deze daardoor “in essentie verbiedt dat vennootschappen uit andere landen zich laten registreren waaruit de aandeelhoudersstructuur is samengesteld uit trusts, rechtsfiguren uit de Angelsaksische wereld”.

Deze argumentatie kan niet worden bijgevalen. Ook de Europese autoriteiten hebben in de “Gemeenschappelijke richtsnoeren krachtens artikel 17 en artikel 18, lid 4, van Richtlijn (EU) 2015/849 betreffende vereenvoudigd en verscherpt cliëntenonderzoek en de factoren die kredietinstellingen en financiële instellingen in overweging dienen te nemen wanneer zij het aan afzonderlijke zakelijke relaties en occasionele transacties verbonden witwasrisico en risico van terrorismefinanciering beoordelen” geoordeeld dat onder meer (complexe) juridische constructies of trusts een witwasrisico inhouden. Deze richtsnoeren zijn gericht tot kredietinstellingen en financiële instellingen als gedefinieerd in artikel 3, leden 1 en 2, van Richtlijn (EU) 2015/849, en tot bevoegde autoriteiten (zoals de FSMA) die verantwoordelijk zijn voor het toezicht op de naleving door deze ondernemingen van hun verplichtingen in het kader van het bestrijden van witwassen en terrorismefinanciering (hierna:

“AML/CFT”). Voorbeelden van producten, diensten en transacties met een verhoogd risico zijn aandelen aan toonder, fiduciaire deposito’s, offshore vehikels en bepaalde trusts, en rechtspersonen zoals stichtingen die zo kunnen worden gestructureerd dat ze kunnen profiteren van anonimiteit en ze interacties met lege vennootschappen of ondernemingen met gevolmachtigd aandeelhouders mogelijk maken. Voorts moet volgens die richtlijnen ook rekening worden gehouden met landen en geografische gebieden en de al dat niet toereikendheid van de AML/CFT-regelgeving en de doeltreffendeheid van het AML/CFT-toezicht van het land ”.

14. Tot slot, leiden de instrumenten *c.q.* “handvaten” waarover de FSMA krachtens de artikelen 10 en 13 van het koninklijk besluit van 27 december 1994 beschikt om de naleving van de witwasregels af te dwingen, er evenmin toe dat de beoordeling door de FSMA naar aanleiding van een registratieaanvraag van de geschiktheidsvoorwaarde van artikel 4, 2°, van datzelfde besluit (te dezen het niet-ervuld zijn ervan), onwettig of disproportioneel is. In de mate de verwerende partij binnen de haar toegewezen discretionaire beoordelingsbevoegdheid heeft vastgesteld dat niet aan één of meerdere voorwaarden vervat in artikel 4 van het koninklijk besluit van 27 december 1994 is voldaan, heeft zij geen keuze en vermag zij geen registratie toe te staan. In dat opzicht is haar beslissingsbevoegdheid gebonden.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van veertien oktober tweeduizend twintig, 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