

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

A R R Ê T

n° 220.895 du 5 octobre 2012

A. 206.472/XV-2060

En cause :

- 1. la s.a. INCO,**
- 2. GIRALDI Jacqueline,**

ayant élu domicile chez
Mes D. TELLIER et D. PAULET, avocats,
rue de la Pavée 7
5101 Namur,

contre :

**l'Autorité des services et marchés financiers
(FSMA),**

ayant élu domicile chez
Mes D. LINDEMANS et A. WIRTGEN, avocats
boulevard de l'Empereur 3
1000 Bruxelles.

LE PRÉSIDENT F.F. DE LA XV^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ,

Vu la demande introduite le 26 septembre 2012 par la s.a. Inco et Jacqueline Giraldi, qui tend à la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de «la décision de l'autorité des services et marchés financiers du 12 septembre 2012 (réf 3/LC-ITP/PL41162) qui :

- met en demeure la s.a. INCO de remédier aux manquements constatés dans un délai d'un mois,
- suspend, pendant le même délai, l'inscription de la s.a. INCO au registre des intermédiaires, en application de l'article 13 [lire: 13*bis*], § 1^{er}, [de] la loi du 27 mars 1995 relative à l'intermédiation en assurances et en réassurances et à la distribution d'assurances,
- est immédiatement exécutoire.»;

Vu l'ordonnance du 27 septembre 2012 notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 2 octobre 2012 à 14 heures 30;

Vu le dossier administratif;

Entendu, en son rapport, M. I. KOVALOVSKY, conseiller d'État, président de chambre f.f.;

Entendu, en leurs observations, Me D. TELLIER, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, et Me A. WIRTGEN ainsi que Me N. NOLET de BRAUWERE, avocats, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. Chr. AMELYNCK, premier auditeur au Conseil d'État;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les parties requérantes exposent les faits de la cause comme suit:

« 1. La société INCO a été constituée suivant acte reçu le 19 août 1993. Elle revêt la forme d'une société anonyme.

Son objet social fixé à l'article 3 de ses statuts vise la réalisation d'opérations immobilières de patrimoine, de même que le rôle de conseiller en assurances ou agent en assurance.

C'est dans cette seconde voie que s'oriente l'essentiel de ses activités depuis près de 20 ans, son chiffre d'affaires étant réalisé exclusivement par les commissions perçues en matière d'assurances.

Elle est inscrite au registre des intermédiaires d'assurances dans la catégorie des courtiers d'assurances pour les catégories 01a, 01b, 02, 03, 07, 08, 09, 10a, 10b, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29.

On précisera que Madame GIRALDI exerçait déjà préalablement à la création d'INCO l'activité de courtier en assurances en personne physique.

2. En date du 13 janvier 2011, suite à une plainte avec constitution de partie civile de Monsieur PORTAELS Alain et CHRISTIAENS Fabienne, le Procureur du Roi de Nivelles établit un réquisitoire de renvoi de Monsieur DANDOY Alexandre, et de sa mère, Madame GIRALDI, administratrice déléguée de la S.A INCO pour faux et usage de faux, et détournement. La S.A INCO, elle, n'est pas poursuivie.

3. En date du 24 octobre 2011, la FSMA indique au Conseil de Mme GIRALDI avoir été informée que Mme Giraldi et Mr Dandoy font l'objet d'un réquisitoire de renvoi devant le Tribunal correctionnel et indique "selon nos informations, cette affaire est liée à la non-transmission partielle d'une indemnité de sinistre au préjudice des clients (Monsieur Alain Portaels et Mme Fabienne Christiaens." Le conseil de Mme GIRALDI est invité à faire connaître sa position pour le 10 novembre.

4. En date du 08 novembre 2011, il communique celle-ci.

5. En date du 25 juillet 2012, le Tribunal correctionnel de Nivelles condamne Madame GIRALDI pour faux et usage de faux, et détournement.

6. En date du 26 juillet, soit le lendemain du jugement précité, Madame GIRALDI forme appel de ce jugement.

7. En date du 18 septembre 2012, les requérantes reçoivent la décision querellée.

Celle-ci constate que Madame GIRALDI se trouve dans une situation d'interdiction professionnelle et qu'elle ne peut dès lors plus intervenir en qualité de responsable de la distribution ni en qualité de dirigeant effectif, et constate également que les faits à l'origine de la condamnation ne permettent plus de considérer que Mme GIRALDI, en sa qualité d'actionnaire de contrôle, présente encore les qualités nécessaires au regard d'une gestion saine et prudente de la société.

Le dispositif de la décision est en ce sens de:

- mettre en demeure la SA INCO de remédier aux manquements constatés dans un délai d'un mois;
- suspendre, pendant le même délai, l'inscription de la SA INCO au registre des intermédiaires, en application de l'article 13*bis* de la loi du 27 mars 1995;
- rendre la décision de suspension immédiatement exécutoire.

8. Ce courrier énonce en outre que si le destinataire de la décision "n'a pas remédié aux manquements constatés dans le délai accordé, le comité de direction se prononcera sur la radiation de votre inscription du registre des intermédiaires d'assurances en application de l'article 13, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi du 27 mars 1995".

9. En date du 20 septembre, la SA INCO demande à la FSMA par l'intermédiaire de ses conseils que pour le 24 septembre à 17h soit opéré le retrait ou, à titre très subsidiaire, la modification de cette décision dans le sens qu'elle souhaite. Demande est également faite de recevoir en communication la délibération du comité de direction de la FSMA.

10. En date du 24 septembre 2012, la FSMA écrit à Madame GIRALDI indiquant que le dossier concernant la procédure de révision a été confié à un autre service que celui chargé du contrôle des intermédiaires, qu'elle est invitée à comparaître le 28 septembre 2012, audition au cours de laquelle la FSMA lui remettra copie de son dossier administratif.

11. En date du 25 septembre, l'administrateur-délégué d'INCO décide d'introduire la présente requête.

12. L'on indiquera pour le surplus que la SA INCO n'a jamais fait l'objet d'une condamnation pénale et que préalablement à la décision du 25 juillet 2012, il en était de même de Madame GIRALDI.»;

Considérant que le courrier du 12 septembre 2012, que les parties requérantes soutiennent avoir reçu le 18 septembre, est rédigé de la manière suivante:

« [...]

Pour pouvoir être inscrit au registre des intermédiaires d'assurances et de réassurances et pouvoir conserver cette inscription, l'intermédiaire d'assurances doit satisfaire aux conditions de l'article 10 de la distribution d'assurances (ci-après ; "la loi du 27 mars 1995").

L'article 10, alinéa 1^{er}, 3^o, de la loi du 27 mars 1995 précise que l'intéressé ne peut se trouver dans l'un des cas prévus à l'article 19 de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédits.

Conformément à l'article 3, alinéa 1^{er}, de la loi du 27 mars 1995, toute personne morale inscrite comme intermédiaire d'assurance ou de réassurances, désigne un responsable de la distribution qui doit satisfaire aux conditions relatives aux connaissances professionnelles et à l'aptitude et l'honorabilité professionnelle visées à l'article 10, alinéa 1^{er}, 2^{o bis} et 3^o.

Conformément à l'article 10*bis*, de la loi du 27 mars 1995 les intermédiaires d'assurances ayant la qualité de personne morale ne sont en outre inscrits, et ne conservent leur inscription, qu'à condition :

- 1° que les personnes à qui est confiée la direction effective ne se trouvent pas dans l'un des cas énumérés à l'article 19 de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit, disposent de l'honorabilité professionnelle nécessaire, des connaissances professionnelles requises visées à l'article 11, et de l'expérience adéquate pour exercer cette fonction;
- 2° que la FSMA ait été informée de l'identité des personnes qui, directement ou indirectement, exercent le contrôle sur l'intermédiaire, et considère qu'elles présentent les qualités nécessaires au regard du besoin de garantir une gestion saine et prudente; les intermédiaires d'assurances et [*sic*] informent la FSMA de toute modification de ce contrôle.

L'article 13*bis*, § 1^{er}, de la loi du 27 mars 1995 dispose que lorsque la FSMA constate qu'un intermédiaire d'assurances ou de réassurances ne fonctionne pas en conformité avec les dispositions de cette loi ou des arrêtés et règlements pris pour son exécution, elle identifie ces manquements, et fixe le délai dans lequel il doit être remédié à la situation constatée. Elle peut interdire pour la durée qu'elle détermine l'exercice de tout ou partie de l'activité de l'intermédiaire d'assurances ou de réassurances et suspendre l'inscription au registre. Si au terme de ce délai, la FSMA constate qu'il n'a pas été remédié aux manquements, elle radie l'intermédiaire concerné. La radiation entraîne l'interdiction d'exercer l'activité réglementée d'intermédiation en assurances et de porter le titre d'intermédiaires d'assurances.

L'article 19, § 1^{er}, 1°, de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit dispose que ne peuvent exercer les fonctions de gérant, d'administrateur, de membre du comité de direction, ni de représenter des sociétés exerçant de telles fonctions, les personnes qui ont été condamnées à une peine pour une infraction visée par l'arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934 relatif à l'interdiction judiciaire faite à certains condamnés et faillis d'exercer certaines professions et activités.

L'article 1^{er}, d) de l'arrêté royal susmentionné vise le faux et usage de faux en écritures, l'article 1^{er}, f), l'escroquerie.

Nous nous référons à l'inscription de la SA INCO au registre des intermédiaires d'assurances dans la catégorie des courtiers d'assurances sous le numéro d'inscription 10083A. Madame Jacqueline Giraldi est désignée en qualité de responsable de la distribution, de dirigeant effectif et actionnaire de contrôle de la SA INCO.

La FSMA a été informée que madame Jacqueline Giraldi a été condamnée par le Tribunal correctionnel de Nivelles en date du 25 juillet 2012 pour faux et usage de faux et pour escroquerie.

Il s'agit d'infractions auxquelles renvoie l'article 19 de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit.

En séance du 10 septembre 2012, le comité de direction de la FSMA a dès lors constaté que madame Giraldi se trouve dans une situation d'interdiction professionnelle et qu'elle ne peut dès lors plus intervenir en qualité de responsable de la distribution ni en qualité de dirigeant effectif de la SA INCO.

Le comité de direction a constaté que les faits à l'origine de la condamnation ne permettent non plus de considérer que madame Jacqueline Giraldi, en sa qualité d'actionnaire de contrôle de la SA INCO, présente encore les qualités nécessaires au regard du besoin de garantir une gestion saine et prudente de la société.

En conséquence, le comité de direction a constaté que la SA INCO ne satisfait plus aux conditions d'inscription des articles 3, alinéa 1^{er}, 10, alinéa 1^{er}, 3^o et 10*bis*, 1^o et 2^o, de la loi du 27 mars 1995 et a décidé de mettre la SA INCO en demeure de remédier aux manquements constatés dans un délai d'un mois. Il a également décidé de suspendre, pendant le même délai, l'inscription de la SA INCO au registre des intermédiaires, en application de l'article 13*bis*, § 1, alinéa 3, de la loi précitée.

Le comité de direction a en outre décidé de rendre cette décision de suspension immédiatement exécutoire, étant donné que les faits à l'origine de la condamnation sont de nature à mettre en cause la protection du public et la réputation du secteur.

Nous vous précisons que si vous n'avez pas remédié aux manquements constatés dans le délai accordé, le comité de direction de la FSMA se prononcera sur la radiation de votre inscription du registre des intermédiaires d'assurances en application de l'article 13*bis*, § 1, alinéa 3, de la loi du 27 mars 1995.

La décision de suspension constitue un acte administratif d'un recours en annulation auprès du Conseil d'État. Conformément à l'article 2 de l'arrêté royal du 15 mai 2003 portant règlement de la procédure accélérée en cas de recours auprès du Conseil d'État contre certaines décisions de la FSMA, le recours doit, à peine de déchéance, être introduit auprès du Conseil d'État (rue de la Science 33, 1040 Bruxelles), sous pli recommandé à la poste, dans les quinze jours de la notification de la présente décision, date de la poste faisant foi.

Vous pouvez, avant l'introduction de ce recours au Conseil d'État, solliciter du comité de direction de la FSMA, par lettre recommandée avec accusé de réception, le retrait ou la modification de cette décision. Aux termes de l'arrêté précité du 15 mai 2003, l'introduction d'une telle sollicitation est facultative, car le comité de direction a décidé que la décision de suspension est exécutoire nonobstant une telle sollicitation.

Si vous demandez au comité de direction de retirer ou de modifier sa décision, le délai de recours au Conseil d'État visé ci-dessus est prolongé d'un mois à compter de la date d'envoi de la lettre recommandée sollicitant le retrait ou la modification de la décision incriminée, pour autant que cette lettre soit envoyée avant l'expiration d'un délai de quinze jours suivant la présente notification, date de la poste faisant foi.

Vous pouvez également introduire une requête en suspension de la présente décision auprès du Conseil d'État. Cette requête doit contenir un exposé des moyens et des faits et doit être introduite au Conseil d'État dans le même acte qui contient la requête en annulation.»;

Considérant qu'en vertu de l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, «la suspension de l'exécution ne peut être ordonnée que si des moyens sérieux susceptibles de justifier l'annulation de l'acte ou du règlement attaqué sont invoqués et à condition que l'exécution immédiate de l'acte ou du règlement risque de causer un préjudice grave difficilement réparable»;

Considérant que les parties requérantes exposent comme suit le préjudice qui, selon elles, risque de découler de l'exécution immédiate de la décision attaquée:

« L'acte attaqué implique pour les requérantes une subite obligation de ne plus exercer d'activité professionnelle pour Mme GIRALDI et d'activité sociale pour INCO.

Le risque de préjudice grave est le suivant.

Ne pouvant plus attendre de nouvelle rentrée financière liée à de nouvelles opérations, la société risque d'être confrontée à brève échéance à des problèmes de trésorerie.

Le contexte précité dans lequel intervient cette interdiction n'a pas permis de prendre la moindre disposition d'avertissement à l'égard de la clientèle sachant que les requérantes sont en pleine activité et se voient *de facto* interdites de conclure du jour au lendemain le moindre mandat de placement, des nouveaux contrats ou avenant à des contrats existants, de gérer les contrats en cours (notamment en ce qui concerne les sinistres).

Cette situation est de nature à causer un préjudice économique grave, les clients devant probablement se détourner d'INCO; elle est aussi susceptible de mettre en cause sa responsabilité civile à l'égard des tiers avec qui elle est en affaires.

Madame Giraldi se voit contrainte par la décision querellée de céder ses actions en manière telle qu'elle ne soit plus actionnaire de contrôle, de même que renoncer à sa qualité de dirigeant effectif.

Cette cession de parts et cette démission doi[ven]t se faire dans un délai d'un mois, la FSMA se prononçant au-delà sur la radiation de l'inscription, radiation qui, à la lecture des dispositions applicables, découle automatiquement de l'absence de remédiation aux manquements constatés.

L'obligation de négocier le vente de ses actions dans un laps de temps aussi court et dans les circonstances créées par l'acte querellé va nécessairement causer un préjudice grave difficilement réparable à la deuxième requérante, la cession ne pouvant s'opérer que dans des conditions défavorables.

Tant la décision que ses modalités d'exécution sont susceptibles de causer aux requérantes un préjudice moral important.

Plus particulièrement, la réputation de la s.a. INCO, qui, faut-il le rappeler, n'a pas fait l'objet d'une condamnation pénale, se voit ternie.

Il en est de même de celle de Mme GIRALDI qui est en appel de [la] condamnation qu'elle a subie.

[...]»;

Considérant que, selon l'article 8, alinéa 1^{er}, 3°, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État, la requête doit contenir «un exposé des faits de nature à établir que l'exécution immédiate de l'acte attaqué risque de causer au demandeur un préjudice grave difficilement réparable auquel sont jointes toutes les pièces de nature à établir le risque de préjudice»; qu'il en résulte que le requérant doit, dans sa demande de suspension, démontrer *in concreto* que l'exécution immédiate de la décision contestée risque, si elle n'est pas suspendue, d'entraîner pendant l'instance en annulation des conséquences importantes se révélant graves pour lui, et irréversibles ou difficilement réversibles au regard des effets qui pourraient s'attacher à l'annulation poursuivie au principal; que cette règle comporte plusieurs corollaires:

- la charge de la preuve incombe au requérant à qui il appartient d'apporter la preuve suffisante de la gravité et du caractère difficilement réparable du préjudice qu'il allègue;

- la demande de suspension doit contenir les éléments de faits précis permettant d'apprécier les risques concrets que l'exécution immédiate de la décision attaquée pourrait entraîner;
- le préjudice allégué, sauf lorsqu'il est évident ou qu'il n'est pas contesté, doit être étayé par des documents probants;
- le Conseil d'État ne peut avoir égard qu'aux éléments avancés dans la demande, les considérations ajoutées à l'occasion des plaidoiries ou dans des écrits non prévus par la loi ou les règlements de procédure n'ayant, à moins de n'être pas contestées ou d'apparaître comme indiscutablement déterminantes, que valeur de simples renseignements;

Considérant que par la décision attaquée, la partie adverse constate que la société requérante «ne satisfait plus aux conditions d'inscription des articles 3, alinéa 1^{er}, 10, alinéa 1^{er}, 3^o, et 10*bis*, 1^o et 2^o, de la loi du 27 mars 1995»; qu'elle la met en demeure de «remédier aux manquements constatés dans un délai d'un mois»; qu'elle décide «de suspendre, pendant le même délai, l'inscription de la s.a. INCO au registre des intermédiaires, en application de l'article 13*bis*, § 1^{er}, alinéa 3, de la loi précitée» et «de rendre cette décision de suspension immédiatement exécutoire»;

Considérant qu'en ce qu'elle met la société requérante en demeure de remédier à des manquements dans le délai d'un mois, la décision attaquée ne modifie pas l'ordonnancement juridique et ne constitue donc pas un acte administratif faisant grief; qu'il n'y a lieu d'examiner le préjudice allégué qu'en tant qu'il résulte de l'exécution immédiate de la décision de suspendre, pour une durée d'un mois, l'inscription de la requérante au registre des intermédiaires d'assurances et de réassurances;

Considérant, quant au risque de faillite, que celui-ci ne relève pas de l'évidence puisque la suspension décidée par la partie adverse n'a d'effet que pour une durée d'un mois; que la première requérante n'apporte, à l'appui de sa demande, aucun élément étayant son affirmation selon laquelle son existence est mise en péril si elle n'est pas en mesure d'exercer son activité au cours de cette période; que si elle produit son bilan pour l'année 2011, cette pièce ne permet pas de conclure que la société requérante court un risque de faillite du fait de la suspension de son inscription au registre des intermédiaires durant une période d'un mois;

Considérant, quant à l'atteinte à la réputation de la première requérante, que cet élément du préjudice allégué trouve en partie son origine dans le jugement du tribunal correctionnel de Nivelles du 25 juillet 2012; qu'en outre, cette atteinte ne saurait être considérée comme grave, dès lors que ladite requérante est une société et que le risque lié à sa survie n'est pas établi;

Considérant, enfin, que la circonstance que la seconde requérante «se voit contrainte [...] de céder ses actions en manière telle qu'elle ne soit plus actionnaire de contrôle, de même que renoncer à sa qualité de dirigeant effectif» ne découle pas de l'exécution de la décision de suspension de l'inscription de la première requérante au registre des intermédiaires; qu'en outre, la perte que cette requérante prétend subir en raison des circonstances dans lesquelles une telle vente se déroulerait constitue un préjudice pécuniaire, susceptible d'être réparé par équivalent, la demande de suspension ne comportant d'ailleurs aucune information relative à la situation financière de ladite requérante; que la perte de la qualité d'actionnaire de référence ne peut être considérée comme étant un préjudice qui en soi serait grave et difficilement réparable;

Considérant qu'une des conditions prescrites pour que le Conseil d'État puisse ordonner la suspension de l'exécution de l'acte attaqué n'est pas remplie; que la demande doit être rejetée sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la recevabilité de celle-ci,

D É C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Le présent arrêt sera notifié par télécopie.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 350 euros, sont mis à la charge des parties requérantes, à concurrence de 175 euros chacune.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XV^e chambre
siégeant en référé, le cinq octobre deux mille douze, par :

M. I. KOVALOVSKY,	président de chambre f.f.,
M. R. GHODS,	greffier assumé.

Le Greffier assumé,	Le Président f.f.,
---------------------	--------------------

R. GHODS

I. KOVALOVSKY