ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)
13 juli 1993 *

In zaak C-42/92,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 177 EEG-Verdrag van de Belgische Raad van State, in het aldaar aanhangig geding tussen

A. Thijssen

en

Controledienst voor de Verzekeringen,

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van artikel 55, eerste alinea, EEG-Verdrag,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: G. C. Rodríguez Iglesias, kamerpresident, R. Joliet, J. C. Moitinho de Almeida, F. Grévisse en D. A. O. Edward, rechters,

advocaat-generaal: C. O. Lenz
griffier: L. Hewlett, administrateur

gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

— A. Thijssen, vertegenwoordigd door G. van Hecke, advocaat te Brussel,

* Procestaal: Nederlands.

— de Belgische regering, vertegenwoordigd door J. Devadder, bestuursdirecteur bij het Ministerie van Buitenlandse zaken, Buitenlandse handel en Ontwikkelingssamenwerking, als gemachtigde, bijgestaan door J. Putzeys, S. Gehlen en X. Leurquin, advocaten te Brussel,

— de Britse regering, vertegenwoordigd door S. Cockrane van het Treasury Solicitor's Department, als gemachtigde, bijgestaan door N. Paines, Barrister,

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door haar juridisch adviseur A. Caeiro en B. Smulders, lid van haar juridische dienst, als gemachtigden,

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de mondelinge opmerkingen van verzoeker in het hoofdgeding, de Britse regering en de Commissie ter terechtzitting van 18 februari 1993,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 24 maart 1993,

het navolgende

Arrest

1 Bij arrest van 21 januari 1992, ingekomen bij het Hof op 17 februari daaraanvolgend, heeft de Belgische Raad van State krachtens artikel 177 EEG-Verdrag een prejudiciële vraag gesteld over de uitlegging van artikel 55, eerste alinea, EEG-Verdrag.

2 Deze vraag is gerezen in een geding tussen A. Thijssen en de Controledienst voor de Verzekeringen betreffende de weigering om eerstgenoemde toegang te verlenen tot de bij de artikelen 38 tot en met 40 van de Belgische wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen (*Belgisch Staatsblad* van 29 juli 1975; hierna: „de wet van 1975") ingestelde functie van erkend commissaris.

3 Blijkens het dossier stelde Thijssen, ingaande op een oproep van de Controledienst voor de Verzekeringen (hierna: „Controledienst"), zich bij brief van 24 september 1986 kandidaat voor erkenning als commissaris. Uit de bij die brief gevoegde stukken bleek, dat Thijssen de Nederlandse nationaliteit bezat. Bij brief van 6 november 1986 antwoordde de voorzitter van de Controledienst aan Thijssen, dat zijn kandidatuur was afgewezen omdat hij niet voldeed aan het in artikel 2, § 1, 1°, van verordening nr. 6 van de Controledienst (*Belgisch Staatsblad* van 26 maart 1986; hierna: „verordening nr. 6") gestelde nationaliteitsvereiste.

4 Daarop verzocht Thijssen de Raad van State om nietigverklaring van dit besluit, waarbij hij als enig middel aanvoerde, dat de afwijzing van zijn kandidatuur op grond dat hij niet de Belgische nationaliteit bezat, in strijd was met de artikelen 52 en 55 EEG-Verdrag. Hij beklemtoont in dit verband, dat volgens het arrest van het Hof van 21 juni 1974 (zaak 2/74, Reyners, Jurispr. 1974, blz. 631) artikel 52 EEG-Verdrag rechtstreekse werking heeft.

5 Verweerder in het hoofdgeding betoogt, dat volgens artikel 55, eerste alinea, EEG-Verdrag het recht van vestiging niet geldt voor de functie van erkend commissaris.

6 Van oordeel, dat de uitkomst van het geding afhankelijk is van de uitlegging van gemeenschapsrecht, besloot de Raad van State het Hof de volgende prejudiciële vraag te stellen:

„Is de uitzondering op de vrijheid van vestiging ingeschreven in artikel 55, eerste alinea, van het EEG-Verdrag van toepassing op de functie van erkend commissaris zoals die is ingericht door de artikelen 38 tot 40 van de wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen?"

7 Voor een nadere uiteenzetting van de feiten van het hoofdgeding, het procesverloop en de bij het Hof ingediende schriftelijke opmerkingen wordt verwezen naar het rapport ter terechtzitting. Deze elementen van het dossier worden hierna slechts weergegeven voor zover dat noodzakelijk is voor de redenering van het Hof.

8 Vooraf moet worden opgemerkt, dat volgens artikel 55, eerste alinea, EEG-Verdrag de bepalingen betreffende de vrijheid van vestiging niet van toepassing zijn op de werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag in een Lid-Staat, zelfs indien deze slechts voor een bepaalde gelegenheid geschieden. Gelijk het Hof in het arrest Reyners (reeds aangehaald, r. o. 45) overwoog, moet de uitzondering van artikel 55 evenwel worden beperkt tot werkzaamheden welke, op zich beschouwd, een rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag vormen.

9 De verwijzende rechter wenst derhalve te vernemen, of een werkzaamheid als die welke de erkende commissaris overeenkomstig de wet van 1975 verricht, een rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag impliceert. Om deze vraag te beantwoorden, moet rekening worden gehouden met de aard van de door de erkende commissaris krachtens die wet verrichte werkzaamheden, zoals door de nationale rechter beschreven.

10 In dit verband zij erop gewezen, dat bij artikel 29, eerste alinea, van de wet van 1975 de Controledienst is opgericht als een openbare instelling met rechtspersoonlijkheid, die aan de voogdij van de minister van Economische zaken is onderworpen. Volgens de tweede alinea van dat artikel heeft de Controledienst tot taak, te waken over de toepassing van deze wet en de verordeningen ter uitvoering ervan. Ingevolge artikel 29, vierde alinea, heeft de Controledienst verordenende bevoegdheid. Op grond daarvan bepaalt hij de verplichtingen waaraan de verzekeringsondernemingen moeten worden onderworpen „opdat hun verrichtingen in overeenstemming zouden zijn met de verzekeringstechniek, de eisen van billijkheid en het algemeen belang van de verzekerden en de begunstigden van verzekeringscontracten".

11 Vaststaat, dat de Controledienst deelneemt aan de uitoefening van het openbaar gezag. Zijn controleopdracht beoogt de verzekerden en het algemeen belang te beschermen. Door geboden en verboden uit te vaardigen, kan hij rechtstreeks ingrijpen in het beheer van de verzekeringsondernemingen.

12 Krachtens zijn verordenende bevoegdheid heeft de Controledienst verordening nr. 2 van 20 november 1978 tot vaststelling van het toelatingsreglement der erkende commissarissen vastgesteld (*Belgisch Staatsblad* van 15 december 1978) en later bij bovengenoemde verordening nr. 6 afgeschaft.

13 Anders dan verordening nr. 2, volgens welke onder meer de onderdanen van andere Lid-Staten konden worden gemachtigd de functie van erkend commissaris uit te oefenen, bepaalt artikel 2, § 1, van verordening nr. 6:

„Om door de Controledienst erkend te kunnen worden voor het uitoefenen van de functie van erkende commissaris bij de gecontroleerde ondernemingen, moet men:

1° Belg zijn;

(...)"

14 Vaststaat dus, dat het nationaliteitsvereiste, dat in de wet van 1975 niet voorkomt, pas in 1986 bij een verordening van de Controledienst is ingevoerd.

15 Voorts moet worden opgemerkt, dat verordening nr. 6 niet aangeeft, waarom een dergelijk nationaliteitsvereiste nodig is. In haar antwoord op een vraag van het Hof heeft de Belgische regering enkel verklaard, dat het in 1986 noodzakelijk was geacht, de voorwaarde van het bezit van de Belgische nationaliteit toe te voegen.

Ingevolge artikel 20 van verordening nr. 6 behouden de onderdanen van een andere Lid-Staat die bij de inwerkingtreding van deze verordening reeds als erkend commissaris waren aangewezen, hun erkenning.

16 Ten slotte zij erop gewezen, dat volgens artikel 38 van de wet van 1975 de Belgische naamloze of coöperatieve verzekeringsmaatschappijen ten minste één commissaris moeten aanwijzen uit de leden van het bij de wet van 22 juli 1953 ingestelde Instituut der Bedrijfsrevisoren die door de Controledienst zijn erkend. Hetzelfde geldt voor de Belgische ondernemingen opgericht in de vorm van onderlinge verzekeringsverenigingen of verenigingen zonder winstoogmerk, alsmede voor de buitenlandse verzekeringsondernemingen, die voor het beheer van hun verrichtingen in België uit diezelfde personen een erkend commissaris moeten aanwijzen.

17 Ingevolge artikel 39 van de wet van 1975 moet de erkende commissaris schriftelijk een bijzondere eed afleggen. Artikel 40 bepaalt:

„De erkende commissaris voert zijn opdracht uit onder toezicht van de Controledienst voor de Verzekeringen.

De erkende commissaris brengt onverwijld elke overtreding van deze wet en van haar uitvoeringsverordeningen, alsmede alles wat volgens hem de financiële toestand van de onderneming in gevaar zou kunnen brengen, ter kennis van de beheerders, de zaakvoerders of de algemene lasthebber van de onderneming en van de Dienst.

Benevens zijn algemene opdracht als commissaris, zoals die is vastgelegd in de wetten op de handelsvennootschappen en de maatschappelijke statuten, brengt de erkende commissaris bij de Dienst verslag uit over de financiële toestand en het beheer van de onderneming, telkens als de Dienst erom verzoekt en, wanneer dit niet het geval is, ten minste eenmaal per jaar.

De erkende commissaris die kennis heeft van een beslissing van de onderneming, waarvan de uitvoering een misdrijf zou uitmaken, stelt zijn veto tegen deze uitvoering en meldt dit onverwijld aan de Dienst. Het veto heeft opschortende werking gedurende acht dagen."

18 Gelijk de Belgische regering in haar opmerkingen heeft beklemtoond, impliceren de werkzaamheden van de bedrijfrevisor, of „gewone commissaris" zoals zij hem noemt, geen uitoefening van het openbaar gezag. Zijn taak bestaat er immers in, de financiële toestand en de jaarrekening van de vennootschap te controleren en aan de algemene vergadering verslag uit te brengen over de controles die hij aldus heeft verricht op basis van de documenten en gegevens die hij bij de verantwoordelijken van de onderneming mag opvragen.

19 De erkende commissarissen worden door de verzekeringsondernemingen vrij aangewezen uit de door de Controledienst volgens de voorschriften toegelaten commissarissen en worden door hen bezoldigd. Zij genieten zowel het vertrouwen van de verzekeringsonderneming als dat van de toezichthoudende instanties.

20 Met betrekking tot de in rechtsoverweging 17 genoemde verplichting van de commissaris om bij de Controledienst regelmatig of op diens verzoek verslag uit te brengen, hem bijzondere feiten te melden en de verzekeringsonderneming op de hoogte te brengen van eventuele overtredingen en feiten die haar financiële toestand in gevaar zouden kunnen brengen, zij erop gewezen, dat, gelijk verzoeker in het hoofdgeding ter terechtzitting heeft opgemerkt, andere instanties soortgelijke verplichtingen hebben zonder dat zij daarom worden geacht deel te nemen aan de uitoefening van het openbaar gezag. Dat is met name het geval voor de kredietinstellingen en financiële instellingen, die ingevolge artikel 6 van richtlijn 91/308/EEG van de Raad van 10 juni 1991 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld (PB 1991, L 166, blz. 77), de autoriteiten ieder feit dienen te melden dat zou kunnen wijzen op witwassen van geld.

21 Met betrekking tot het veto dat de erkende commissaris kan stellen tegen de uitvoering van een beslissing van de onderneming waarvan de uitvoering een misdrijf zou uitmaken, moet worden opgemerkt, dat de erkende commissaris dat onverwijld aan de Controledienst moet melden. Zijn veto heeft weliswaar gedurende acht dagen opschortende werking, doch de eindbeslissing ligt bij de Controledienst, die dus geenszins door het veto van de erkende commissaris is gebonden en die binnen de grenzen van zijn bevoegdheid alle maatregelen treft waartoe de toestand noopt. Ten slotte moet worden beklemtoond, dat volgens artikel 40 van de wet van 1975 de erkende commissaris zijn opdracht uitvoert onder toezicht van de Controledienst.

22 Hieruit volgt, dat de ondersteunende en voorbereidende taak die de erkende commissaris vervult ten aanzien van de Controledienst — de instantie die door het nemen van de eindbeslissing openbaar gezag uitoefent —, niet kan worden beschouwd als een rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag in de zin van artikel 55, eerste alinea, EEG-Verdrag.

23 Mitsdien moet op de vraag van de Belgische Raad van State worden geantwoord, dat artikel 55, eerste alinea, EEG-Verdrag aldus moet worden uitgelegd, dat de daarin bepaalde uitzondering op het recht van vestiging niet van toepassing is op de functie van erkend commissaris als in het verwijzingsarrest beschreven.

Kosten

24 De kosten door de Belgische regering, de Britse regering en de Commissie van de Europese Gemeenschappen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakt, kunnen niet voor vergoeding in aanmerking komen. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen.

HET HOF VAN JUSTITIE (Vijfde kamer),

uitspraak doende op de door de Belgische Raad van State bij arrest van 21 januari 1992 gestelde vraag, verklaart voor recht:

Artikel 55, eerste alinea, EEG-Verdrag moet aldus worden uitgelegd, dat de daarin bepaalde uitzondering op het recht van vestiging niet van toepassing is op de functie van erkend commissaris als in het verwijzingsarrest beschreven.

Rodríguez Iglesias Joliet

Moitinho de Almeida Grévisse Edward

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 13 juli 1993.

De griffier

J.-G. Giraud

De president van de Vijfde kamer

G. C. Rodríguez Iglesias