Belgische, waar de erkende commissaris ten aanzien van de Controledienst voor de Verzekeringen, een openbare instelling die openbaar gezag uitoefent en verordenende bevoegdheid heeft, slechts een ondersteunende en voorbereidende taak vervult, hoewel hij zijn opdracht uitvoert onder toezicht van die dienst, een eed aflegt en tegen een beslissing waarvan de uitvoering een misdrijf zou uitmaken, een veto met opschortende werking kan stellen.

RAPPORT TER TERECHTZITTING
in zaak C-42/92 *

I — De feiten en het procesverloop

Het rechtskader

1. De wet van 9 juli 1975 betreffende de controle der verzekeringsondernemingen (*Belgisch Staatsblad* van 29 juli 1975) (hierna: „Wet controle verzekeringen") heeft bij de artikelen 29 tot en met 37 de Controledienst voor de Verzekeringen opgericht (hierna: „Controledienst"), bij de artikelen 38 tot en met 40 de functie van erkend commissaris ingesteld en een raadgevend comité, de Commissie voor Verzekeringen, opgericht. De Controledienst „heeft tot taak te waken over de toepassing van deze wet en de verordeningen ter uitvoering ervan" (artikel 29, tweede alinea). De Controledienst heeft een verordenende bevoegdheid teneinde de verzekeringsondernemingen onder meer verplichtingen en verbodsbepalingen op te leggen, „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" (artikel 29, vierde alinea).

2. Luidens artikel 38 van de Wet controle verzekeringen moeten Belgische naamloze of coöperatieve verzekeringsmaatschappijen ten minste één commissaris aanwijzen uit de leden van het Instituut der Bedrijfsrevisoren die door de Controledienst zijn toegelaten. Belgische verenigingen die de vorm hebben van onderlinge verzekeringsvereniging of vereniging zonder winstoogmerk, dienen een erkend commissaris aan te wijzen uit de in voornoemde wet bedoelde personen of uit de personen die speciaal door de Controledienst worden toegelaten. Buitenlandse verzekeringsondernemingen dienen voor het afzonderlijk beheer van hun verrichtingen in België uit diezelfde personen een erkend commissaris aan te wijzen.

3. Artikel 40 van de Wet controle verzekeringen omschrijft de taak van de erkend commissaris als volgt:

* Procestaal: Nederlands.

„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".

4. Ingevolge artikel 39 van de Wet controle verzekeringen legt de erkende commissaris schriftelijk een bijzondere eed af. De erkenning van erkende commissarissen was oorspronkelijk geregeld bij verordening nr. 2 van de Controledienst van 20 november 1978 tot vaststelling van het toelatings- en tuchtreglement der erkende commissarissen bij de verzekeringsondernemingen, goedgekeurd bij ministerieel besluit van 27 november 1978 (*Belgisch Staatsblad* van 15 december 1978). Artikel 3 van verordening nr. 2 luidde:

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

1° Belg zijn of onderdaan van een lidstaat van de Gemeenschap waarvan de nationale schikkingen aangepast werden aan de communautaire verplichtingen of onderdaan van een land dat aan de Belgen op basis van wederkerigheid een gelijkwaardige behandeling waarborgt;

(...)"

5. Verordening nr. 2 is opgeheven bij verordening nr. 6 van 15 januari 1986 (*Belgisch Staatsblad* van 26 maart 1986). Artikel 2, § 1, van verordening nr. 6 bepaalt:

„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;

(...)"

De feiten en het procesverloop in het hoofdgeding

6. Bij brief van 24 september 1986 stelde A. Thijssen, ingaande op een in het *Belgisch Staatsblad* van 30 augustus 1986 verschenen oproep van de Controledienst, zich kandi-

daat als erkend commissaris bij verzekeringsondernemingen en private voorzorgsinstellingen. Onder de bij de aanvraag gevoegde bescheiden bevond zich een getuigschrift van goed zedelijk gedrag en van nationaliteit, waaruit bleek dat hij de Nederlandse nationaliteit bezat.

7. Bij brief van 6 november 1986 antwoordde de voorzitter van de Controledienst aan Thijssen, dat zijn aanvraag was afgewezen omdat hij niet voldeed aan het in artikel 2, § 1, 1°, van verordening nr. 6 van de Controledienst gestelde nationaliteitsvereiste.

8. Op 2 januari 1987 stelde Thijssen bij de Belgische Raad van State beroep in tot nietigverklaring van dit besluit. In zijn enig middel stelde hij, dat de afwijzing van zijn kandidatuur op grond dat hij niet aan het nationaliteitsvereiste voldeed, in strijd was met de artikelen 52 en 55 EEG-Verdrag. Hij betoogde meer bepaald, dat artikel 52 rechtstreeks toepasselijk is, zoals zou blijken uit het arrest van het Hof van Justitie van 21 juni 1974 (zaak 2/74, Reyners, Jurispr. 1974, blz. 631).

9. Verweerder betoogde, dat overeenkomstig artikel 55, eerste alinea, het beginsel van vrije vestiging niet van toepassing was op erkende commissarissen.

De prejudiciele vraag

10. Bij arrest van 21 januari 1992 heeft de Raad van State het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Is de uitzondering op de vrijheid van vestiging ingeschreven in artikel 55, lid 1, 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?"

Het procesverloop voor het Hof

11. De verwijzingsbeschikking is op 17 februari 1992 ter griffie van het Hof ingeschreven.

12. Krachtens artikel 20 van 's Hofs Statuut-EEG zijn schriftelijke opmerkingen ingediend

— op 17 april 1992 door A. Thijssen, verzoeker in het hoofdgeding, vertegenwoordigd door G. van Hecke, advocaat,

— op 18 mei 1992 door de Belgische regering, vertegenwoordigd door J. Devadder, bestuursdirecteur bij het Ministerie van Buitenlandse zaken, Buitenlandse handel en Ontwikkelingssamenwerking, en J. Putzeys, S. Gehlen en X. Leurquin, advocaten,

— op 11 juni 1992, door de Britse regering, vertegenwoordigd door N. Paines, Barrister, en S. Cochrane, als gemachtigden,

— op 27 mei 1992 door de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door haar juridisch adviseur

A. Caeiro en B. Smulders, lid van haar juridische dienst, als gemachtigden.

13. Het Hof heeft, op rapport van de rechter-rapporteur en gehoord de advocaat-generaal, besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan en de zaak naar de Vijfde kamer te verwijzen.

II — Bij het Hof ingediende schriftelijke opmerkingen

14. *Thijssen,* verzoeker in het hoofdgeding, onderzoekt tegen de juridische achtergrond van het geding eerst het statuut en de taak van de bedrijfsrevisor, de opdracht van de Controledienst alsmede het statuut en de taak van de erkende commissarissen.

15. De taak van de bedrijfsrevisor, die lid is van het Instituut der Bedrijfsrevisoren, is geregeld bij de wet van 22 juli 1953 (*Belgisch Staatsblad* van 2 september 1953), gewijzigd bij de wet van 21 februari 1985 (*Belgisch Staatsblad* van 28 februari 1985) ter uitvoering van de Achtste richtlijn van de Raad (84/253/EEG) van 10 april 1984 inzake de toelating van personen, belast met de wettelijke controle van boekhoudbescheiden (PB 1984, L 126, blz. 20). De bedrijfsrevisor heeft onder meer tot taak de jaarrekening, de boekhouding en het jaarverslag te controleren. De commissaris-revisor, van wie in het algemeen wordt aangenomen dat hij geen deel heeft aan de uitoefening van „openbaar gezag" in de zin van artikel 55, eerste alinea, heeft uitgebreide bevoegdheden. In het kader van zijn controleopdracht kan hij van de bestuurders en aangestelden van de vennootschap alle documenten, alle opheldering en alle geschriften vorderen. Met het oog op de correcte uitvoering van hun taak moet de wet van 22 juli 1953 (artikel 8, § 1; artikelen 7 bis en 18 ter) de onafhankelijkheid van de revisoren tegenover hun opdrachtgevers garanderen.

16. De verschillen tussen de bedrijfsrevisor en de erkende commissaris laten niet toe te concluderen dat laatstgenoemde deelheeft aan de uitoefening van openbaar gezag.

17. Volgens Thijssen bestaat de taak van de Controledienst erin, controle uit te oefenen op de verzekeringsondernemingen. De Controledienst heeft het recht verordeningen uit te vaardigen, en kan krachtens artikel 26, § 4, van de Wet controle verzekeringen maatregelen treffen wanneer een verzekeringsonderneming niet overeenkomstig de wettelijke bepalingen functioneert. Thijssen erkent, dat de Controledienst openbaar gezag uitoefent.

18. De erkende commissarissen oefenen hun taak daarentegen in volstrekte onafhankelijkheid uit. De erkende commissaris wordt aangesteld en bezoldigd door de verzekeringsonderneming; hij geniet zowel het vertrouwen van de onderneming als van de controle-instanties. Dat de erkende commissarissen regelmatig contact met de Controledienst onderhouden en zelfs hun medewerking verlenen aan de werking van de Controledienst, betekent nog niet, dat zij deel hebben aan de uitoefening van openbaar gezag (zie het arrest Reyners, r. o. 51). De erkenning van de commissaris door de Controledienst is de vaststelling van een zekere beroepskwalificatie en doet niet af aan zijn volstrekte onafhankelijkheid. Enkel de Controledienst vertegenwoordigt het staatsgezag en heeft beslissingsbevoegdheid ter waarborging van de belangen van de verzekerden.

19. De gedachtengang die het Hof heeft gevolgd bij de uitlegging van artikel 48, lid 4, betreffende het vrij verkeer van werknemers, gaat ook op voor artikel 55, eerste alinea, EEG-Verdrag (zie de conclusie van advocaat-generaal Mayras in de zaak Reyners, in het bijzonder blz. 664). De verschillende formulering van artikel 48, lid 4, en artikel 55, eerste alinea, is te verklaren door de verschillen tussen de werknemers in overheidsdienst en de zelfstandigen die zich in het buitenland vestigen om een beroep uit te oefenen dat noodzakelijk privé is (zie de conclusie van advocaat-generaal Mancini in zaak 307/84, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 1986, blz. 1726, in het bijzonder blz. 1731).

20. Volgens Thijssen heeft het Hof bevestigd, dat artikel 55, eerste alinea, een uitzondering vormt op het recht van vrije vestiging zoals neergelegd in artikel 52 EEG-Verdrag, en daarom restrictief moet worden uitgelegd (arrest Reyners, r. o. 43). Aan het begrip „werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag" dient verder een communautaire inhoud te worden gegeven (arrest Reyners, r. o. 50).

21. Het openbaar gezag kan worden gedefinieerd als het gezag dat zijn bron vindt in de soevereiniteit, het imperium van de staat; voor degene die het uitoefent, impliceert het het gebruik van bijzondere bevoegdheden van publiekrechtelijke aard, van overheidsprivileges, van zeggenschap over de burgers (zie de conclusie van advocaat-generaal Mayras in de zaak Reyners, in het bijzonder blz. 665; conclusie van advocaat-generaal Jacobs van 15 januari 1991 in zaak C-41/90, Höfner en Elser, Jurispr. 1991, blz. I-1994, punt 22). Verder gaat het om werkzaamheden die strekken tot bescherming van de algemene belangen van de staat of van andere openbare lichamen, en die derhalve bij de betrokken persoon een bijzondere band van solidariteit ten opzichte van de staat onderstellen, alsmede een wederkerigheid van rechten en plichten die de grondslag vormen van de nationaliteitsverhouding (zie arresten van 3 juli 1986, zaak 66/85, Lawrie-Blum, Jurispr. 1986, blz. 2121, r. o. 27, en 30 mei 1989, zaak 33/88, Allué, Jurispr. 1989, blz. 1591, r. o. 7).

22. De eed die de erkende commissaris aflegt, kan op zichzelf evenmin betekenen, dat de functie van erkend commissaris inhoudelijk onder artikel 55, eerste alinea, EEG-Verdrag valt (zie het arrest Reyners).

23. De plicht tot rapporteren aan de onderneming en aan de Controledienst brengt geen wezenlijke wijziging in de taak van de gewone revisor in om het even welke handelsvennootschap. Advocaat-generaal Mayras geeft in zijn conclusie in de zaak Reyners het voorbeeld van de advocaten bij het Hof van Cassatie, die, hoewel zij door de regering worden benoemd, niet rechtstreeks en specifiek deelnemen aan de uitoefening van openbaar gezag (zie met name blz. 667). Dat de erkende commissaris aan de Controledienst rapporteert, maakt van hem dus nog geen overheidsinstantie. Door zijn onafhankelijkheid en deskundigheid vergemakkelijkt de erkende commissaris echter wel de uitoefening van de taak van de instantie die beslissingsbevoegdheid bezit en als dusdanig het staatsgezag vertegenwoordigt, te weten de Controledienst.

24. Wat het vetorecht betreft, is de erkende commissaris verplicht de uitvoering van een

beslissing te schorsen indien die uitvoering een misdrijf zou opleveren, zonder dat hij enige beoordelingsvrijheid of beslissingsrecht heeft. Thijssen verwijst hiervoor naar het verwijzingsarrest van de Raad van State van 21 januari 1992, dat de memorie van toelichting bij de wet van 9 juli 1975 citeert:

„In sommige gevallen zullen [de erkende commissarissen] over de macht beschikken zich tegen de door de ondernemingen genomen beslissingen tijdelijk te verzetten opdat de controleoverheid ondertussen alle vereiste maatregelen zou kunnen treffen".

25. Aan de uitzonderingen van artikel 55 mag geen draagwijdte worden toegekend die verder gaat dan het doel van dat artikel (zie het arrest Reyners, r. o. 43, en de arresten van 12 februari 1974, zaak 152/73, Sotgiu, Jurispr. 1974, blz. 153, r. o. 4, en 16 juni 1987, zaak 225/85, Commissie/Italië, Jurispr. 1987, blz. 2625, r. o. 7). Het nationaliteitsvereiste moet, met andere woorden, in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel (zie de conclusie van advocaat-generaal Mancini in zaak 307/84, Commissie/Frankrijk, Jurispr. 1986, blz. 1726, 1732).

26. De bij verordening nr. 6 opgeheven verordening nr. 2 van 20 november 1978 bepaalde, dat men Belg moest zijn of onderdaan van een Lid-Staat van de Europese Gemeenschappen. De uit de Belgische nationaliteit voortvloeiende loyaliteitsrelatie leek dus niet noodzakelijk te zijn voor de uitoefening van de functie van erkend commissaris. Door het stellen van een nationaliteitsvereiste wordt het evenredigheidsbeginsel geschonden.

27. Bovendien behouden de buitenlandse erkende commissarissen die onderdaan zijn van een Lid-Staat van de Europese Gemeenschappen, ook na de inwerkingtreding van verordening nr. 6 hun erkenning (artikel 20 van verordening nr. 6). Zij kunnen hun functie verder blijven uitoefenen.

28. Thijssen geeft het Hof derhalve in overweging, de prejudiciële vraag ontkennend te beantwoorden.

29. De *Belgische regering* merkt op, dat de Wet controle verzekeringen zowel betrekking heeft op de reglementering van de verzekeringsondernemingen (op financieel, juridisch, technisch en economisch vlak) als op de interne controle van deze ondernemingen. De taak van de Controledienst is hoofdzakelijk gelegen in het toezicht (in de ruimste betekenis) op de uitvoering van deze wet, die ervan uitgaat, dat een verzekeringsonderneming geen gewone onderneming is. Daarom is er in elke toegelaten verzekeringsonderneming een erkende commissaris om een quasi bestendige controle uit te oefenen, teneinde elke onregelmatigheid of elke nalatigheid die de ondergang van de onderneming ten gevolge zou kunnen hebben, tijdig aan het licht te brengen.

30. De drie door de Wet controle verzekeringen opgerichte organen hebben ontegenzeglijk deel aan de uitoefening van openbaar gezag, teneinde de rechten te beschermen van de verzekerden en van derden die belang hebben bij de uitvoering van verzekeringscontracten (zie artikel 1 Wet controle verzekeringen). De taak van hoeder van de billijkheid en van het algemeen belang wordt zowel door de erkende commissaris vervuld als door de Controledienst en de Commissie voor Verzekeringen.

31. In dit verband beklemtoont de Belgische regering de verplichting van de erkende commissaris om bij de Controledienst verslag uit te brengen telkens als de Controledienst erom verzoekt, het vetorecht met opschortende werking gedurende acht dagen en de onverwijlde melding van dat veto aan de Controledienst. Bovendien worden de erkende commissarissen door de Controledienst gemachtigd om bij gedagtekend en ondertekend geschrift, gericht tot de Controledienst, de eed af te leggen en om hun taak uit te oefenen onder toezicht van de Controledienst zelf.

32. Het bij artikel 2, § 1, van verordening nr. 6 ingevoerde nationaliteitsvereiste is geen nieuwe, met artikel 53 EEG-Verdrag strijdige beperking van het recht van onderdanen van andere Lid-Staten om zich op Belgisch grondgebied te vestigen; het is een strikte en juiste toepassing van artikel 55, eerste alinea, daar de erkende commissaris incidenteel openbaar gezag uitoefent. Artikel 53 EEG-Verdrag is niet van toepassing wanneer een Lid-Staat zich op artikel 55 beroept, daar artikel 53 van toepassing is „voor zover in dit Verdrag niet anders is bepaald". Dat de Controledienst een aantal buitenlanders op basis van verordening nr. 2 van 20 november 1978 heeft erkend, is dan ook niet relevant.

33. De Belgische regering erkent, dat artikel 55 restrictief moet worden uitgelegd en dat het enkel van toepassing is op werkzaamheden die een rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van openbaar gezag inhouden. Men dient echter onderscheid te maken tussen de advocaat en de gewone commissaris (artikel 65 e. v. van het Wetboek van Koophandel, boek I, titel IX) die geen openbaar gezag uitoefenen, en de erkende commissaris.

34. Het EEG-Verdrag geeft geen definitie van het begrip „uitoefening van het openbaar gezag". Dit kan echter worden omschreven als het gebruik maken van bevoegdheden van publiekrechtelijke aard, van zeggenschap over personen of zaken, die de gewone burger niet bezit en die de drager ervan in staat stelt te handelen onafhankelijk van of zelfs tegen de wil van de ander.

35. Het feit dat de erkende commissaris een veto kan uitspreken — dat wil zeggen een verbindend besluit kan nemen —, bewijst dat hij openbaar gezag uitoefent, dit in tegenstelling tot de „gewone commissaris" die in handelsvennootschappen geen vetorecht heeft. Door zijn veto uit te spreken, maakt de erkende commissaris onder toezicht van de Controledienst gebruik van een voorrecht dat uitsluitend toekomt aan de administratieve overheid die optreedt als vertegenwoordiger van het openbaar gezag. De bevoegdheid van de Controledienst om tuchtsancties te treffen tegen erkende commissarissen die hun beroepsverplichtingen niet zijn nagekomen, bewijst dat er een toezichtsrelatie bestaat.

36. De uitzondering van artikel 55 kan niet gelden voor een geheel beroep wanneer de werkzaamheden die eventueel deel uitmaken van de uitoefening van openbaar gezag, een afzonderlijk, of zelfs incidenteel, onderdeel vormen van de uitoefening van dat beroep. Men moet nagaan welke de „typische" werkzaamheden van het beroep zijn, en ze onderzoeken in het licht van de in artikel 55, eerste alinea, bedoelde uitzondering.

37. Verwijzend naar het standpunt van de advocaat-generaal en van de Commissie van de Europese Gemeenschappen in de zaak Reyners, stelt de Belgische regering, dat wanneer een advocaat geroepen wordt om

ter zitting een afwezige rechter te vervangen, hij rechtstreeks de rechterlijke bevoegdheid uitoefent en dus deel heeft aan het openbaar gezag. Dit behoort echter niet tot de normale werkzaamheden van de advocaat, die niet onder de uitzondering van artikel 55, eerste alinea, vallen. Het is daarvan onderscheiden en kan ervan worden losgemaakt.

38. Het zou echter onlogisch en onuitvoerbaar zijn om niet aan iedere erkende commissaris vetorecht te verlenen; zij waken immers over het algemeen belang, de uitvoering van de verzekeringscontracten en de rechten van alle verzekerden. Het vetorecht kan dan ook niet los worden gezien van het beroep als zodanig.

39. Derhalve concludeert de Belgische regering, dat de erkende commissarissen, gelet op hun specifieke taak, openbaar gezag uitoefenen en dat het gehele beroep binnen de werkingssfeer van artikel 55, eerste alinea, valt.

40. De Belgische regering verzoekt het Hof de prejudiciële vraag bevestigend te beantwoorden.

41. Ook de *Britse regering* stelt voor, de prejudiciële vraag bevestigend te beantwoorden.

42. Voor de uitlegging van artikel 55 gelden drie beginselen. In de eerste plaats: dit artikel moet restrictief worden uitgelegd. Het begrip „openbaar gezag" is een gemeenschapsrechtelijk begrip, waarvan een Lid-Staat de draagwijdte niet eenzijdig mag verruimen.

43. In de tweede plaats: artikel 55 ziet op werkzaamheden die feitelijk de uitoefening van openbaar gezag meebrengen, en het staat aan de Lid-Staten te beslissen, wie zij daarmee bekleden.

44. In de derde plaats: indien een werkzaamheid de uitoefening van openbaar gezag omvat, valt zij binnen de werkingssfeer van artikel 55 wanneer de uitoefening van het openbaar gezag een onlosmakelijk onderdeel van die werkzaamheid is, zelfs indien dat gezag slechts bij een bepaalde gelegenheid wordt uitgeoefend (zie het arrest Reyners, r. o. 46).

45. De functie van erkend commissaris vertoont een aantal aspecten die als „intern" en een aantal andere die als „officieel" kunnen worden aangemerkt. De „interne" functie omvat de algemene taken van een commissaris, zoals die zijn vastgelegd in het vennootschapsrecht en in de statuten van de vennootschap (artikel 40, derde alinea, van de Wet controle verzekeringen), en de hoedanigheid van lid van de bestuurlijke organisatie van de onderneming.

46. Het „officiële" aspect omvat twee elementen: enerzijds hebben de erkende commissarissen welbepaalde verplichtingen tegenover de Controledienst en anderzijds hebben zij publiekrechtelijke bevoegdheden bij de uitoefening waarvan zij op hun eigen oordeel moeten afgaan. De Britse regering geeft vervolgens drie voorbeelden van die publiekrechtelijke bevoegdheid.

47. In de eerste plaats maakt het uitbrengen van verslagen inbreuk op de commerciële privacy van de onderneming. Dit geldt zowel voor de gewone jaarlijkse verslagen als voor

de extra verslagen die de erkende commissaris op verzoek van de Controledienst of op eigen initiatief kan uitbrengen.

48. Vervolgens: wanneer de erkende commissaris gebruik maakt van zijn vetorecht, vertoont dat besluit veel overeenkomst met een voorlopige maatregel van een gerecht, die bedoeld is om een bestaande situatie te handhaven terwijl de zaak nader wordt onderzocht. De erkende commissaris heeft dus zelf de bevoegdheid van een overheidsorgaan dat voorlopige maatregelen kan treffen.

49. Ten slotte heeft de erkende commissaris de voor de vervulling van zijn taak noodzakelijke bevoegdheid om van de onderneming informatie te verlangen. Ook dank zij deze bevoegdheid kan hij dus in de commerciële privésfeer van de onderneming binnendringen.

50. De Britse regering besluit, dat elk van deze bevoegdheden aan de erkende commissaris is verleend door een handeling van een overheidsorgaan, de Controledienst, wiens eigen bevoegdheden uit het publiekrecht voortvloeien. Zij worden hem verleend bij zijn aanvaarding onder eed van een openbare functie. Dat de erkende commissaris niet voortdurend openbaar gezag uitoefent, is niet relevant, daar artikel 55, eerste alinea, ook betrekking heeft op werkzaamheden die „slechts voor een bepaalde gelegenheid geschieden". De uitoefening van die bevoegdheid is geen „afzonderlijk onderdeel" van de overige werkzaamheden van de erkende commissaris; deze oefent ontegenzeglijk „openbaar gezag" uit in de zin van artikel 55.

51. De *Commissie* betoogt, dat de rechtspraak van het Hof de draagwijdte van artikel 55, eerste alinea, beperkt tot hetgeen „strikt noodzakelijk" is om de belangen te vrijwaren die dit artikel de Lid-Staten toestaat te beschermen, dat wil zeggen het uitsluiten van vreemdelingen van de uitoefening van openbaar gezag (zie het arrest Reyners, r. o. 43, en het arrest van 15 maart 1988, zaak 147/86, Commissie/Griekenland, Jurispr. 1988, blz. 1637, r. o. 7). Het Hof heeft echter nooit een algemene en abstracte definitie gegeven van wat moet worden verstaan onder „werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag (...) zelfs indien deze slechts voor een bepaalde gelegenheid geschieden" (artikel 55, eerste alinea, EEG-Verdrag).

52. Uit de rechtspraak van het Hof (met name het arrest Reyners, het voormelde arrest Commissie/Griekenland en het arrest van 5 december 1989, zaak C-3/88, Commissie/Italië, Jurispr. 1989, blz. 4035) leidt de Commissie het volgende af.

53. Voor elke Lid-Staat afzonderlijk dient een toetsing plaats te vinden tussen artikel 55 EEG-Verdrag en het nationale recht, maar daarbij moet rekening worden gehouden „met het communautaire karakter van de bij artikel 55 gestelde grenzen (...) ten einde te voorkomen dat het nuttig effect van het Verdrag door eenzijdige voorschriften van de Lid-Staten wordt verijdeld" (zie het arrest Reyners, r. o. 49 en 50, en het arrest Commissie/Griekenland, r. o. 8).

54. Artikel 55 staat de Lid-Staten enkel toe, van het Verdrag af te wijken ten aanzien van de uitoefening van bepaalde werkzaamheden en niet ten aanzien van beroepen als zodanig. Werkzaamheden die een rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van openbaar gezag vormen, kunnen aan de eigen onderdanen worden voorbehouden (zie het arrest Reyners, r. o. 54, en het arrest Commissie/Italië, r. o. 13). Deze beperking heeft twee gevolgen.

55. In de eerste plaats kan medewerking aan het functioneren van een overheidsorgaan — zelfs wanneer die medewerking wettelijk verplicht is — niet worden geacht door artikel 55 te zijn gedekt wanneer zij de beoordeling door de rechter en de vrije uitoefening van de rechtspraak onverlet laat (zie het arrest Reyners, r. o. 53, en het arrest Commissie/Griekenland, r. o. 7).

56. In de tweede plaats is toepassing van de uitzondering ex artikel 55 op een beroep als zodanig slechts geoorloofd wanneer de als uitoefening van openbaar gezag gekwalificeerde werkzaamheden zodanig met dat beroep zijn verbonden, dat de betrokken Lid-Staat zich „genoopt zou zien de uitoefening door vreemdelingen (...) van functies welke met het openbaar gezag verband houden, toe te staan" (arrest Reyners, r. o. 45-47).

57. De Commissie erkent, dat de Controledienst een overheidsorgaan is. De opdracht van de erkende commissaris bestaat er echter enkel in, de uitvoering van de publieke taak van de Controledienst te vergemakkelijken en hem daarin bij te staan. De erkende commissaris neemt derhalve niet rechtstreeks en specifiek deel aan de uitoefening van het openbaar gezag. De uitvoering van de taak van de erkende commissaris laat het prudentiële toezicht van de Controledienst en diens repressieve maatregelen tegen ondernemingen onverlet. Na de Controledienst te hebben verwittigd of een beslissing van een onderneming te hebben geschorst, kan de erkende commissaris bij de vervolging van misdrijven geen actieve rol meer spelen.

58. De Commissie acht een nationaliteitsvereiste in dit geval niet noodzakelijk, daar voor vergelijkbare rechtsfiguren in de Bondsrepubliek Duitsland (de „Treuhand") en het Verenigd Koninkrijk (de „Appointed Actuary") een dergelijke voorwaarde niet geldt. De Belgische overheid heeft acht jaar lang, van 1978 tot 1986, die voorwaarde niet gesteld, terwijl de taakomschrijving van de erkende commissaris in artikel 40 van de wet van 9 juli 1975 in die periode niet is gewijzigd.

59. Artikel 2, § 1, van verordening nr. 6, sub 2 tot en met 9, stelt de toelating tot de functie van erkend commissaris ook afhankelijk van een aantal andere zeer strenge voorwaarden, bij voorbeeld de verplichting in België domicilie te kiezen en eisen betreffende eerbaarheid, deskundigheid en onafhankelijkheid. De Commissie ziet niet in, wat het nationaliteitsvereiste toevoegt aan de andere voorwaarden van artikel 2, § 1, noch op welke wijze de erkenningsprocedure, de eedaflegging en de onderwerping aan het toezicht en de tuchtrechtspraak van de Controledienst de conclusie zouden kunnen wettigen, dat uitsluitend Belgen deze functie naar behoren kunnen vervullen. Niet gebleken is, dat onderdanen van andere Lid-Staten de in dat verband noodzakelijke of gelijkwaardige waarborgen niet kunnen bieden.

60. Bijgevolg meent de Commissie, dat de vraag van de Raad van State ontkennend moet worden beantwoord.

III — Antwoorden op de vragen van het Hof

61. Bij brief van 18 december 1992 is de Belgische regering verzocht, twee vragen van het Hof te beantwoorden. Haar antwoorden luiden als volgt.

Eerste vraag

62. Het Hof wenst te vernemen om welke redenen de Belgische regering in 1986 uitdrukkelijk heeft bepaald, dat voor de uitoefening van de functie van erkende commissaris het bezit van de Belgische nationaliteit is vereist.

63. De Belgische regering heeft hierop geantwoord, dat, zoals reeds in de schriftelijke opmerkingen van de Belgische Staat was gesteld, de werkzaamheden van de erkende commissaris deel uitmaken van de uitoefening van het openbaar gezag. De erkende commissaris is immers de verlenging van het toezicht van de Controledienst in de verzekeringsondernemingen.

64. Aangezien die activiteit deel uitmaakt van het openbaar gezag, werd het in 1986 noodzakelijk geacht, de voorwaarde van het bezit van de Belgische nationaliteit toe te voegen aan de voorwaarden om als erkende commissaris erkend te kunnen worden.

Tweede vraag

65. Het Hof heeft gevraagd, waarin de activiteiten van een erkende commissaris bij verzekeringsondernemingen precies verschillen van die van een bedrijfsrevisor bij handelsvennootschappen.

Antwoord

66. De Belgische regering heeft geantwoord, dat in artikel 40 van de wet van 9 juli 1975 de verschillende aspecten van de opdracht van een erkende commissaris worden omschreven. Die omvat enerzijds de normale opdracht van een commissaris (bedrijfsrevisor) zoals voorgeschreven in de gecoördineerde wetten op de handelsvennootschappen en anderzijds een opdracht die die van een gewone commissaris overstijgt. In artikel 38 van de wet wordt bepaald dat minstens één van de commissarissen door de Controledienst moet zijn erkend. Er wordt dus een onderscheid gemaakt tussen de opdracht van een erkende en die van een gewone commissaris.

67. Boven zijn gewone functie van commissaris dient de *erkende* commissaris bij toepassing van artikel 40 van de wet van 9 juli 1975 de beheerders, de zaakvoerders of de algemene lasthebber van de onderneming en de Controledienst voor de Verzekeringen *op de hoogte te brengen* van elke inbreuk op de controlereglementering en van alle feiten die de financiële toestand van de onderneming in gevaar zouden kunnen brengen. De erkende commissaris brengt bij de Controledienst *verslag* uit over de financiële toestand en het beheer van de onderneming, telkens als de Controledienst er hem om verzoekt en, wanneer dit niet het geval is, minstens één maal per jaar. De erkende commissaris kan z'n *veto* stellen tegen elke beslissing van de onderneming, waarvan de uitvoering een misdrijf zou kunnen uitmaken.

68. Volgens de Belgische regering vloeit uit de analyse van deze verschillende punten voort, dat de opdracht van een erkende commissaris in ruime mate die van een gewone commissaris overstijgt. De opdracht van een erkende commissaris betekent in feite de *verlenging* van de controle van de Controledienst in de onderneming zelf.

D. A. O. Edward
rechter-rapporteur