FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT G. FEDERICO MANCINI

fremsat den 22. januar 1987 *

Høje Domstol.

1. Den 12. december 1977 udstedte Rådet for De europæiske Fællesskaber med henvisning til EØF-traktatens artikel 57 direktiv 77/780 om samordning af lovgivningen om adgang til at optage og udøve virksomhed som kreditinstitut (EFT L 322, s. 30). Som et første led af en proces, hvorved der skal gennemføres etableringsfrihed for kreditinstitutter og liberalisering af bankvirksomhed, var formålet med direktivet: a) at »fjerne de mest forstyrrende forskelle i medlemsstaternes lovgivning for så vidt angår de ordninger, som disse institutter er underlagt« (betragtning 2), b) at indføre ensartede betingelser for at meddele tilladelse til at udøve sådan virksomhed (betragtning 8). Efter at have nået disse mål skulle hver enkelt medlemsstat være i stand til at føre et »samlet tilsyn« med et kreditinstituts virksomhed, uanset hvor i Fællesskabet kreditinstituttet opererer (betragtning 3; jfr. desuden dom af 11. december 1985 i sag 110/84, Hillegom Kommune m. fl. mod Hillenius, Sml. s. 3947, på s. 3962, præmisserne 23 ff.).

Direktivet, som medlemsstaterne skulle gennemføre inden udgangen af 1979, blev først gennemført i italiensk ret i juli 1985, dvs. mere end to år efter, at Domstolen havde fastslået, at det ikke var gennemført (dom af 1. marts 1983 i sag 300/81, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 449). Corte d'appello di Venezia skulle imidlertid allerede inden anvende den pågældende retskilde i forbindelse med afgørelsen af en straffesag.

2. De faktiske omstændigheder er følgende: Italo Bullo og Francesco Boniventi, der er ansat i Banca agricola popolare de Cavarzere (Provinsen Venezia), var tiltalt for embedsmisbrug til skade for private (artikel 315 i den italienske straffelov), idet de ifølge tiltalen havde ydet større kreditter i forhold til, hvad der var foreskrevet af den italienske Nationalbank og det italienske Ministerium for Statskassen. Ovennævnte artikel har følgende ordlyd: »Den, der er offentligt ansat eller virker i offentlig tjeneste eller har offentligt hverv og som for egen eller tredjemands vindings skyld tilegner eller tilvender sig penge..., som ikke tilhører det offentlige, og som han har i sin varetægt som led i sin embedsforelse, straffes med fængsel fra tre til otte år...« [1].

De tiltalte blev dømt i første instans, men ankede. Under anken gjorde de blandt andet gældende, at bestemmelserne i og formålet med direktiv 77/780 er til hinder for, at kreditinstitutters ansatte tillægges status som personer, der virker i offentlig tjeneste eller har offentligt hverv. I sin kendelse af 15. april 1985 bemærkede Corte d'appello di Venezia, at Banca Agricola Popolare er blandt de kreditinstitutter, som omfattes af

* Oversat fra italiensk.

1 — Domstolens oversættelse. O. a.

direktivet. Retten fandt det imidlertid nødvendigt i medfør af EØF-traktatens artikel 177 at forelægge et præjudicielt spørgsmål om rækkevidden af den nævnte retsakt med hensyn til den konkrete sag.

Corte d'appello di Venezia har navnlig ønsket oplyst, »om... direktivets 'tilsigtede mål', som Den italienske Republik... har pligt til at gennemføre med henblik på 'instituttets organisation', lovligt [kan] *omfatte* eller i stedet *skal udelukke* en benævnelse af de ansatte i kreditinstitutterne som 'offentligt ansatte' eller som personer, der 'virker i offentlig tjeneste eller har offentligt hverv' ... i henhold til de begreber, der er defineret i... den italienske straffelov«. Den nationale retsinstans har i kendelsen fremhævet, at det nævnte fortolkningsproblem må løses, »dels fordi spørgsmålet kan have indflydelse på straffastsættelsen, dels fordi der — såfremt sidstnævnte af de to ovenfor anførte fortolkningsmuligheder måtte være den rigtigte — kunne opstå et spørgsmål om, hvorvidt det... er i strid med Den italienske Republiks forfatning, samt om, hvorvidt Corte d'appello umiddelbart kan anvende ovennævnte direktiv...«.

Jeg vil opholde mig et kort øjeblik ved sidstnævnte bemærkning. Den var forståelig på det tidspunkt, hvor den blev formuleret, men svarer ikke til den nuværende retstilstand. For ni år siden fastslog Domstolen, at »den nationale dommer... har pligt til at sikre [de fællesskabsretlige bestemmelsers] fulde virkning, idet han i påkommende tilfælde af egen drift skal undlade at anvende en modstridende... bestemmelse i national lovgivning, uden at han behøver anmode om... en forudgående ophævelse... ad lovgivningsvejen eller ved noget andet forfatningsmæssigt middel« (dom af 9. marts 1978 i sag 106/77, det italienske Finansministerium mod Simmenthal, Sml. s. 629, 645, præmis 24). Corte costituzionale italiana (den italienske Forfatningsdomstol) lagde ikke straks det nævnte princip til grund. Den har imidlertid for nylig anerkendt, at det finder anvendelse, idet den har fastslået, at det »ikke alene gælder med hensyn til bestemmelser, vedtaget af EØF's organer i forordningsform, men også med hensyn til bemærkninger... i domme vedrørende fortolkningssprøgsmål, afsagt af Domstolen« [dom nr. 113 af 1. april 1985, GURI (Statstidende) af 8. 5. 1985, nr. 107a].

Såfremt Domstolens svar måtte adskille sig fra, hvad jeg vil foreslå, må den venezianske retsinstans derfor træffe afgørelse i hovedsagen ud fra forholdet mellem fællesskabsret og intern ret, således som det er fastlagt i ovennævnte dom.

3. Under sagens behandling ved Domstolen er der afgivet skriftlige indlæg af de tiltalte, den italienske regering og Kommissionen for De europæiske Fællesskaber. De tiltalte har anført, at benævnelsen af privat bankansatte som »personer, der virker i offentlig tjeneste eller har offentligt hverv«, giver domstolene mulighed for direkte at kontrollere sådanne institutters virksomhed, og derved udelukker enhver form for diskretion i forbindelse med deres drift, idet forhold, for så vidt de er led i privatretlig virksomhed, bliver strafbare, mens de burde betragtes som lovlige. En sådan kontrol og sådanne begrænsninger er imidlertid uforenelige med, at kreditvirksomhed er af forretningsmæssig karakter; de er således til hinder for, at de formål, der forfølges med direktivet, kan nås, og er i strid med den traktatsikrede etablerings- og konkurrencefrihed.

Den italienske regering og Kommissionen har heroverfor anført, at ingen af direktivets bestemmelser er til hinder for, at medlemsstaterne tillægger ansatte i private banker den omtvistede benævnelse. Der kan desuden ikke udledes et sådant forbud af den

sammenhæng, retsakten indgår i; de har i den forbindelse blot bemærket, at retsakten på ingen måde skal træde i stedet for nationale bestemmelser, men kun skal sikre en samordning af dem.

4. Som nævnt vedrører den tilnærmelse af lovgivningerne, der søges gennemført ved direktivet, »kreditinstitutter«, dvs. foretagender, »hvis virksomhed består i fra offentligheden at modtage indlån eller andre midler, der skal tilbagebetales, samt i at yde lån for egen regning« (artikel 1, første led). Muligheden for at udøve sådan virksomhed er gjort betinget af »en fra myndighederne [i medlemsstaterne] hidrørende akt« (artikel 1, andet led), for hvis meddelelse der gælder en række betingelser (artikel 3). For hele ordningen gælder et forbud mod forskelsbehandling af de berørte virksomheder, der er begrundet i enten nationalitet eller det forhold, at foretagendet ikke er etableret i den medlemsstat, hvor tjenesteydelsen finder sted (betragtning 1).

Direktivet indeholder imidlertid ingen bestemmelse, som — blot perifert eller indirekte — vedrører ansættelsesforholdet for kreditinstitutters ansatte samt deres *status*. Heller ikke det resultat, der tilsigtes med direktivet, nemlig fri udøvelse af kreditvirksomhed inden for hele EF — medfører, at sådanne ansatte er fritaget for at overholde gældende straffelovgivning i etableringslandet, i hvert fald, når sådanne bestemmelser ikke er affattet eller anvendes på en måde, der er udtryk for forskelsbehandling. I italiensk ret har den omtvistede benævnelse desuden udelukkende betydning i strafferetlig henseende, undertiden som en del af gerningsindholdet, undertiden som en skærpende omstændighed. Ud fra et EF-synspunkt berører benævnelsen således ikke andre medlemsstaters kreditinstitutter; den begrænser derfor ikke deres adgang til frit at optage bankvirksomhed i Italien.

De tiltalte er ikke enige heri. Men deres argument om, at bankvirksomhed er forretningsmæssig virksomhed, kan efter min opfattelse ikke lægges til grund. Som bekendt er det på det grundlag, at der i direktivet er fastsat bestemmelser om, at de, der modtager indlån og yder lån, har ret til uden begrænsing at etablere sig i en hvilken som helst medlemsstat. EF-retligt er der imidlertid ikke af den grund principielt noget til hinder for, at der efter national lovgivning kan tillægges de nationale domstole — og navnlig i strafferetlig henseende — en »kontrolbeføjelse« med hensyn til bankers drift. En sådan beføjelse vil kun være uforenelig med traktaten og ovennævnte direktiv, hvis etableringsretten herved begrænses; men — som jeg har netop har bemærket — dette er utvivlsomt ikke problemet i den foreliggende sag, selv om det antages (uden at det dog nødvendigvis må anerkendes), at domstolene i henhold til den italienske straffelovs artikel 315 faktisk kan kontrollere udøvelsen af kreditvirksomhed.

Jeg er helt klar over, at der blandt de erhvervsdrivende og jurister i Italien er en livlig diskussion med hensyn til benævnelsen af ansatte i private banker som personer, der virker i offentlig tjeneste eller har offentligt hverv, og personligt finder jeg de argumenter overbevisende, hvorefter benævnelsen er en anakronisme eller i hvert fald overdreven i forhold til nutidens krav om beskyttelse af kreditvirksomhed. Det står imidlertid fast, at problemet er rent internretligt, og at det alene tilkommer den nationale lovgiver at løse det.

5. I lyset af det anførte skal jeg foreslå, at det spørgsmål, Corte d'appello di Venezia har forelagt ved kendelse af 15. april 1985 i straffesagen mod Italo Bullo og Francesco Bonivento, besvares som følger:

»Rådets direktiv 77/780 af 12. december 1977 om samordning af lovgivningen om adgang til at optage og udøve virksomhed som kreditinstitut er ikke til hinder for, at kreditinstitutters ansatte tillægges status som 'offentligt ansatte' eller som 'personer, der virker i offentlig tjeneste eller har offentligt hverv' med henblik på anvendelsen af en medlemsstats straffelovgivning.«