CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL G. F. MANCINI van 22 januari 1987 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Op 12 december 1977 stelde de Raad van de Europese Gemeenschappen op grond van artikel 57 EEG-Verdrag richtlijn 77/780 vast tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen (PB 1977, L 322, blz. 30). Als eerste etappe op de weg naar de verwezenlijking van de vrijheid van vestiging voor kredietinstellingen en de liberalisatie van de bankwerkzaamheden, beoogt deze richtlijn: a) „de hinderlijkste verschillen tussen de wetgevingen der Lid-Staten inzake de regeling waaraan deze instellingen zijn onderworpen op te heffen" (tweede overweging); b) uniforme voorwaarden voor de afgifte van de vergunning tot de uitoefening van hun werkzaamheden vast te stellen (achtste overweging). Zodra deze doelstellingen zijn bereikt, zou elke Lid-Staat in staat moeten zijn een „algemeen toezicht" uit te oefenen op de werkzaamheden van de kredietinstellingen, ongeacht op welke plaats in de Gemeenschap zij werkzaam zijn (derde overweging; cf. ook het arrest van 11 december 1985, zaak 110/84, Hillenius, Jurispr. 1985, blz. 3947, r. o. 23 en volgende).

De richtlijn, waaraan de Lid-Staten voor eind 1979 uitvoering moesten geven, is door de Italiaanse Republiek pas in nationaal recht omgezet in juli 1985, dat wil zeggen meer dan twee jaar na het arrest waarbij het Hof de niet-uitvoering ervan had vastgesteld (arrest van 1 maart 1983, zaak 300/81, Commissie/Italië, Jurispr. 1983, blz. 449). De corte d'appello te Venetië was evenwel reeds in het kader van een strafzaak verzocht de betrokken richtlijn toe te passen.

2. De feiten zijn de volgende. I. Bullo en F. Bonivento, twee personeelsleden van de Banca agricola popolare di Cavarzere (provincie Venetië), wordt verduistering ten nadele van particulieren (het misdrijf van artikel 315 van het Italiaanse wetboek van strafrecht) ten laste gelegd, omdat zij voor een hoger bedrag kredieten hadden verleend dan door de desbetreffende bepalingen van de Banca d'Italia en het ministerie van de Schatkist was toegestaan. Volgens het aangehaalde artikel wordt „een openbaar ambtenaar of een persoon belast met een openbare dienst, die niet aan de overheidsadministratie toebehorende gelden... welke hij uit hoofde van zijn ambt of functie in zijn bezit heeft voor zichzelf behoudt of, op enigerlei wijze ten behoeve van zichzelf of van een derde verduistert, gestraft met een gevangenisstraf van drie tot acht jaar..."

Veroordeeld in eerste aanleg, kwamen beide personeelsleden in hoger beroep, stellende — onder meer — dat de bepalingen en de doelstellingen van richtlijn 77/780 eraan in de weg staan, dat personeelsleden van kredietinstellingen worden aangemerkt als personen belast met een openbare dienst. In haar beschikking van 15 april 1985 erkende de corte d'appello te Venetië dat de Banca

* Vertaald uit het Italiaans.

agricola popolare behoort tot de instellingen waarop de richtlijn van toepassing is; over de draagwijdte van de richtlijn ten aanzien van het concrete geval wenste zij het Hof te verzoeken om een prejudiciële beslissing in de zin van artikel 177 EEG-Verdrag.

Zij wenste met name te vernemen of „... het resultaat [dat de richtlijn beoogt] ... te bereiken... [en] de regeling inzake de organisatiestructuur van de kredietinstelling [die zij bevat] ... rechtens *toelaten*, of integendeel *uitsluiten*, dat personeelsleden van ‚kredietinstellingen' ... worden aangemerkt als ‚openbaar ambtenaar' of ‚persoon belast met een openbare dienst' als omschreven in het geldende Italiaanse wetboek van strafrecht". In de beschikking wordt verklaard dat het antwoord op die vraag beslissend is „hetzij omdat het van invloed kan zijn op de voorziene strafmaat, hetzij omdat, indien de... als tweede genoemde mogelijkheid juist mocht blijken, een vraag kan rijzen omtrent de grondwettigheid... [en omtrent] de rechtstreekse toepasselijkheid van de richtlijn".

Laten wij even stilstaan bij deze laatste opmerking. Begrijpelijk op het ogenblik waarop zij werd geformuleerd, is zij door de huidige toestand achterhaald. Negen jaar geleden overwoog het Hof dat de verwijzende rechter verplicht is zorg te dragen voor de volle werking (van de gemeenschapsbepalingen), daarbij zo nodig, ... elke strijdige bepaling van de... nationale wetgeving buiten toepassing latend, zonder dat hij de voorafgaande opheffing hiervan via de wetgeving of enige andere constitutionele procedure had te vragen... (arrest van 9 maart 1978, zaak 106/77, Simmenthal, Jurispr. 1978, blz. 629, r. o. 24). De Italiaanse corte costituzionale heeft dit beginsel niet onmiddellijk aanvaard. Onlangs heeft het de toepasselijkheid ervan evenwel erkend en daarbij opgemerkt dat het „niet enkel geldt voor de regelingen die de instellingen van de EEG bij verordening hebben vastgesteld, maar ook voor de regels die uit de uitleggingsarresten van het Hof van Justitie voortvloeien" (arrest nr. 113 van 1 april 1985, GURI van 8. 5. 1985, nr. 107 bis).

Mocht het antwoord van het Hof anders luiden dan het antwoord dat ik straks zal voorstellen, dan zal de rechter te Venetië derhalve bij de beslechting van het bodemgeschil rekening moeten houden met de in genoemde arresten omschreven verhouding tussen het gemeenschapsrecht en het nationale recht.

3. Tijdens de procedure voor het Hof zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door de verdachten, door de Italiaanse regering en door de Commissie van de Europese Gemeenschappen. Verdachten betogen dat door het feit dat personeelsleden van particuliere banken worden aangemerkt als „personen belast met een overheidsdienst", de rechter de bevoegdheid krijgt om de werkzaamheden van dergelijke instellingen rechtstreeks te toetsen en elke discretie betreffende hun beheer wordt uitgesloten, omdat strafrechtelijke relevantie wordt verleend aan handelingen die, wanneer zij in het kader van een particuliere onderneming worden verricht, geoorloofd zouden moeten worden geacht. Welnu, deze toetsing en deze verplichtingen zijn onverenigbaar met het bedrijfsmatige karakter van de kredietwerkzaamheden; bijgevolg belemmeren zij de verwezenlijking van de door de richtlijn nagestreefde doelstellingen en zijn zij in strijd met de door het Verdrag gewaarborgde vrije vestiging en vrije mededinging.

De Italiaanse regering en de Commissie merken daarentegen op dat geen enkele bepaling van de richtlijn de Lid-Staten verbiedt personeelsleden van particuliere banken de omstreden hoedanigheid toe te kennen. Bovendien valt het bestaan van een

dergelijk verbod onmogelijk af te leiden uit de inhoud van de richtlijn, in haar geheel genomen; dit blijkt genoegzaam uit de overweging dat de richtlijn niet in de plaats komt van de nationale regelingen, maar deze enkel coördineert.

4. Zoals wij reeds hebben gezien, betreft de door de richtlijn beoogde harmonisatie van wetgevingen de „kredietinstellingen", dat wil zeggen de ondernemingen „waarvan de werkzaamheden bestaan in het van het publiek in ontvangst nemen van deposito's of andere terugbetaalbare gelden en het verlenen van kredieten voor eigen rekening" (artikel 1, eerste streepje). De bevoegdheid om dergelijke werkzaamheden uit te oefenen is afhankelijk gesteld van „een door de overheid" van de Lid-Staten „afgegeven akte" (artikel 1, tweede streepje), waarvoor aan een aantal eisen moet worden voldaan (artikel 3). De hele regeling wordt beheerst door het verbod om ondernemingen te discrimineren op grond van hun nationaliteit of op grond van het feit dat zij niet zijn gevestigd in de Lid-Staat waar de dienstverlening plaatsvindt (eerste overweging).

De onderhavige richtlijn bevat overigens geen enkele bepaling die — al was het slechts ver of indirect — verband houdt met het dienstverband en de *rechtspositie* van de personeelsleden van kredietinstellingen, en het resultaat dat zij beoogt — de vrije uitoefening van de kredietwerkzaamheden in de gehele Gemeenschap — houdt evenmin in dat die personen worden vrijgesteld van de verplichting de in de Lid-Staat van vestiging geldende strafbepalingen in acht te nemen, althans wanneer deze niet op discriminerende wijze zijn geformuleerd of worden toegepast. Bovendien is de omstreden kwalificatie in de Italiaanse regeling enkel strafrechtelijk relevant, nu eens als bestanddeel van het strafbare feit, dan weer als strafverzwarende omstandigheid. Vanuit communautair oogpunt raakt zij de kredietinstellingen van de andere Lid-Staten derhalve niet; met name beperkt zij niet hun vrije toegang tot de uitoefening van bankwerkzaamheden in Italië.

Verdachten zijn het daarmee niet eens; het argument dat zij aan het bedrijfsmatige karakter van de bankwerkzaamheden ontlenen is evenwel ongegegrond. Zoals wij hebben gezien, is het immers op grond van dat karakter dat de richtlijn degene die deposito's in ontvangst neemt en kredieten verleent, het recht toekent om zich zonder beperking in om het even welke Lid-Staat te vestigen. Dit betekent evenwel niet dat de gemeenschapsregeling de nationale wetgever in beginsel verbiedt, de rechter — en met name de strafrechter — met betrekking tot het beheer van de banken een „recht van toetsing" te verlenen. Een dergelijke bevoegdheid zal slechts onverenigbaar zijn met het Verdrag en met de *betrokken* richtlijn, wanneer zij een beperking van het recht van vestiging tot gevolg heeft. Welnu, dit is hier — gelijk ik zojuist heb opgemerkt — zeker niet het geval, zelfs wanneer men ervan uitgaat (zonder het daarom noodzakelijkerwijs te aanvaarden), dat artikel 315 van het Italiaanse wetboek van strafrecht de rechter inderdaad toestaat, de uitoefening van het kredietbedrijf te toetsen.

Ik weet dat het feit dat personeelsleden van particuliere banken als personen belast met een openbare dienst worden aangemerkt, het onderwerp is van heftige discussies tussen de betrokken economische kringen en de juristen van het Italiaanse schiereiland, en persoonlijk acht ik de argumenten van degenen die deze kwalificatie anachronistisch of in ieder geval buiten verhouding tot de huidige eisen van het toezicht op de kredietwerkzaamheden vinden, overtuigend. Het is evenwel zo, dat het probleem van zuiver nationaalrechtelijke aard is en dat uitsluitend de nationale wetgever het dient op te lossen.

5. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging, de prejudiciële vraag die de corte d'appello te Venetië bij beschikking van 15 april 1985 in de strafzaak tegen I. Bullo en F. Bonivento heeft gesteld, te beantwoorden als volgt:

„Richtlijn 77/780 van de Raad van 12 december 1977 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen staat niet eraan in de weg dat de wettelijke regeling van een Lid-Staat aan personeelsleden van dergelijke instellingen met het oog op de toepassing van strafbepalingen de hoedanigheid van ‚openbaar ambtenaar' of ‚persoon belast met een overheidsdienst' toekent."