

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
D. RUIZ-JARABO COLOMER

van 17 december 1998 *

1. Regeringsrätten van Zweden heeft het Hof twee prejudiciële vragen voorgelegd over de uitlegging van een artikel dat gemeenschaps-pelijk is aan de richtlijnen 73/239/EEG en 79/267/EEG¹, en volgens hetwelk de lid-staten geen regels mogen vaststellen betref-fende de keuze door verzekeringsonderne-mingen van de activa die overeenstemmen met hun vrije vermogen.

2. De uitlegging van de gemeenschapsnorm is noodzakelijk opdat de verwijzende rechter uitspraak zou kunnen doen over de toepas-sing in het onderhavige geval van een natio-nale wettelijke regeling, die de verzekerings-ondernemingen verbiedt om zonder administratieve vergunning deelnemingen of aandelen in andere naamloze vennootschappen in eigendom te hebben die meer dan 5 % van de stemrechten van alle aandelen vertegen-woordigen (hierna: „de 5 %-regel”).

De feiten en de procedure van het hoofd-
geding (volgens de verwijzingsbeschikking)

3. Försäkringsaktiebolaget Skandia (hierna: „Skandia”) oefent het schadeverzekeringsbe

drijf uit. Livförsäkringsaktiebolaget Skandia is een onderneming die zich toelegt op het levensverzekeringsbedrijf en die voor 100 % in handen is van Skandia. Samen hebben zij Skandia Investment AB in eigendom, een ven-nootschap die in kleine en middelgrote onder-nemingen belegt.

4. Bij schrijven van 29 december 1995 stelde Skandia de Finansinspektion ervan in kennis, dat Skandia Investment het voornemen had, haar aandelenbezit in Kungsdialysen AB, een vennootschap die zich bezighoudt met dia-lyse, te vergroten, hetgeen gebeurde.

5. Na deze aankoop kwam het aandelenbezit van Skandia Investment in Kungsdialysen op 9,2 % van de stemrechten en op 33,9 % van het aandelenkapitaal (vóór de aankoop bedroegen deze cijfers 5 % en 30,8 %). Het aandelenbezit na de aanvullende aankoop werd gerekend tot het zogeheten vrije vermogen, dat wil zeggen tot de activa die niet tegenover de technische voorzieningen staan.

6. De Finansinspektion stelde zich in haar besluit van 21 maart 1996 op het standpunt, dat Skandia zich aan de 5 %-regel moest houden, en gelastte Skandia erop toe te zien

* Oorspronkelijke taal: Spaans.

1 — Eerste richtlijn (73/239/EEG) van de Raad van 24 juli 1973 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepa-lingen betreffende de toegang tot het directe verzekerings-bedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche, en de uitoefening daarvan (PB L 228, blz. 3), en Eerste richt-lijn (79/267/EEG) van de Raad van 5 maart 1979 tot coördi-natie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot het directe levensverzekerings-bedrijf, en de uitoefening daarvan (PB L 63, blz. 1).

dat uiterlijk op 1 september 1996 Skandia Investment haar aandelenbezit in Kungsdialysen tot maximaal 5 % van de stemrechten van alle aandelen in de vennootschap zou terugbrengen.

5 % van de stemrechten van alle aandelen vertegenwoordigen?

7. Skandia ging van dit besluit in beroep bij de regering, welk beroep bij besluit van 15 augustus 1996 werd verworpen. Tegen dat laatste besluit stelde Skandia beroep in bij Regeringsrätten, opdat laatstgenoemde een uitspraak zou doen over de wettigheid van het regeringsbesluit. In de loop van die procedure achtte de verwijzende rechter het nodig het Hof de volgende prejudiciële vragen te stellen:

Indien het antwoord op de eerste vraag ontkennend luidt:

- 2) Zijn voornoemde artikelen, wat onder meer de nauwkeurigheid betreft, van dien aard dat een nationale rechter een nationale bepaling met voormelde inhoud buiten toepassing dient te laten, wanneer hij moet nagaan of beleggingen van vrij vermogen van een verzekeringsonderneming toelaatbaar zijn?"

- „1) Is het verenigbaar met artikel 18, lid 1, van richtlijn 73/239/EEG, zoals gewijzigd bij artikel 26 van richtlijn 92/49/EEG², en met artikel 21, lid 1, van richtlijn 79/267/EEG, zoals gewijzigd bij artikel 27 van richtlijn 92/96/EEG³, dat een nationale wettelijke regeling voorschrijft, dat een verzekeringsonderneming, voor zover het gaat om het vrije vermogen van de onderneming (dat wil zeggen de activa welke aanwezig zijn boven de activa die tegenover de technische voorzieningen staan), niet zonder bijzondere vergunning aandelen in een binnenlandse of buitenlandse naamloze vennootschap mag bezitten die meer dan

De nationale wettelijke regeling

8. De Zweedse wet van 1982 betreffende de uitoefening van het verzekeringsbedrijf bevat bepalingen die de werkzaamheden regelen van ondernemingen die zich bezighouden met het levensverzekerings- en het schadeverzekeringsbedrijf.

2 — Richtlijn van de Raad van 18 juni 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche, en houdende wijziging van de richtlijnen 73/239/EEG en 88/357/EEG (derde richtlijn „schadeverzekering“) (PB L 228, blz. 1).

3 — Richtlijn van de Raad van 10 november 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe levensverzekeringsbedrijf en tot wijziging van de richtlijnen 79/267/EEG en 90/619/EEG (Derde levensrichtlijn) (PB L 360, blz. 1).

9. Volgens hoofdstuk 1, § 3, eerste alinea, mag een verzekeringsonderneming geen ander bedrijf dan het verzekeringsbedrijf uitoefenen, tenzij daarvoor bijzondere redenen bestaan.

10. Hoofdstuk 7, § 17, eerste alinea, behelst de 5 %-regel:

„Een verzekeringsonderneming mag niet zonder vergunning van de Finansinspektion aandelen in een Zweedse of buitenlandse naamloze vennootschap in eigendom hebben die meer dan 5 % van de stemrechten van alle aandelen vertegenwoordigen. Indien de verzekeringsonderneming deel uitmaakt van een concern, geldt deze bepaling voor het concern. Bij de berekening van het aandelenbezit van een concern wordt evenwel van de aandelen die worden gehouden door banken die tot het concern behoren, of door een dochtermaatschappij van die banken, een hoeveelheid die maximaal 5 % van de stemrechten in de naamloze vennootschap vertegenwoordigt, buiten beschouwing gelaten.

De eerste alinea is niet van toepassing op aandelen of deelnemingen in verzekeringsondernemingen of rechtspersonen, wier bedrijf uitsluitend erin bestaat, aandelen in naamloze verzekeringsvennootschappen in eigendom te hebben, waarborgkapitaal in onderlinge verzekeringsmaatschappijen in te brengen, de onroerende goederen van de verzekeringsonderneming te beheren of verzekeringsondernemingen bij de uitoefening van hun bedrijf bij te staan. De eerste alinea is echter wel van toepassing op aandelen of deelnemingen in rechtspersonen die tot taak hebben, direct of indirect activa als bedoeld in § 10, eerste alinea, in eigendom te hebben, indien die activa niet bestaan in aandelen of deelnemingen in openbare verzekeringsondernemingen of soortgelijke buitenlandse ondernemingen.

Met betrekking tot het recht van de verzekeringsonderneming om aandelen of deelnemingen in eigendom te hebben in ondernemingen die enigerlei vorm van financiële werkzaamheid uitoefenen, is § 17 a van toepassing.”

11. Een soortgelijke regeling als die van hoofdstuk 7, § 17, eerste alinea, eerste en tweede volzin, van de wet van 1982 kwam reeds voor in de analoge wet van 1948. De bij de totstandkoming van de wet opgegeven reden voor de regeling was, te verhinderen dat de verzekeringsondernemingen een al te grote invloed in ondernemingen buiten de verzekeringssector kregen.

De gemeenschapsregeling

12. Inzake verzekeringen is de ontwikkeling van de gemeenschapsregeling in drie fasen verlopen:

- Een eerste „generatie” richtlijnen (richtlijn 79/267 inzake levensverzekeringen en richtlijn 73/239 inzake schadeverzekeringen, beide reeds aangehaald) beoogde de daadwerkelijke uitoefening van het recht van vestiging door verzekeringsondernemingen te bevorderen.
- Een tweede „generatie” richtlijnen (richtlijn 90/619/EEG inzake levensverzekering-

gen⁴ en richtlijn 88/357/EEG inzake schadeverzekeringen⁵) bevorderde de daadwerkelijke uitoefening van het verzekeringsbedrijf in het stelsel van het vrij verrichten van diensten.

- Een derde „generatie” richtlijnen (richtlijn 92/96 inzake levensverzekeringen en richtlijn 92/49 inzake schadeverzekeringen, beide reeds aangehaald) beoogde de volledige verwezenlijking van de interne verzekeringsmarkt, op basis van het beginsel van één enkele administratieve vergunning en van een stelsel van financieel toezicht dat berust bij de autoriteiten van de staat waarin de verzekeringsonderneming haar zetel heeft.

13. De gemeenschapswetgeving streefde er derhalve enerzijds naar, dat de verzekeringsondernemingen hun werkzaamheden vrij zouden kunnen verrichten, en anderzijds dat de onderdanen van de Gemeenschap vrije toegang zouden hebben tot een zo breed mogelijk aanbod van verzekeringen binnen de Gemeenschap, waarbij hen de nodige juridische en economische bescherming wordt gewaarborgd.

4 — Tweede richtlijn van de Raad van 8 november 1990 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe levensverzekeringsbedrijf, tot vaststelling van de bepalingen ter bevordering van de daadwerkelijke uitoefening van het vrij verrichten van diensten en houdende wijziging van richtlijn 79/267 (PB L 330, blz. 50).

5 — Tweede richtlijn van de Raad van 22 juni 1988 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche, tot vaststelling van bepalingen ter bevordering van de daadwerkelijke uitoefening van het vrij verrichten van diensten en houdende wijziging van richtlijn 73/239 (PB L 172, blz. 1).

14. De eerste doelstelling vereiste, dat een verzekeringsonderneming die in een van de lidstaten is erkend, haar werkzaamheden kan uitoefenen in de hele Gemeenschap, zowel wat betreft de vestiging als wat betreft het verrichten van diensten. Daartoe kozen de richtlijnen van de derde generatie voor het tot stand brengen van „een wezenlijke, noodzakelijke en voldoende harmonisatie (...) om te komen tot een wederzijdse erkenning van de vergunningen en van de stelsels van bedrijfs-economisch toezicht, waardoor een en dezelfde vergunning voor de gehele Gemeenschap geldig is en waarbij het beginsel geldt dat het toezicht wordt uitgeoefend door de lidstaat van herkomst”.⁶

15. Dat laatste beginsel impliceerde, dat elke lidstaat moest waken over de financiële soliditeit van de verzekeringsondernemingen die onder zijn toezicht stonden en met name over de solvabiliteit, de vorming van toereikende technische voorzieningen en de dekking van deze voorzieningen met congruente activa. De coördinatie van de nationale regels dienaangaande bleek derhalve in het bijzonder noodzakelijk in een stelsel van wederzijdse erkenning van de vergunningen en van de stelsels van bedrijfseconomisch toezicht.

16. De harmonisatie was reeds uitgevoerd voor de bepalingen van de lidstaten betreffende de verplichte vorming van technische voorzieningen ter garantie van de door de verzekeringsondernemingen aangegane verbintenissen. De derde generatie verzekeringsrichtlijnen ging in dezelfde richting verder, aangezien zij de coördinatie beoogden van „de regels betreffende de diversificatie, de lokalisatie en de congruentie van de tegenover

6 — Vijfde overweging van de considerans van de richtlijnen 92/49 en 92/96.

de technische voorzieningen staande activa (...) teneinde de wederzijdse erkenning van de voorschriften van de lidstaten te vergemakkelijken".⁷

17. Daartoe werden de artikelen betreffende de technische voorzieningen van de richtlijnen van de eerste generatie (artikel 15 van richtlijn 73/239 en artikel 17 van richtlijn 79/267) geherformuleerd. Volgens die artikelen verplicht de lidstaat van herkomst elke verzekeringsonderneming tot de vorming van toereikende technische voorzieningen met betrekking tot het geheel van haar werkzaamheden. De omvang van die voorzieningen wordt bepaald aan de hand van de regels van richtlijn 91/674/EEG⁸ of van richtlijn 92/96. Tegenover de technische voorzieningen met betrekking tot het geheel van de werkzaamheden van de onderneming moeten congruente activa staan.

18. De richtlijnen regelen het juridisch stelsel van de diversificatie, de lokalisatie en de congruentie van die activa. Concreet kunnen slechts bepaalde categorieën van die activa (dat wil zeggen, bepaalde beleggingen, kredieten en andere) tegenover de technische voorzieningen staan. Bovendien dienen de lidstaten vast te stellen, dat de verzekeringsondernemingen niet meer dan een bepaald percentage van hun bruto technische voorzieningen in een bepaalde soort activa mogen beleggen.

19. De activa die niet tegenover de technische voorzieningen staan, vormen het zogenoemde „vrije vermogen” of „beschikbare of ongebonden vermogen” van de verzekeringsonderneming. Met de onderhavige prejudiciële vragen wil de verwijzende rechter van het Hof de uitlegging vernemen van de regel betreffende die activa, die in beide richtlijnen is neergelegd.

20. In zijn huidige vorm, luidt die regel als volgt:

a) Betreffende de schadeverzekering bepaalt artikel 18, lid 1, van richtlijn 73/239: „De lidstaten stellen geen enkel voorschrift vast met betrekking tot de aard van de activa welke aanwezig zijn boven de activa die de in artikel 15 bedoelde technische reserves dekken.”

b) Met betrekking tot de levensverzekering bepaalt artikel 21, lid 1, van richtlijn 79/267: „De lidstaten stellen geen voorschriften vast met betrekking tot de aard van de activa welke aanwezig zijn boven de activa die de in artikel 17 bedoelde voorzieningen dekken.”

21. Ten slotte mogen de verzekeringsondernemingen krachtens de gemeenschapsbepalingen hun doel niet uitbreiden tot andere handelsactiviteiten. In die zin heeft artikel 8,

7 — Dertiende overweging van de considerans van richtlijn 92/49 en vijftiende overweging van de considerans van richtlijn 92/96.

8 — Richtlijn van de Raad van 19 december 1991 betreffende de jaarrekening en de geconsolideerde jaarrekening van verzekeringsondernemingen (PB L 374, blz. 7).

lid 1, sub b, van de richtlijnen 73/239 en 79/267, in zijn huidige versie, dezelfde inhoud, volgens dewelke de lidstaat van herkomst de eis stelt, dat de verzekeringsondernemingen „hun doel beperken tot de in deze richtlijn bedoelde werkzaamheden en tot de verrichtingen die daaruit rechtstreeks voortvloeien, met uitsluiting van elke andere handelsactiviteit”.

De eerste prejudiciële vraag

22. Met de eerste prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen, of de uitlegging van de gemeenschapsregel toestaat, dat de vrijheid van „keuze van activa” die door beide richtlijnen aan de verzekeringsondernemingen wordt verleend, wordt beperkt door een nationale regel die deze keuze aan beperkingen onderwerpt, zoals het geval is met de voornoemde Zweedse 5 %-regel.⁹

23. De Zweedse regering (ondersteund door de Noorse regering en ten dele door de Finse regering) betoogt, dat de richtlijnen enkel beletten dat aan de verzekeringsondernemingen „kwalitatieve” beperkingen worden opgelegd betreffende de keuze van de activa. De lidstaten zouden die ondernemingen met andere woorden niet kunnen verplichten, in

bepaalde „categorieën” activa te beleggen. Het staat de lidstaten daarentegen vrij, mits inachtneming van laatstgenoemde voorwaarde, „kwantitatieve” beperkingen (zoals de 5 %-regel) op te leggen, die niet vereisen dat in een bepaalde categorie activa wordt belegd.

24. Zowel de Commissie als verzoekster in het hoofdgeding stellen daarentegen, dat de voorschriften van de twee voornoemde richtlijnen de lidstaten verbieden om de verzekeringsondernemingen eender welke beperking, kwalitatief of kwantitatief, op te leggen in de keuze van de activa die hun vrij vermogen vormen.

25. Zelf ondersteun ik de tweede stelling. In mijn argumentatie dienaangaande, zal ik eerst weerleggen dat er een noodzakelijk verband is tussen de 5 %-regel en de beperking van de externe werkzaamheden van de verzekeringsondernemingen; vervolgens zal ik trachten uit te leggen waarom die regel in strijd is met de voorschriften van beide richtlijnen inzake de vrije keuze van ongebonden activa.

i) De gestelde rechtvaardiging van de 5 %-regel met het voor de verzekeringsondernemingen geldende verbod om zich op externe werkzaamheden toe te leggen

⁹ — Het feit dat de nationale autoriteiten volgens de wettelijke regeling dat soort beleggingen in bepaalde gevallen kunnen toestaan, doet niet af aan het verbodskarakter van de regel. Wanneer een nationale verbodsbepaling in strijd is met het gemeenschapsrecht, staat volgens vaste rechtspraak van het Hof het enkele feit dat de nationale autoriteiten discretionair afwijkingen van de algemene regel kunnen toestaan, er niet aan in de weg dat die regel onverenigbaar met het gemeenschapsrecht wordt verklaard.

26. De Zweedse en de Noorse regering stellen, dat „het doel en de functie” van de 5 %-regel

verbonden zijn met het voor verzekeringsondernemingen geldende verbod om werkzaamheden uit te oefenen die vreemd zijn aan het verzekeringsbedrijf. Niet alleen de nationale wettelijke regeling, maar ook de gemeenschapsnorm ¹⁰ bevat dit verbod.

27. Volgens die regeringen kan dat verbod op een legitieme wijze worden afgedwongen door deze ondernemingen te beletten om een aanzienlijk aantal aandelen in eigendom te hebben in vennootschappen die vreemd zijn aan het verzekeringsbedrijf. Een aandelenbezit dat meer dan 5 % van de stemrechten van die vennootschappen vertegenwoordigt, zou de verzekeringsondernemingen in staat stellen om een „dominante invloed” uit te oefenen over de vennootschappen waarin zij een dergelijke deelneming hebben. De Zweedse en de Noorse regering menen, dat de verzekeringsondernemingen in dat geval het verbod om zich op externe werkzaamheden toe te leggen, gemakkelijk zouden kunnen omzeilen.

28. De Zweedse regering onderstreept, dat de grens van 5 % van het kapitaal met stemrecht een passende grens leek om te bepalen wanneer een aandelenbezit met stemrecht het mogelijk maakt om een „invloed van betekenis” op het bestuur van een vennootschap uit te oefenen. Dienaangaande verwijst zij naar de standpunten die enkele lidstaten hebben ingenomen in het kader van de voorbereidende werkzaamheden van richtlijn 85/611/EEG van de Raad van 20 december 1985 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve beleg-

ging in effecten (icbe's). ¹¹ Die richtlijn heeft dienaangaande uiteindelijk geen getal vastgesteld.

29. Ik ben het om verschillende redenen niet eens met die redenering. Voor ik hierover uitweid, moet ik toegeven dat de verklaring van de Zweedse regering a posteriori lijkt aangevoerd ter rechtvaardiging van een beperking die in werkelijkheid andere gronden heeft. Om precies te zijn, bestond het oorspronkelijke doel van de 5 %-regel in 1948 er niet in — zoals verzoekster in het hoofdgeding heeft aangetoond —, ervoor te zorgen dat de verzekeringsondernemingen het verbod om zich op externe werkzaamheden toe te leggen, in acht zouden nemen, maar beoogde die regel de invloed van die ondernemingen in het economische leven van het land te beperken als alternatief voor de nationalisatie van het verzekeringsbedrijf, die in die tijd door bepaalde politieke krachten werd nagestreefd.

30. Bovendien stelt de verzoekende onderneming terecht, dat indien de 5 %-regel werkelijk tot doel heeft, te verhinderen dat verzekeringsondernemingen externe werkzaamheden uitoefenen, niet kan worden verklaard waarom die regel alleen betrekking heeft op de deelneming in naamloze vennootschappen en niet in andere soorten handelsvennootschappen of rechtspersonen.

31. Zelfs indien ik om dialectische redenen zou erkennen, dat de 5 %-regel inderdaad het

¹⁰ — Zie punt 21 supra.

¹¹ — PB L 375, blz. 3.

thans door de Zweedse regering aangevoerde doel nastreeft, ben ik van mening dat het aan de verzekeringsondernemingen opgelegde verbod om externe werkzaamheden uit te oefenen, geenszins vereist dat hun aandelenbezit in andere ondernemingen tot die grens wordt beperkt. Er bestaat geen rechtstreeks en noodzakelijk verband tussen het verwerven van een aandelenbezit van 5 % en de uitoefening van werkzaamheden die eigen zijn aan de onderneming waarin de verzekeringsonderneming een dergelijk aandelenbezit heeft.

32. Ik zie inderdaad niet in, waarom een minderheidsdeelneming van meer dan 5 % van de aandelen met stemrecht voor de houders van die deelneming erop zou neerkomen, dat zij „zich toeleggen op de uitoefening” van de werkzaamheden die eigen zijn aan de onderneming waarvan zij aandelen bezitten. Vanuit dezelfde redenering zou kunnen worden gesteld, dat een individuele eigenaar van 6 % van de aandelen met stemrecht van verschillende naamloze vennootschappen, zich tegelijkertijd toelegt op de uitoefening van de werkzaamheden die eigen zijn aan al die vennootschappen.

33. Een dergelijke conclusie kan juridisch niet worden aanvaard. De eigendom van een aandelenpakket met stemrecht vormt een deel van het vermogen van een natuurlijke of rechtspersoon, maar die eigendom veronderstelt noch impliceert noodzakelijkerwijze dat die persoon de handelsactiviteit uitoefent waarop de vennootschap op aandelen zich hoe dan ook toelegt. Met andere woorden, het bezit van enkele aandelen door een aandeelhouder mag juridisch niet worden verward met de activiteit van de vennootschap in het kapitaal waarvan hij deelneemt.

34. Het onderscheid tussen de twee is duidelijk: in het ene geval gaat het om het roerend vermogen van een bepaalde persoon (natuurlijke of rechtspersoon, hetgeen in casu irrelevant is), in het andere geval, duidelijk daarvan onderscheiden, gaat het om de uitoefening van handelsactiviteiten door die persoon. Het bezit van 6 % van de aandelen met stemrecht van een onderneming maakt van de aandeelhouder geen ondernemer, dat wil zeggen een persoon die zich toelegt op de uitoefening van een bepaalde handelsactiviteit.

35. Hiertegen kan worden ingebracht, dat dit standpunt enigszins formalistisch is en dat in het economische leven van bedrijven de houders van minderheidsdeelnemingen in sommige gevallen de bestuursbeslissingen van een vennootschap op beslissende wijze kunnen beïnvloeden. Mijns inziens volstaat dat niet om het verschil tussen enerzijds een deelneming door aandelenbezit en anderzijds de uitoefening van de handelsactiviteit op te heffen.

36. De bevoegdheid om via aandelen met stemrecht een *invloed* uit te oefenen op de besluiten van de organen (aandeelhoudersvergadering, beheersraad en dergelijke) die het handelsbeleid van een naamloze vennootschap uitstippelen, staat niet gelijk aan het *uitoefenen* van de werkzaamheid van die vennootschap. De houder van de aandelen kan derhalve niet worden geacht zich toe te leggen op de uitoefening van de handelsactiviteiten die eigen zijn aan de naamloze vennootschap waarin hij deelneemt, louter omdat hij het bij zijn aandelen behorende stemrecht uitoefent.

37. Ik wil benadrukken, dat het gaat om situaties die juridisch verschillend zijn. Bovendien dragen de aandeelhouders die 6 % van de aandelen met stemrecht in een vennootschap hebben, normaliter niet of nauwelijks bij tot het nemen van de beslissingen in de bestuursorganen van de vennootschap: zij kunnen het gedrag ervan derhalve niet beïnvloeden. Nog minder kan worden gezegd, dat zij „zich bezighouden met” of „zich toeleggen op” de werkzaamheden van de vennootschap, waarvan het gewone bestuur toekomt aan organen waarin zij soms niet eens zijn vertegenwoordigd.

38. De beperking van de werkzaamheden van verzekeringsondernemingen tot de werkzaamheden die eigen zijn aan het verzekeringsbedrijf, is in de richtlijnen geformuleerd in nauwkeurige bewoordingen, die verwijzen naar het „doel” van die ondernemingen. Het doel moet beperkt zijn tot het verzekeringsbedrijf (en tot de verrichtingen die daaruit rechtstreeks voortvloeien). Voor zover die regel in acht wordt genomen, staat niets eraan in de weg dat de belegging in aandelen door een verzekeringsonderneming in andere ondernemingen die vreemd zijn aan het verzekeringsbedrijf, 5 % van het kapitaal van de onderneming waarin wordt deelgenomen, of zelfs een hoger percentage, overstijgt.

39. Het probleem dat dienaangaande kan rijzen, is veel ruimer en blijft niet beperkt tot de loutere deelneming in het aandelenkapitaal: het gaat erom te vermijden, dat het doel van de vennootschap heimelijk maar wezenlijk wordt gewijzigd door de oprichting, het verwerven of de controle van instrumentele vennootschappen, al dan niet dochterondernemingen in de strikte zin, door middel waarvan de verzekeringsonderneming zich in

feite „toelegt” op werkzaamheden die vreemd zijn aan het verzekeringsbedrijf.¹²

40. Het zou immers mogelijk zijn, dat een verzekeringsonderneming door middel van deelnemingen in het aandelenkapitaal en andere soortgelijke middelen die gericht zijn op het verwerven van de controle over de vennootschap waarin wordt deelgenomen, in feite beoogt het gebied van haar ondernemingsactiviteiten uit te breiden.¹³ Het zou dan niet louter om financiële investeringen gaan, maar om zeggenschapsdeelnemingen die haar verzekeren van het daadwerkelijk bestuur van de vennootschappen waarin zij participeert.

41. Dergelijke gedragingen gaan evenwel veel verder dan een enkele financiële investering: de belegging in aandelen die behoren tot het vrije vermogen, kan ook wanneer dat de verwerving van stemrechten met zich meebrengt,

12 — Het verbod van wijziging van het doel van de vennootschap door deelneming in andere ondernemingen is in enkele nationale rechtsordes algemeen van aard: zo verbiedt artikel 2361 van het Italiaans burgerlijk wetboek de naamloze vennootschappen om deel te nemen in andere ondernemingen, zelfs wanneer daarin door de statuten van de vennootschap is voorzien, indien door de omvang en het doel van de deelneming het in de statuten neergelegde doel wezenlijk wordt gewijzigd. Over de strekking van dit beginsel, in verband met de problemen die voortvloeien uit de controle van een onderneming door een andere onderneming, zie Schiuma L., *Contollo, governo e partecipazione al capitale*, Padova, 1997. De Italiaanse rechtsleer heeft de problemen inzake de deelneming van verzekeringsondernemingen in ondernemingen die vreemd zijn aan het verzekeringsbedrijf, aandachtig onderzocht, zie vooral Fanelli G., „Sulla legittimità dell'acquisto da parte di imprese di assicurazione della partecipazione in imprese con diverso oggetto sociale”, *Giur. Comm.*, 1987, I, blz. 817-826.

13 — Volgens de Deense wet betreffende het verzekeringsbedrijf oefent een verzekeringsonderneming een andere werkzaamheid uit indien zij een beslissende invloed uitoefent over een handelsvennootschap die zich toelegt op werkzaamheden die vreemd zijn aan het verzekeringsbedrijf of die daaraan toekomstig zijn. De Finse wet inzake de verzekeringsondernemingen is geformuleerd in soortgelijke bewoordingen en verbiedt de verzekeringsondernemingen om meer dan 50 % van de aandelen van vennootschappen die vreemd zijn aan het verzekeringsbedrijf te bezitten. De Italiaanse wet verbiedt de verzekeringsondernemingen om deelnemingen te nemen in ondernemingen die vreemd zijn aan het verzekeringsbedrijf wanneer zij met die deelnemingen de controle over die ondernemingen verwerven.

niet worden beschouwd als een voor verzekeringsondernemingen verboden „werkzaamheid die vreemd is aan het verzekeringsbedrijf”, indien die belegging het doel van de verzekeringsonderneming die aldus haar beschikbare fondsen investeert, niet aantast. In werkelijkheid is een dergelijke financiële investering evenmin een „ondernemingsactiviteit” in de eigenlijke zin ¹⁴: het gaat uitsluitend om de belegging van een deel van het vermogen van de vennootschap in effecten.

42. Alleen wanneer een verzekeringsonderneming met deelnemingen in het aandelenkapitaal de beperking van het doel tracht te omzeilen door de oprichting van instrumentele vennootschappen die zij controleert en waardoor zij zich kan toeleggen op de uitoefening van andere werkzaamheden, alleen dan kunnen de nationale toezichthoudende autoriteiten tussenkomen, in ieder geval afzonderlijk, om datgene te verhinderen wat een wezenlijke wijziging van het maatschappelijk doel van de verzekeringsonderneming zou kunnen betekenen.

43. Mijns inziens is het duidelijk, dat de 5 %-regel van de Zweedse wettelijke regeling wegens het abstract en strikt karakter ervan

en wegens het feit dat hij losstaat van de omstandigheden van het afzonderlijk geval en van toepassing is op alle soorten deelnemingen in het aandelenkapitaal, veel verder gaat dan hetgeen inzake de beperking van het doel van verzekeringsondernemingen, zoals die in voornoemde richtlijnen is neergelegd, toelaatbaar is.

ii) De uitlegging van de gemeenschapsnormen inzake de keuze van de vrije activa

44. De vrijheid van keuze van de niet-gebonden activa wordt gewaarborgd door de twee reeds aangehaalde voorschriften van de richtlijnen, in de vorm van een verbod aan de lidstaten, die dienaangaande „geen enkel voorschrift” mogen vaststellen. Mijns inziens geeft die negatieve formulering met voldoende duidelijkheid aan, dat de lidstaten op dat gebied niet mogen tussenkomen, aangezien de materie het voorwerp is van een nauwkeurige en volledige communautaire regeling: meer concreet, zij dienen zich te onthouden van het opleggen van beperkingen, zowel kwalitatieve als kwantitatieve, aan de keuze van voornoemde activa.

45. Het eerste argument tot staving van deze uitlegging is het zuiver letterlijke, ook al is dat in het gemeenschapsrecht geen hermeneutisch criterium van grote waarde: het voorschrift is beperkend geformuleerd en laat geen ruimte voor een tussenkomst van de staten tot beperking van de vrije keuze. Het verbod is letterlijk gesteld in bewoordingen die geen uitzonderingen toelaten, kwantitatieve noch

14 — Voor belastingdoeleinden, meer bepaald voor de belasting over de toegevoegde waarde, wordt deze activiteit evenmin beschouwd als een „economische activiteit”. Het Hof heeft immers gepreciseerd, dat het enkele verwerven en het enkele houden van aandelen niet als een economische activiteit in de zin van de Zesde richtlijn (77/388/EEG) van de Raad van 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der lidstaten inzake omzetbelasting — Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag (PB L 145, blz. 1) moet worden beschouwd, die aan de betrokkene de hoedanigheid van belastingplichtige verleent (arrest van 20 juni 1991, Polysar Investments Netherlands, C-60/90, Jurispr. blz. I-3111, punt 13). De financiële deelneming in andere ondernemingen als zodanig is niet aan te merken als exploitatie van een zaak om er duurzaam opbrengst uit te verkrijgen, omdat het eventuele dividend, de opbrengst van deze deelneming, voortspuit uit de loutere eigendom van het goed (zie ook in die zin arrest van 22 juni 1993, Sofitam, C-333/91, Jurispr. blz. I-3513, punt 12). In dezelfde zin ook arrest van 6 februari 1997, Harnas & Helm, C-80/95, Jurispr. blz. I-745, punten 14-18.

kwalitatieve. Het is bovendien niet alleen de bedoeling om de vrijheid van keuze van „categorieën activa” te vrijwaren, maar ook om de staten te verbieden eender welke regel op te leggen die de verzekeringsondernemingen beperkt in de belegging van hun beschikbaar vermogen in de activa die zij passend vinden.

46. In de tweede plaats, en dit is veel belangrijker, leidt ook de interne betekenis van de norm in het kader van de twee richtlijnen tot dezelfde oplossing. De invoering van een geharmoniseerd bevoegdheidskader voor de verzekeringsondernemingen, dat de verzekerde begunstigt zonder de financiële soliditeit van die ondernemingen in gevaar te brengen, heeft met voldoende nauwkeurigheid de grenzen vastgesteld van de regels betreffende het vermogen van die ondernemingen. De richtlijnen hebben weliswaar de verplichte vorming van technische voorzieningen geregeld, die door de staten moet worden opgelegd, maar zij hebben ook een deel van het bedrijfsvermogen vrij willen laten voor de beleggingsbeslissingen van elke onderneming, dat wil zeggen, voor beslissingen die niet door de voorschriften of door de nationale overheid geregeld zijn of kunnen worden.

47. Het onderscheid tussen enerzijds een deel van het vermogen van de onderneming (de activa die tegenover de technische voorzieningen staan) dat aan verschillende beperkingen is onderworpen, en anderzijds het vrije vermogen, waarvoor geen beperkingen gelden, zou geen zin hebben indien ook het vrije ver-

mogen kon worden onderworpen aan beperkingen zoals de 5 %-regel, die eerder thuishoort in een stelsel van toezicht en controle zoals het stelsel dat van toepassing is op de technische voorzieningen van elke onderneming.

48. In de derde plaats leidt de toepassing van de 5 %-regel door een lidstaat op de verzekeringsondernemingen die aan zijn toezicht onderworpen zijn, tot een belangrijke verstoring van het mededingingsstelsel van dat soort ondernemingen. De verzekeringsondernemingen die in Zweden gevestigd zijn maar onderworpen zijn aan het toezicht van een andere lidstaat waarvan de wettelijke regeling de 5 %-regel niet kent, zouden deelnemingen in het aandelenkapitaal van zowel Zweedse als niet-Zweedse ondernemingen kunnen verwerven die meer dan 5 % van de aandelen met stemrecht vertegenwoordigen. Zij zouden dus de beleggingsbeslissingen kunnen nemen die zij, gelet op de verwachte evolutie van de markt, het meest gunstig achten en bijgevolg hun financiële situatie kunnen verbeteren dankzij een passend beleggingsbeleid. Die mogelijkheid is beperkt voor de verzekeringsondernemingen die onder toezicht van de Zweedse autoriteiten staan en die zich derhalve in een minder gunstige positie bevinden dan hun concurrenten van dezelfde sector.

49. Deze verstoring van de mededinging kan bovendien niet worden geacht te zijn ingegeven door motieven van bescherming van de financiële solvabiliteit van verzekeringsondernemingen door middel van spreiding van de beleggingsrisico's. Zoals de verzoekende onderneming heeft uiteengezet, staat de 5 %-regel er niet aan in de weg dat zij haar vrije vermogen volledig belegt in slechts één van de grote ondernemingen die op de Zweedse beurs genoteerd staan, gelet op de verhouding tussen de omvang van het vrije vermogen van

Skandia en de beurswaarde van een van die grote ondernemingen.

50. Dit alles is onverenigbaar met een gemeenschapsregeling die juist de harmonisering van de nationale wettelijke regelingen inzake verzekeringen nastreeft, en meer bepaald van de regels betreffende de activa van de onderneming, zowel de activa die de technische voorzieningen dekken als de activa van het vrije vermogen.

51. Ten slotte is de 5 %-regel in strijd met de communautaire regeling inzake het vrij verkeer van kapitaal, gewaarborgd door artikel 73 B EG-Verdrag¹⁵, aangezien die regel een beperking vormt van een van de meest karakteristieke kapitaalbewegingen, met name de belegging in aandelen, doordat hij de deelnemingen van verzekeringsondernemingen in Zweedse of buitenlandse kapitaalvennootschappen begrenst.

52. „Deelneming in nieuwe of bestaande ondernemingen teneinde duurzame economische betrekkingen te vestigen of te handhaven” is immers een van de kapitaalbewegingen die moeten worden vrijgemaakt volgens lijst A van bijlage I bij de Eerste richtlijn van de Raad van 11 mei 1960 voor de uitvoering

van artikel 67 van het Verdrag¹⁶, zoals gewijzigd bij richtlijn 88/361/EEG van de Raad van 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel 67 van het Verdrag¹⁷, en volgens bijlage I bij laatstgenoemde richtlijn.

53. Het staat derhalve buiten kijf, dat de deelneming in het kapitaal van een onderneming onder de vrijgemaakte kapitaalbewegingen valt, en dat de Zweedse 5 %-regel die vrijheid beperkt. Zou die regel evenwel gerechtvaardigd kunnen zijn uit hoofde van artikel 73 D EG-Verdrag, volgens hetwelk de lidstaten het recht hebben om „alle nodige maatregelen te nemen om overtredingen van de nationale wetten en voorschriften tegen te gaan, met name op fiscaal gebied en met betrekking tot het bedrijfseconomisch toezicht op financiële instellingen”?

54. Mijns inziens luidt het antwoord ontkenkend. Ik heb er reeds de aandacht op gevestigd, dat het doel van de 5 %-regel niet de bescherming van de solvabiliteit van de verzekeringsinstellingen is, maar het behoud van een beperkte invloed van die instellingen in andere sectoren van de economie.¹⁸ Een doelstelling die dermate ruim en ongedifferentieerd is (aangezien zelfs geen onderscheid wordt gemaakt tussen de economische sec-

16 — PB 1960, blz. 921.

17 — PB L 178, blz. 5.

18 — Ter terechtzitting heeft de vertegenwoordiger van de Zweedse regering aangevoerd, dat de 5 %-regel geen nadelige invloed heeft op het vrije kapitaalverkeer, voor zover die regel enkel van toepassing is op Zweedse verzekeringsondernemingen. Met deze stelling kan ik het uiteraard niet eens zijn, aangezien ook die ondernemingen actieve gebruikers van die vrijheid zijn. Tijdens diezelfde interventie heeft de vertegenwoordiger erkend, dat de voornoemde regel ernaar streeft, „de concentratie van een buitensporig aantal stemmen in de handen van dezelfde eigenaar te vermijden”.

15 — Zoals ingevoerd bij artikel G, punt 15, van het Verdrag betreffende de Europese Unie.

toren die eventueel beschermd kunnen worden)¹⁹, kan mijns inziens een duidelijke beperking van het vrij verkeer van kapitaal, die vreemd is aan het bedrijfseconomisch toezicht op financiële instellingen, niet rechtvaardigen.

55. Deze conclusie dringt zich vooral op in een domein van het bedrijfsleven dat onderhevig is aan het spel van de mededinging en waarin de nationale voorschriften moeten worden aangepast aan de coördinatiecriteria van de gemeenschapsrichtlijnen voor de desbetreffende sector. Niet alleen voorzien die harmoniserende bepalingen niet in de mogelijkheid om de beleggingen, ten laste van hun vrije vermogen, van de verzekeringsondernemingen in andere nationale of buitenlandse ondernemingen te reglementeren, zoals is gebeurd met de 5 %-regel, maar zij sluiten elke nationale tussenkomst uit die de keuze van de activa die het vrije vermogen van verzekeringsondernemingen vormen, reglementeert.

56. Het bedrijfseconomisch toezicht op verzekeringsinstellingen zou zeer zeker een rechtvaardiging kunnen vormen voor besluiten van

de nationale autoriteiten die, van geval tot geval en rekening houdend met de omstandigheden van een bepaalde belegging van het vrije vermogen, die beleggingen verbieden die de solvabiliteitsmarge van de onderneming in gevaar brengen, het nemen van buitensporige risico's inhouden of zelfs wijzen op een wezenlijke afwijking van het maatschappelijk doel van de verzekeringsonderneming zelf, door de oprichting, het verwerven of de controle van instrumentele vennootschappen die vreemd zijn aan het verzekeringsbedrijf. Het bedrijfseconomisch toezicht rechtvaardigt evenwel niet een algemeen, absoluut en a priori-verbod, zoals de 5 %-regel die het voorwerp van deze prejudiciële verwijzing uitmaakt.

De tweede prejudiciële vraag

57. Samenvattend wenst de verwijzende rechter met zijn tweede vraag te vernemen, of, gesteld dat de nationale bepaling niet verenigbaar is met de reeds aangehaalde voorschriften van de richtlijnen, deze voorschriften van dien aard zijn dat zij leiden tot de niet-toepassing van de onverenigbare nationale bepaling.

58. Het is evident dat die vraag veronderstelt, dat de termijn voor omzetting van de richtlijnen inzake verzekeringen naar het nationale Zweedse recht was verstreken ten tijde van de feiten van het hoofdgeding. Dit punt staat niet ter discussie en vereist geen verdere preciseringen.

19 — In zijn arrest van 3 februari 1993, *Veronica Omroep Organisatie* (C-148/91, Jurispr. blz. I-487), verklaarde het Hof, dat de verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer van kapitaal er niet aan in de weg staan, dat een wettelijke regeling van een lidstaat een in die staat gevestigde omroepinstelling verbiedt deel te nemen in het kapitaal van een in een andere lidstaat opgerichte of op te richten omroepinstelling, wanneer die activiteiten gericht zijn op de oprichting van een commercieel televisiestation dat vooral zal uitzenden naar het grondgebied van de eerste lidstaat, en wanneer dat verbod noodzakelijk is om het pluriforme en niet-commerciële karakter van het door bedoelde regeling ingevoerde omroepbestel te waarborgen.

59. Het antwoord op die prejudiciële vraag moet noodzakelijkerwijze bevestigend luiden, zoals het Hof herhaaldelijk heeft gezegd. De nationale bepaling die onverenigbaar is met het gemeenschapsrecht kan niet worden toegepast, en de nationale rechterlijke instanties moeten die bepaling buiten toepassing laten in het bij hen aanhangige geding. De uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht zou niet gewaarborgd zijn indien de lidstaten hun eigen interne normen boven de gemeenschapsnormen zouden laten prevaleren, dat wil zeggen, indien zij in geval van onverenigbaarheid tussen beide voorrang zouden kunnen verlenen aan het nationale recht boven de gemeenschapsnormen.

60. Sinds het standaardarrest *Simmenthal*²⁰, van 9 maart 1978, tot en met het recente arrest *IN. CO. GE.*'90 e. a.²¹, van 22 oktober 1998, komt deze stelling voor in voldoende categorische bewoordingen: elke in het kader van zijn bevoegdheid aangezochte nationale rechter is verplicht het gemeenschapsrecht integraal toe te passen en de door dit recht aan particulieren toegekende rechten te beschermen, daarbij elke eventueel strijdige bepaling van de nationale wet buiten toepassing latend, ongeacht of deze van vroegere dan wel van latere datum is dan de gemeenschapsregel.

61. Indien het, zoals in casu, gaat om een regel die vervat ligt in een richtlijn, dan is de uitlegging die het Hof daaraan geeft dwin-

gend voor iedereen. Het is dienaangaande irrelevant of de bepaling van de richtlijn meer of minder duidelijk is: zodra het Hof de betekenis ervan preciseert, waarna blijkt dat een nationale bepaling daarmee onverenigbaar is, kan de nationale bepaling niet worden toegepast. De mate van duidelijkheid van de gemeenschapsregel waarnaar de verwijzende instantie verwijst, kan om andere redenen belangrijk zijn (bijvoorbeeld ter zake van de aansprakelijkheid van de lidstaat wegens niet-correcte omzetting van de richtlijn) maar niet wat betreft de voorrang van het gemeenschapsrecht boven de daarmee strijdige nationale bepaling.

62. Volgens vaste rechtspraak, door het Hof in het arrest *IN. CO. GE.*'90 e. a., reeds aangehaald, herhaald, „verklaart en — zo nodig — preciseert de uitlegging die het Hof krachtens de hem bij artikel 177 van het Verdrag verleende bevoegdheid aan een voorschrift van gemeenschapsrecht geeft, de betekenis en strekking van dat voorschrift zoals het sedert het tijdstip van zijn inwerkingtreding moet of had moeten worden verstaan en toegepast. Hieruit volgt, dat het aldus uitgelegde voorschrift door de rechter kan en moet worden toegepast op rechtsverhoudingen die zijn ontstaan en tot stand gekomen vóór het arrest waarbij op het verzoek om uitlegging is beslist, indien voor het overige is voldaan aan de voorwaarden waaronder een geschil over de toepassing van dat voorschrift voor de bevoegde rechter kan worden gebracht (arresten van 27 maart 1980, *Denkavit italiana*, 61/79, *Jurispr. blz.* 1205, punt 16, en 2 december 1997, *Fantask e. a.*, C-188/95, *Jurispr. blz.* I-6783, punt 37).”²²

²⁰ — 106/77, *Jurispr. blz.* 629.

²¹ — C-10/97 — C-22/97, *Jurispr. blz.* I-6307.

²² — Punt 23 van het arrest *IN. CO. GE.*'90 e. a.

Conclusie

63. Gelet op een en ander, geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van Regeringsrätten te beantwoorden als volgt:

- „1) Artikel 18, lid 1, van de Eerste richtlijn (73/239/EEG) van de Raad van 24 juli 1973 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot het directe verzekeringsbedrijf, met uitzondering van de levensverzekeringsbranche, en de uitoefening daarvan, en artikel 21, lid 1, van de Eerste richtlijn (79/267/EEG) van de Raad van 5 maart 1979 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toegang tot het directe levensverzekeringsbedrijf, en de uitoefening daarvan, verzetten zich tegen de toepassing van een regel van nationaal recht, die verzekeringsondernemingen verbiedt zonder bijzondere vergunning deelnemingen of aandelen in een Zweedse of buitenlandse vennootschap op aandelen te houden die meer dan 5 % van alle stemrechten vertegenwoordigen.
- 2) De nationale rechterlijke instantie die bevoegd is om kennis te nemen van een beroep tegen een administratief besluit dat op een dergelijke nationale regel is gebaseerd, dient de werking van de voornoemde richtlijnen te verzekeren door in voorkomend geval die regel buiten toepassing te laten.”