CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL D. RUIZ-JARABO COLOMER

van 6 februari 2003 [1]

I — Inleiding

1. De onderhavige beroepen wegens verdragsschending betreffen de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van regelingen die bepaalde soorten handelingen met gevolgen voor het bestaan, het vennootschappelijk doel of de structuur van het aandelenkapitaal van geprivatiseerde ondernemingen die tot strategisch belangrijke economische sectoren behoren, van een voorafgaande administratieve vergunning of goedkeuring afhankelijk stellen. Ongeacht hun juridische aard worden deze bevoegdheden van de overheid gewoonlijk „bijzondere aandelen" (of „*golden shares*") genoemd.

2. Deze materie is recentelijk door het Hof nader behandeld in de arresten van 4 juni 2002, Commissie/Portugal, Commissie/Frankrijk en Commissie/België. [2] Het verklaarde daarin dat een dergelijke regeling aan de vereisten van het gemeenschapsrecht kan voldoen, mits zij bepaalde garanties biedt.

II — Het rechtskader en de feiten

Zaak Commissie/Spanje (C-463/00)

3. In Spanje regelt Ley 5/1995 de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas (wet nr. 5/1995 houdende regeling van de vervreemding van openbare participaties in bepaalde ondernemingen) van 23 maart 1995 (BOE nr. 72) de voorwaarden voor de privatisering van verschillende overheidsbedrijven.

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 — Onderscheidenlijk zaken C-367/98 (Jurispr. blz. I-4731), C-483/99 (Jurispr. blz. I-4785), en C-503/99 (Jurispr. blz. I-4809).

4. Deze wet bepaalt:

„Artikel 1. Personele werkingssfeer

Binnen de werkingssfeer van deze wet vallen:

1. handelsondernemingen waarin de staat op de datum van inwerkingtreding van deze wet direct of indirect meer dan 25 % van het vennootschappelijk kapitaal bezit en die door de publieke vennoot worden gecontroleerd met een van de middelen waarin de toepasselijke handelswetgeving voorziet, voorzover bij de activiteit die de onderneming zelf of door participatie in andere ondernemingen verricht, sprake is van een van de volgende omstandigheden:

a) het aanbieden van basisdiensten of uitdrukkelijk als zodanig aangemerkte openbare diensten;

b) het verrichten van activiteiten die bij wet en om redenen van openbaar belang zijn onderworpen aan een bijzonder bestuurlijk stelsel van toezicht, inzonderheid op de personen die deze activiteiten verrichten;

c) het geheel of gedeeltelijk onttrokken zijn aan de vrije mededinging in de zin van artikel 90 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap;

2. handelsondernemingen die deel uitmaken van een overeenkomstig artikel 4 van wet nr. 24/1988 van 28 juli 1988 betreffende de effectenmarkt omschreven groep, waarin een in punt 1 bedoelde onderneming een machtspositie bezit, voorzover sprake is van een van de in punt 1, sub a, b en c, bedoelde omstandigheden."

„Artikel 2. Toepassingsvoorwaarden

Het in de artikelen 3 en volgende van deze wet omschreven stelsel van voorafgaande administratieve vergunning is van toepassing wanneer de participatie van de staat in de in het vorige artikel bedoelde ondernemingen in een van de volgende omstandigheden verkeert:

1. zij wordt in één keer of in verschillende fasen vervreemd ten belope van 10 % of meer van het vennootschappelijk kapitaal en de directe of indirecte participatie van de staat in dit kapitaal daalt tot minder dan 50 %;

2. zij daalt als direct of indirect gevolg van enige handeling of transactie tot minder dan 15 % van het vennootschappelijk kapitaal."

„Artikel 3. Voorafgaande administratieve vergunning

1. Wanneer is voldaan aan een van de in het vorige artikel omschreven toepassingsvoorwaarden en het in artikel 4 van deze wet bedoelde koninklijk besluit daarin voorziet, kunnen de volgende besluiten van de vennootschapsorganen van de in artikel 1 van deze wet bedoelde handelsondernemingen aan voorafgaande administratieve vergunning worden onderworpen:

a) de vrijwillige ontbinding, de splitsing of de fusie van de onderneming;

b) de vervreemding of de inpandgeving, in ongeacht welke vorm en onder ongeacht welke titel, van de activa of de participaties die noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van het vennootschappelijk doel van de onderneming en die daarvoor zijn bestemd;

c) de wijziging van het vennootschappelijk doel.

2. Ook wanneer is voldaan aan een van de in artikel 2 van deze wet omschreven toepassingsvoorwaarden kunnen in de omstandigheden die zijn vastgesteld bij het in het volgende artikel bedoelde koninklijk besluit aan voorafgaande administratieve vergunning worden onderworpen:

a) operaties bestaande in overdrachten van het vennootschappelijk kapitaal waardoor de overheidsparticipatie in de aan het bijzondere stelsel van deze wet onderworpen onderneming in één keer of in verschillende fasen vermindert met 10 % of meer;

b) de directe of indirecte verwerving, inclusief door bemiddeling van derde trustmaatschappijen of tussenpersonen, van participaties in het vennootschappelijk kapitaal of van andere effecten die direct of indirect het recht op inschrijving of verkrijging van deze participaties kunnen verlenen, wanneer dit de overname van ten minste 10 % van het vennootschappelijk kapitaal tot gevolg heeft."

[...]

„Artikel 4. Stelsel van administratieve vergunning

1. Het stelsel van voorafgaande administratieve vergunning wordt op voorstel van

de materieel bevoegde minister en na advies van de Raad van State vastgesteld bij een in ministerraad overgelegd koninklijk besluit.

2. Het koninklijk besluit tot vaststelling van het in dit artikel bedoelde stelsel moet in werking treden voordat de in artikel 2 bedoelde overdrachten worden verricht. Het regelt:

a) de personele werkingssfeer ervan;

b) welke van de in artikel 3 bedoelde overdrachten aan voorafgaande vergunning zijn onderworpen;

c) het orgaan dat bevoegd is om de vergunning te verlenen;

d) de geldigheidstermijn van het stelsel van administratieve vergunning.

3. Behoudens in het in lid 2, sub d, bedoelde geval wordt het stelsel van administratieve vergunning gewijzigd of ingetrokken volgens de procedure van lid 1 van dit artikel."

5. Uit de stukken blijkt dat sinds 1996 de bij wet nr. 5/1995 ingevoerde procedure van voorafgaande administratieve vergunning in verscheidene koninklijke besluiten toepassing heeft gevonden. De bezwaren van de Commissie betreffen de volgende privatiseringsprocedures:

— koninklijk besluit nr. 3/1996 van 15 januari 1996 betreffende Repsol (aardolie en energie);

— koninklijk besluit nr. 8/1997 van 10 januari 1997 betreffende Telefónica de España (telecommunicatie);

— koninklijk besluit nr. 40/1998 van 16 januari 1998 betreffende Corporación Bancaria de España (Argentaria) (bank);

— koninklijk besluit nr. 562/1998 van 2 april 1998 betreffende Tabacalera (tabak);

— koninklijk besluit nr. 929/1998 van 14 mei 1998 betreffende Endesa (elektriciteit).

Zaak Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-98/01)

6. Krachtens de Airports Act 1986 (wet van 1986 op de luchthavens) van 8 juli 1986 is het publiekrechtelijke lichaam dat de internationale luchthavens van het Verenigd Koninkrijk bezat en exploiteerde (British Airports Authority) geprivatiseerd en is zijn vermogen overgedragen aan de privaatrechtelijke vennootschap BAA plc (hierna: „BAA").

Ingevolge haar statuten van 7 juli 1987 werd een bijzonder aandeel van een pond uitgegeven ten gunste van de Secretary of State for Transport.

7. Artikel 10 van de statuten van BAA omschrijft het bijzonder aandeel. Houder ervan kan enkel een regeringslid of -vertegenwoordiger zijn (lid 1). Volgens lid 2 is diens schriftelijke goedkeuring vereist voor onder meer:

— elke wijziging van de statuten die de bijzondere rechten van de overheid binnen de vennootschap wijzigt (onder meer de in dit artikel 10 en de in artikel 40 genoemde rechten);

— de overdracht van de zeggenschap over een dochtermaatschappij die een van de aangewezen luchthavens exploiteert (Gatwick, Heathrow en Stansted);

— de ontbinding of de vereffening van de vennootschap of van een van haar dochtermaatschappijen die een aangewezen luchthaven exploiteert, behalve in geval van herstructurering;

— de volledige of gedeeltelijke vervreemding van een aangewezen luchthaven of de volledige of gedeeltelijke overdracht van het beheer daarvan.

8. De bijzonder aandeelhouder heeft het recht om te worden uitgenodigd op elke algemene vergadering of op vergaderingen van vergelijkbare aard, maar heeft buiten de hierboven bepaalde goedkeuringsbevoegdheid geen stemrecht of enig ander recht.

9. Artikel 40, lid 1, van de statuten van BAA bepaalt:

„Dit artikel heeft tot doel te verhinderen dat enige persoon (die niet een daartoe gemachtigde persoon is) een titel verkrijgt of wordt geacht te verkrijgen, of volgens de bestuurders zou verkrijgen, op aandelen van de vennootschap die recht verlenen (of

in sommige omstandigheden overeenkomstig de wijze van uitgifte worden geacht te verlenen) op meer dan 15 % van de stemmen die kunnen worden uitgebracht bij de vaststelling van enig besluit op een algemene vergadering van de vennootschap (ongeacht of deze stemmen kunnen worden uitgebracht over alle besluiten op alle algemene vergaderingen)."

Verder specificeren de statuten op welke wijze de bestuurders moeten waarborgen dat niemand meer dan 15 % van het stemgerechtigde kapitaal van de vennootschap bezit. Daartoe kunnen zij de betrokken aandeelhouders dwingen hun overtollige aandelen te vervreemden, en in voorkomend geval eigener beweging tot vervreemding daarvan besluiten.

III — De precontentieuze procedure

Zaak Commissie/Spanje (C-463/00)

10. Bij brief van 26 oktober 1999 deelde de Commissie de Spaanse regering mee dat het bij wet nr. 5/1995 en de ter uitvoering daarvan vastgestelde koninklijke besluiten ingevoerde stelsel van voorafgaande administratieve vergunning in strijd kon zijn met de bepalingen van het EG-Verdrag betreffende het vrije verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging, en verzocht zij haar om binnen een termijn van twee maanden haar opmerkingen kenbaar te maken.

11. De Spaanse regering antwoordde op 27 januari 1999 en stelde dat de betrokken maatregelen in overeenstemming waren met het gemeenschapsrecht. Bij brief van 18 maart 1999 lichtte zij haar standpunt nader toe.

12. Aangezien de Commissie de aangevoerde argumenten niet afdoende achtte, zond zij de Spaanse regering op 2 augustus 1999 een met redenen omkleed advies met het verzoek om daaraan binnen een termijn van twee maanden te voldoen.

13. De Spaanse regering antwoordde bij brief van 3 november 1999, waarin zij de regeling voor de privatisering van bepaalde ondernemingen uit de publieke sector uitvoerig toelichtte en herhaalde dat de betrokken maatregelen volgens haar verenigbaar waren met het gemeenschapsrecht, meer bepaald met de artikelen 43 EG, 56 EG en 295 EG.

14. Omdat deze toelichtingen niet voldeden, heeft de Commissie bij het Hof het onderhavige beroep ingesteld.

Zaak Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-98/01)

15. Bij brief van 3 februari 1999 deelde de Commissie de regering van het Verenigd Koninkrijk mee dat de door de statuten van BAA aan de overheid verleende bijzondere rechten mogelijk in strijd waren met de bepalingen van het EG-Verdrag betreffende het vrije verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging en verzocht zij haar om binnen een termijn van twee maanden haar opmerkingen kenbaar te maken.

16. De regering van het Verenigd Koninkrijk reageerde niet op deze aanmaningsbrief, zodat de Commissie haar op 6 augustus 1999 een met redenen omkleed advies zond met het verzoek om binnen een termijn van twee maanden daaraan te voldoen.

17. De Britse regering reageerde op 5 november 1999 en stelde zich op het standpunt dat de lidstaten in het kader van het nationale vennootschapsrecht de essentiële kenmerken van op de markt verhandelde aandelen van particuliere ondernemingen mogen bepalen en dat een dergelijke maatregel de toegang van deze aandelen tot de markt niet belemmert. Zij stelde voorts dat in de loop van een privatiseringsproces de vaststelling van bijzondere maatregelen ter bescherming van het algemeen belang noodzakelijk kan blijken.

18. Van oordeel dat dit antwoord weinig overtuigend was, heeft de Commissie bij het Hof het onderhavige beroep ingesteld.

IV — De procedure voor het Hof

Zaak Commissie/Spanje (C-463/00)

19. Het verzoekschrift van de Commissie is op 21 december 2000 bij de griffie van het Hof van Justitie ingekomen. Na afloop van de schriftelijke procedure besloot het Hof de zaak in voltallige zitting te behandelen en de mondelinge procedure te openen. Naast de betrokken partijen is het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië ter ondersteuning van de conclusies van verweerder tussengekomen.

20. De Commissie verzoekt het Hof:

1) vast te stellen dat de artikelen 2 en 3, leden 1 en 2, juncto artikel 1 van wet nr. 5/1995 houdende regeling van de vervreemding van openbare participaties in bepaalde ondernemingen van 23 maart 1995 en de koninklijke besluiten ter uitvoering van artikel 4 van deze wet (koninklijk besluit nr. 3/1996 van 15 januari 1996 betreffende Repsol, koninklijk besluit nr. 8/1997 van 10 januari 1997 betreffende Telefónica de España, koninklijk besluit nr. 40/1998 van 16 januari 1998 betreffende Argentaria, koninklijk besluit nr. 562/1998 van 2 april 1998 betreffende Tabacalera en koninklijk besluit nr. 929/1998 van 14 mei 1998 betreffende Endesa) onverenigbaar zijn met de artikelen 43 EG (voorheen artikel 52 EG-Verdrag) en 56 EG (voorheen artikel 73 B EG-Verdrag), voorzover zij voorzien in de toepassing

van een stelsel van voorafgaande administratieve vergunning

— dat niet is gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang,

— waarvoor geen objectieve, duurzame en openbaar gemaakte criteria bestaan, en

— dat niet in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel.

2) het Koninkrijk Spanje te verwijzen in de kosten.

21. De Spaanse regering vordert verwerping van het beroep en verwijzing van de Commissie in de kosten.

Zaak Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-98/01)

22. Het verzoekschrift van de Commissie is op 27 februari 2001 bij de griffie van het Hof van Justitie ingekomen. Na afloop van de schriftelijke procedure besloot het Hof de zaak in voltallige zitting te behandelen en de mondelinge procedure te openen.

23. De Commissie verzoekt het Hof:

1) vast te stellen dat de bepalingen inzake de beperking van de mogelijkheid om stemgerechtigde aandelen van de vennootschap BAA te verkrijgen (artikel 40 van de statuten), alsook de vergunningprocedure voor de vervreemding van de activa van de vennootschap, de zeggenschap over de dochtermaatschappijen en de vereffening van de vennootschap (artikel 10 van de statuten) onverenigbaar zijn met de artikelen 43 EG en 56 EG;

2) het Verenigd Koninkrijk in de kosten te verwijzen.

24. De Britse regering vordert verwerping van het beroep en verwijzing van de Commissie in de kosten.

V — Beoordeling van het beroep

De ontvankelijkheid

25. De Spaanse regering betwist de ontvankelijkheid van het tegen haar gerichte beroep.

Meer bepaald is het beroep, voorzover het de koninklijke besluiten nrs. 40/1998 (Argentaria) en 562/1998 (Tabacalera) betreft, niet-ontvankelijk daar de daarin vastgelegde bijzondere bevoegdheden respectievelijk op 17 februari 2001 en 5 oktober 2000 [3] zijn vervallen. Wat de koninklijke besluiten nrs. 3/1996 (Repsol), 8/1997 (Telefónica) en 929/1998 (Endesa) betreft, is het beroep niet-ontvankelijk wegens incoherentie tussen de litigieuze wetsbepalingen en het petitum van het verzoekschrift. In deze laatste drie gevallen was het stelsel van voorafgaande vergunning vastgesteld op de grondslag van artikel 1, lid 2, van wet nr. 5/1995 daar het een groep ondernemingen betrof, terwijl de Commissie in de aanmaningsbrief, in het met redenen omklede advies en in het verzoekschrift zelf naar lid 1 van dat artikel verwijst.

26. Om te beginnen moet rekening worden gehouden met het feit dat volgens vaste rechtspraak de niet-nakoming door een staat moet worden beoordeeld aan de hand van de situatie zoals die bestond aan het einde van de door de Commissie in haar met redenen omkleed advies vastgestelde termijn; in het onderhavige geval is dat 2 oktober 1999. Beide door de Spaanse regering genoemde data zijn van een later tijdstip.

27. Wat vervolgens de vermeende incoherentie betreft — of daarvan werkelijk sprake is behoeft hier niet te worden uitgemaakt — blijkt reeds uit de stukken dat verweerder voldoende nauwkeurig met de aard van de haar verweten schendingen bekend was, zodat dit argument niet kan worden aanvaard.

28. Ik stel dan ook voor het beroep tegen het Koninkrijk Spanje in zijn geheel ontvankelijk te verklaren.

De in de arresten van 4 juni 2002 vastgestelde beginselen

29. Het lijkt twijfelachtig of het Hof in dit geval de raad heeft opgevolgd die Don Quichot Sancho Panza gaf voor hij het eiland Barataria ging besturen: „Laat je nooit leiden door de wet van de willekeur [...] Laat de tranen van de arme bij jou meer

3 — Na wijziging bij koninklijk besluit nr. 67/2000 van 21 januari 2000.

mededogen maar niet meer recht aantreffen dan de bewijzen van de rijke. Probeer [...] de waarheid te ontdekken [...] Als gerechtigheid kan en moet geschieden, verhaal de wet dan niet in haar volle gestrengheid [...] het aanzien van een strenge rechter is niet hoger dan dat van een medelijdende". [4]

30. Uit de arresten van 4 juni 2002 valt het volgende af te leiden over de beoordelingswijze van het Hof:

a) Het Hof toetst de verschillende nationale interventieregelingen in wezen aan het beginsel van vrij verkeer van kapitaal; schending hiervan kan als bijkomend gevolg een inbreuk op de vrijheid van vestiging hebben.

b) Voorzover deze regelingen de verkrijging van aandelen in de betrokken ondernemingen kunnen verhinderen en investeerders uit andere lidstaten kunnen afschrikken, vormen zij belemmeringen voor het vrije verkeer van kapitaal.

c) Artikel 295 EG heeft op dit gebied geen enkele praktische werking.

d) Het vrije kapitaalverkeer kan slechts rechtmatig worden beperkt door maatregelen die, zonder te discrimineren op grond van nationaliteit, zijn ingegeven door dwingende redenen van algemeen belang en die aangepast en evenredig zijn aan het nagestreefde doel. Dergelijke — achteraf te nemen — maatregelen moeten zijn gebaseerd op objectieve criteria die tevoren bij de betrokkenen bekend zijn en door de rechter kunnen worden getoetst.

31. Op basis van deze beginselen verklaarde het Hof de Portugese regeling die investeerders uit andere lidstaten verbood om meer dan een vastgesteld aantal aandelen in bepaalde ondernemingen te verkrijgen, onverenigbaar met het Verdrag. Deze regeling was duidelijk discriminerend van aard en de louter politieke toezegging van de Portugese regering om ten opzichte van communautaire marktdeelnemers van deze beperking geen gebruik te maken, volstond niet om de inbreuk te verhelpen. [5]

32. Op grond van diezelfde beginselen achtte het Hof bepaalde regelingen die zonder onderscheid van toepassing waren,

4 — Cervantes, M. de: *De vernuftige edelman Don Quichot van La Mancha*, deel 2, hoofdstuk 42, vertaald door Barber van de Pol, Athenaeum — Polak & Van Gennep, Amsterdam, 1997, blz. 925, 926.

5 — Arrest Commissie/Portugal, aangehaald in voetnoot 2, punten 40 tot en met 42.

onverenigbaar met het Verdrag, te weten de Portugese en de Franse regeling die de verkrijging van een deelneming in het kapitaal van bepaalde ondernemingen boven een bepaald niveau afhankelijk stelden van een voorafgaande administratieve vergunning, alsook de Franse regeling op grond waarvan de vertegenwoordigers van de staat zich konden verzetten tegen de overdracht of het in zekerheid geven van activa van verschillende vennootschappen.

De Portugese regering had te harer verdediging aangevoerd dat het noodzakelijk was doelstellingen van economisch beleid na te streven, zoals de keuze van een strategische partner, de versterking van de mededingingsstructuur van de markt en de modernisering en verhoging van de doeltreffendheid van de productiemiddelen.

De Franse regering had gesteld dat het een zaak van algemeen belang was dat de continuïteit van de bevoorrading met aardolieproducten in geval van crisis werd gewaarborgd.

Het Hof oordeelde in de eerste zaak dat redenen van economische aard geen rechtvaardiging kunnen vormen voor door het Verdrag verboden belemmeringen, en in de tweede zaak dat de regeling door het ontbreken van voldoende objectieve en nauwkeurige criteria verder ging dan hetgeen ter bereiking van het gestelde doel noodzakelijk was.

33. De Belgische regeling daarentegen werd anders beoordeeld. Deze regeling verleent de staat een recht van verzet tegen elke overdracht, zekerheidsstelling of verandering van de bestemming van energieleidingen en bepaalde andere strategische activa, evenals tegen bepaalde beheersbeslissingen die in strijd worden geacht met de krachtlijnen van het nationale energiebeleid.

Het Hof hield rekening met het feit dat het Belgische stelsel voorziet in een controle a posteriori, die binnen strikte termijnen dient te worden uitgeoefend, en met het beperkte karakter van de eventuele interventies (verzet tegen beslissingen betreffende strategische activa en tegen bijzondere beheersbeslissingen), die bovendien slechts kunnen plaatsvinden wanneer de doelstellingen van het energiebeleid gevaar lopen, formeel moeten worden gemotiveerd en aan een doeltreffende rechterlijke controle kunnen worden onderworpen.

34. De in artikel 222 EG omschreven taak van de advocaat-generaal bestaat erin om in het openbaar in volkomen onpartijdigheid en onafhankelijkheid met redenen omklede conclusies te nemen aangaande zaken welke aan het Hof zijn voorgelegd, teneinde dit ter zijde te staan bij de vervulling van zijn taak. Zijn voornaamste taak is het Hof een juridisch accurate oplossing voor te stellen die voldoet aan de dialectische postulaten van de methodische redenering en de coherentie, bij gebreke waarvan de rechterlijke beslissingen als louter arbitraire exercities zonder overtuigingskracht zouden worden beschouwd.

35. Bij de vervulling van deze voorname taak moet ik het Hof wijzen op de zwakke punten in de motivering van de arresten van 4 juni 2002, me bewust van het gevaar dat erin schuilt zijn rechtspraak slechts met vroom ontzag te beschouwen, in een onwerkelijk licht dat geen schaduw werpt en daardoor uiteindelijk aan die rechtspraak elk reliëf ontneemt.[6] Het gaat in wezen om drie punten; ik zal deze uiterst zorgvuldig, maar kort bespreken.

36. Om te beginnen blijf ik bij mijn standpunt dat de vrijheid van vestiging het logische en geschikte kader is voor het onderzoek van de verschillende beperkingen die voortvloeien uit wat — zeer onnauwkeurig — kan worden aangeduid als „bijzondere aandelen" („*golden shares*"). Wat de betrokken lidstaten in elk van de gevallen door uitoefening van hun bevoegdheid tot interventie in de aandelenstructuur, de vervreemding van activa of bepaalde beheersbeslissingen willen controleren, is de besluitvorming van de geprivatiseerde ondernemingen (via ingrijpen in de samenstelling van de aandeelhouders dan wel door beïnvloeding van bepaalde beheersbeslissingen), een aspect dat weinig van doen heeft met het vrije verkeer van kapitaal als bedoeld in artikel 56 EG. Een dergelijke bevoegdheid kan de vrijheid van vestiging aantasten en minder interessant maken, zowel direct, wanneer zij de toegang tot het vennootschappelijk kapitaal betreft, als indirect, wanneer zij deze vrijheid minder aantrekkelijk maakt door de beschikkings- of bestuursbevoegdheid van de vennootschapsorganen te beperken. In tegenstelling tot wat het Hof stelt[7], heeft de daaruit voortvloeiende beperking van het vrije kapitaalverkeer geen noodzakelijk, maar een subsidiair karakter. Dit geldt voor maatregelen die de structuur van het aandelenbezit beïnvloeden, en nog veel meer voor maatregelen die de besluitvorming binnen de vennootschap beperken (wijziging van het vennootschappelijk doel, vervreemding van activa). In deze laatste gevallen is de link met het vrije kapitaalverkeer hypothetisch of zeer zwak.

Om het begrip kapitaal- en betalingsverkeer inhoud te geven, moet het Hof verder teruggrijpen op de geijkte interpretatietechnieken. Het lijkt mij zeker niet de geschikte methode om afgeleid recht als uitgangspunt te nemen om de betekenis van een van de fundamentele vrijheden van het Verdrag te achterhalen.[8] Voor de juridische kwalificatie van een beperking is het evenmin relevant of de verwerende staat (of een interveniënt!) deze kwalificatie aanvaardt of verwerpt.[9]

6 — Boulouis, J., „Nouvelles réflexions à propos du caractère préjudiciel de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales", in *Études de droit des Communautés européennes — Mélanges offerts à Pierre-Henri Teigten*, red. A. Pedone, Paris, 1984, blz. 25.

7 — Arresten Commissie/Portugal en Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald, punt 56.

8 — Zoals de Spaanse regering opmerkt, is het veelbetekenend dat het voorstel voor een richtlijn betreffende openbare biedingen op aandelen uitsluitend steunt op de verdragsbepaling die de vrijheid van vestiging erkent.

9 — Dit is nochtans een van de overwegingen in het reeds aangehaalde arrest Commissie/België (punten 40 en 41). Voor het onderzoek of de Belgische regeling een belemmering van het vrije kapitaalverkeer vormt, verwijst het Hof slechts naar de indicatieve waarde van richtlijn 88/361 en stelt het vast dat verweerder de kwalificatie van de beperking in beginsel niet betwist, terwijl de regering van het Verenigd Koninkrijk, interveniënt, „althans in zekere mate" toegeeft dat er een beperking is. Deze beoordelingselementen zijn nauwelijks relevant en in geen geval toereikend om een dergelijke beoordeling te dragen.

Ik zal niet dieper ingaan op de kwalificatie van de gestelde inbreuk, die naar mijn mening juridisch onjuist is, wat evenwel geen verstrekkende gevolgen heeft, aangezien het Hof beide communautaire vrijheden aan een vergelijkbaar onderzoek onderwerpt. [10]

37. In de tweede plaats lijken de arresten van 4 juni 2002 artikel 295 EG in de praktijk uit te hollen, ondanks het essentiele belang dat het oprichtingsverdrag van de Gemeenschap eraan toekent. Volgens deze bepaling laat het Verdrag „de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet". Volgens deze arresten is een beroep op deze bepaling niet mogelijk ter rechtvaardiging van belemmeringen van de verdragsvrijheden. Onder verwijzing naar een arrest dat op geheel andere feiten berustte [11], bracht het Hof in herinnering dat „deze bepaling niet ten gevolge heeft dat de in de lidstaten bestaande regelingen van het eigendomsrecht buiten de werkingssfeer van de fundamentele verdragsregels vallen".

Voor mij is en blijft de voornaamste moeilijkheid bij het onderzoek van de bijzondere aandelen („golden shares") het algemeen aanvaarde uitgangspunt dat de deelneming in het aandelenkapitaal en het bezit van ondernemingen door de overheid in de lidstaten *zonder meer* verenigbaar zijn met het gemeenschapsrecht. Dit beginsel steunt, zoals de Commissie in de drie reeds beslechte zaken heeft erkend, op het neutraliteitsbeginsel van artikel 295 EG. Het lijdt evenwel geen twijfel dat het overheidsbezit van ondernemingen voor de marktdeelnemers van de overige lidstaten een duidelijke beperking van de vrijheid van vestiging vormt (of, zo men wil, van het vrije kapitaalverkeer). Soortgelijke belemmeringen kunnen ontstaan door de loutere deelneming van de overheid — ongeacht de omvang ervan — in het kapitaal van particuliere vennootschappen. In dit laatste geval zouden verdere beperkingen voortvloeien uit de invloed die de overheid via haar vertegenwoordigers zou uitoefenen op de goedkeuring van bepaalde ondernemingsbesluiten, waarbij bijvoorbeeld aan buitenlandse aandeelhouders de toegang zou worden belet of een rechtstreekse grensoverschrijdende investering op enige andere wijze minder aantrekkelijk zou worden gemaakt.

Indien artikel 295 EG derhalve niet toestaat om de strikte toepassing van de fundamentele verdragsregels met betrekking tot de regelingen van het eigendomsrecht te temperen, door een *vermoeden van wettigheid* te creëren, dient de overheidsparticipatie in de ondernemingen geval per geval te worden gerechtvaardigd overeenkomstig de vaste rechtspraak van het Hof, dat wil zeggen de drie voornoemde arresten. Er moet dus een dwingende reden van algemeen belang worden aangevoerd en er moet worden aangetoond dat de overheids-

10 — Het is correct om alle fundamentele vrijheden uit eenzelfde oogpunt te bezien. Juist om die reden zou het wenselijk zijn geweest dat het Hof op het gebied van de regelingen voor geprivatiseerde ondernemingen de strikte toepassing van zijn rechtspraak met betrekking tot de beperkingen die zonder onderscheid van toepassing zijn, zou hebben getemperd, zoals het met betrekking tot het vrije verkeer van goederen reeds in zijn arrest van 24 november 1993, Keck en Mithouard (C-267/91 en C-268/91, Jurispr. blz. I-6097), heeft gedaan.

11 — Arrest van 1 juni 1999, Konle (C-302/97, Jurispr. blz. I-3099, punt 38).

participatie in overeenstemming is met het nagestreefde doel. De arresten van 4 juni 2002 luiden dus het einde in van de vrije interventie door de overheid in ondernemingen zoals die tot dat ogenblik werd opgevat. Ik weet niet zeker of het Hof dit resultaat heeft beoogd, maar het is wel de onvermijdelijke consequentie van zijn rechtspraak.

Hoe dan ook gaan de arresten zonder enige motivering voorbij aan de toepassing en de werkingssfeer van artikel 295 EG. Dit kan niet ongestraft gebeuren, zelfs niet in naam van de fundamentele vrijheden, aangezien artikel 295 in het stelsel van het Verdrag op dezelfde hoogte staat als deze vrijheden.

38. Het derde zwaarwegende punt van kritiek betreft de uitzondering die het Hof in de Belgische zaak heeft gemaakt. Ter verduidelijking van mijn betoog zal ik me concentreren op de bevoegdheden die de minister volgens artikel 3 van de koninklijke besluiten van 10 en 16 juni 1994 heeft om zich tegen de vervreemding, zekerheidstelling of verandering van bestemming van de strategische activa te verzetten.

De zorgvuldige formulering van het arrest in deze zaak kan het gebrek aan relevante verschillen met de Franse regeling van verzet tegen de vervreemding of het in zekerheid geven van de activa van buitenlandse dochterondernemingen van de Franse vennootschap Elf-Aquitaine niet maskeren. Het Hof veroordeelde de Franse regeling omdat door het ontbreken van „objectieve en nauwkeurige criteria in de opzet van het stelsel, (...) de betrokken regeling verder [gaat] dan noodzakelijk is om het genoemde doel te bereiken". [12] Volgens deze regeling kan de bijzonder aandeelhouder zich verzetten tegen de overdracht of het in zekerheid geven van activa die *de nationale belangen kunnen schaden*. [13] De Belgische regeling, die de minister het recht geeft zich te verzetten tegen beschikkingshandelingen met betrekking tot strategische activa indien hij van oordeel is dat deze *de nationale belangen op energiegebied schaden* [14], is nauwelijks specifieker.

39. De procedurele verschillen tussen de regelingen helpen ons evenmin verder. Beide voorzien in een controle achteraf en in een verplichting tot voorafgaande kennisgeving. Let wel, het gaat hier geenszins om een zuivere a posteriori-controle, die gevolgen heeft voor de geldigheid van een als zodanig werkzame handeling. Uit de opzet van de nationale bepalingen blijkt integendeel dat zolang de minister of de bevoegde autoriteit zich niet binnen de daartoe gestelde termijn heeft uitgesproken,

12 — Arrest Commissie/Frankrijk, punt 53.

13 — Artikel 1 van decreet nr. 93-1296, waarnaar artikel 2, lid 2, van decreet nr. 93-1298 verwijst.

14 — Merkwaardigerwijs wordt in punt 51 van het arrest Commissie/België gezegd dat „de in de artikelen 3 en 4 van de koninklijke besluiten van 10 en 16 juni 1994 bepaalde tussenkomsten van de minister slechts plaatsvinden wanneer de doelstellingen van het energiebeleid gevaar lopen". Deze striktere formulering vindt geen steun in de tekst van de koninklijke besluiten. Blijkens de punten 9 en 10 van genoemd arrest bepaalt artikel 3 dat de minister zich tegen een overdracht of zekerheidstelling van bepaalde activa kan verzetten indien hij van oordeel is dat „de (...) verrichting de nationale belangen op energiegebied schaadt", en bepaalt enkel artikel 4 dat de regeringsvertegenwoordigers beroep kunnen aantekenen tegen elke beslissing van de raad van bestuur die zij „strijdig achten met de krachtlijnen van 's lands energiebeleid, met inbegrip van de doelstellingen van de regering inzake de bevoorrading van het land in energie".

de overdracht of de vervreemding, ook al is deze juridisch perfect geldig, geen effect sorteert. Anders zou men het overheidstoezicht kunnen omzeilen door vlug een nieuwe verkoop aan een derde te realiseren, tegen wie de bijzondere rechten niet meer zouden kunnen worden ingeroepen. Zo bezien is de situatie vergelijkbaar met die van een regeling die dezelfde handelingen onderwerpt aan een voorafgaande administratieve vergunning, die wordt geacht te zijn verstrekt na het verstrijken van een bepaalde periode (waarbij het stilzwijgen van de administratie als een impliciete goedkeuring wordt beschouwd).

In beide gevallen dient de bevoegdheid binnen relatief korte termijnen te worden uitgeoefend (eenentwintig dagen in de Belgische zaak; een maand, met vijftien dagen te verlengen, in het Franse geval). Ten slotte heeft het Hof rekening gehouden met het op het algemene bestuursrecht gebaseerde argument van de Belgische regering, dat de interventies van de minister formeel moesten worden gemotiveerd en dat in een doeltreffende rechterlijke controle was voorzien. Ik kan me nauwelijks voorstellen dat de Franse regeling niet in soortgelijke waarborgen voorziet.

40. Het enige relevante verschil tussen deze nationale regelingen is dan ook de verschillende aard van de activa die voorwerp van verzet door de staat kunnen zijn of, anders gezegd, hun materiële werkingssfeer: in het geval van België grote leidingennetwerken voor het binnenlands vervoer van energieproducten; in het geval van Frankrijk de meerderheid van het kapitaal van dochterondernemingen van Elf-Aquitaine. Zelfs gesteld dat dit verschil de beoordeling van de beperking beïnvloedt, is evident dat dit op geen enkele wijze afdoet aan de *objectiviteit en nauwkeurigheid van de criteria.*

De concrete toepassing van deze rechtspraak op de onderhavige zaken

Zaak Commissie/Spanje (C-463/00)

41. In deze zaak zou de bij wet nr. 5/1995 en de verschillende uitvoeringsbesluiten ingevoerde regeling, gelet op de door het Hof in de arresten van 4 juni 2002 in de beroepen tegen Portugal en Frankrijk onderzochte gevallen, onverenigbaar kunnen zijn met het gemeenschapsrecht. De voorafgaande administratieve vergunning, die zowel is vereist voor besluiten die de verwezenlijking van het vennootschappelijke doel betreffen (ontbinding, splitsing of fusie van de vennootschap; vervreemding of in zekerheid geven van bepaalde essentiële activa; wijziging van het vennootschappelijk doel) [15], als voor operaties die een bepaalde wijziging in de structuur van het aandelenkapitaal meebrengen (verminde-

15 — Artikel 3, lid 1, van wet nr. 5/1995.

ring van het overheidsaandeel of belangrijke afstoting van het aandelenkapitaal) [16], is niet aan enige voorwaarde onderworpen, zij het dat de toelichting bij wet nr. 5/1995 wel een algemene verwijzing bevat naar de waarborging van de continuïteit van de dienstverlening van de onderneming. Het valt dus te betwijfelen of particulieren voldoende nauwkeurig de omvang van hun rechten kunnen nagaan, zodat de regeling in strijd zou kunnen zijn met de rechtszekerheid.

42. De uitkomst is niet noodzakelijkerwijs dezelfde wanneer de Belgische regeling van verzet tegen de overdracht van activa als maatstaf voor de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht wordt genomen. Ik heb er reeds op gewezen dat het Hof bij de verwerping van het beroep wegens niet-nakoming verschillende aspecten had onderstreept: het a posteriori-karakter van de interventie, de toepassing van strikte termijnen, de beperking van het aantal beslissingen waartegen verzet mogelijk is en van de mogelijke gronden van verzet, de formele motivering van de beslissing en de doeltreffende rechterlijke controle.

43. Zoals reeds gezegd [17] voorziet de Belgische regeling nader beschouwd niet in een controle achteraf, omdat het *praktische* rechtsgevolg van de maatregel pas intreedt nadat de termijn is verstreken waarin de minister zijn verzet kenbaar kan maken of nadat hij binnen die termijn afstand van dat recht heeft gedaan. In dit opzicht onderscheidt zij zich niet echt van de Spaanse regeling waarbij, zoals verweerder stelt, het stilzwijgen van de administratie als goedkeuring geldt.

Het verschil in de termijn waarbinnen het recht van verzet moet worden uitgeoefend, is evenmin doorslaggevend: in het geval van België eenentwintig dagen, in het geval van Spanje een maand, die bij uitzondering met vijftien dagen kan worden verlengd.

Zoals de Spaanse regering ter terechtzitting heeft betoogd zonder door de Commissie te zijn weersproken [18], dient bovendien ook de weigering van de vergunning, als administratieve handeling, te worden gemotiveerd en is zij als zodanig onderworpen aan een doeltreffende rechterlijke controle. Er is geen reden om te veronderstellen dat die controle in Spanje minder doeltreffend is dan in België.

In tegenstelling tot wat de Commissie stelt, is er geen goede grond om eraan te twijfelen dat de Spaanse regeling van voorafgaande vergunning is ingevoerd om in het kader

16 — Artikel 3, lid 2, van wet nr. 5/1995.

17 — Zie punt 39 hierboven.

18 — Ik parafraseer hier de in punt 51 van het arrest Commissie/België gebruikte formulering, hoewel ik er niet van overtuigd ben dat de loutere overeenstemming van de partijen of de instemming van de tegenpartij kan volstaan als bewijs van de inhoud van het nationale recht.

van een privatiseringsproces „de continuïteit van de onderneming, zonder welke deze geen diensten kan verrichten" te waarborgen, zoals zeer duidelijk blijkt uit de toelichting bij wet nr. 5/1995. Indien, zoals verweerder stelt, met deze continuïteit de zorg is bedoeld voor de continuïteit van de bevoorrading, de economische en sociale solidariteit en de bescherming van de belangen van de consumenten, is het duidelijk dat de regeling beantwoordt aan een dwingende reden van algemeen belang die zich van elk ander zuiver economisch doel onderscheidt. Bovendien is de Spaanse regeling mijns inziens niet onnauwkeuriger dan de Belgische regeling, waarin enkel sprake is van „de nationale belangen op energiegebied". [19]

Kortom, ik herhaal het, het enige relevante verschil tussen de Belgische en de Spaanse regeling is de verschillende aard van de operaties waarvoor een vergunning is vereist. Nogmaals, het feit dat de Spaanse regeling een bredere materiële werkingssfeer heeft omdat zij niet alleen geldt voor verschillende besluiten tot wijziging van het vennootschappelijk doel of de vervreemding van activa, maar ook voor de verwerving van 10 % van het aandelenkapitaal, doet geenszins af aan de *objectiviteit en nauwkeurigheid van de criteria* waaraan de vergunning onderworpen is. Dat vaker een vergunning is vereist, is te verklaren door de diversiteit van het nagestreefde doel.

44. De Spaanse regeling heeft daarenboven een bijzondere eigenschap die deze zaak onderscheidt van de andere vergelijkbare zaken die aan het Hof zijn voorgelegd, namelijk haar uitdrukkelijke overgangskarakter. Zo voorzien alle koninklijke besluiten in een vervaldatum (in het algemeen 10 jaar na de gebeurtenis die de toepassing ervan inluidt). Dat deze besluiten slechts gedurende een beperkte tijd van toepassing zijn, bevestigt dat het om een uitzonderingsregeling gaat, bedoeld om een privatiseringsproces te begeleiden. Zij lijkt in overeenstemming met het streven om de markten te openen, zonder volledig afstand te doen van de voorrechten van de staat met betrekking tot strategisch belangrijke gebieden van de economie. Zoals het Hof heeft vastgesteld, „mag niet worden voorbijgegaan aan de bezorgdheden die, naar gelang van de omstandigheden, kunnen rechtvaardigen dat de lidstaten een bepaalde invloed behouden in geprivatiseerde ondernemingen die zich bezighouden met diensten van algemeen of strategisch belang". [20] Ik zou hieraan willen toevoegen dat die bezorgdheden des te begrijpelijker zijn wanneer zij nauwkeurig in de tijd zijn begrensd en dienen om de risico's van een

19 — Ik benadruk dat ondanks de formulering van punt 51 van het arrest Commissie/België, waarin sprake is van situaties waarin „de doelstellingen van het energiebeleid gevaar lopen", de minister zich in werkelijkheid volgens de letter van de wet tegen elke overdracht, zekerheidsstelling of bestemmingsverandering van bepaalde strategische activa kan verzetten indien de verrichting „de nationale belangen op energiegebied schaadt" (artikel 3, lid 1, van het koninklijk besluit van 10 juni 1994). In een andere sfeer bedient ook de Commissie zich van onbepaalde rechtsbegrippen om rechten te beperken. Zo beroept zij zich bijvoorbeeld op het „ontbreken van gemeenschapsbelang" om een klacht met betrekking tot het mededingingsrecht niet te hoeven onderzoeken en zo de toegang van particulieren tot administratieve of, in voorkomend geval, rechterlijke controle te beperken.

20 — Zie de reeds aangehaalde arresten Commissie/Portugal, punt 47; Commissie/Frankrijk, punt 43; en Commissie/België, punt 43.

radicale verandering van de ondernemingsstructuur in gevoelige economische sectoren te vermijden.

45. Aangezien de privatisering van ondernemingen waarvan staatseigendom of -controle lange tijd legitiem leek, een nieuw fenomeen vormt, zijn de diversiteit van de aan goedkeuring onderworpen maatregelen en het relatieve gebrek aan nauwkeurigheid van het gestelde doel, namelijk de continuïteit van de diensten van de onderneming, gerechtvaardigd. Vanwege de onvoorzienbaarheid van eventuele moeilijkheden, is het begrijpelijk dat de overheid zich een zekere beoordelingsmarge wil voorbehouden. Wanneer bovendien de beperking in de tijd van de Spaanse regeling in aanmerking wordt genomen, dient de conclusie te luiden dat zij niet verder gaat dan nodig is om het gestelde doel te verwezenlijken.

46. Op grond van voorgaande overwegingen, bezien tegen de achtergrond van de arresten van 4 juni 2002 en het algemene beginsel van neutraliteit van het gemeenschapsrecht ten opzichte van overheidsinitiatieven in de ondernemingssector als bedoeld in artikel 295 EG, waaraan ik het voornaamste deel van mijn conclusie van 3 juli 2001 heb gewijd, ben ik van mening dat de eventuele belemmering van het vrije kapitaalverkeer gerechtvaardigd is en aangepast en evenredig is aan de nagestreefde doelstelling, zodat het beroep van de Commissie tegen het Koninkrijk Spanje moet worden verworpen. Hetzelfde moet gelden met betrekking tot de vrijheid van vestiging. [21]

Zaak Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-98/01)

47. De juridische situatie in de zaak Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-98/01) lijkt niet te stroken met de in de recente rechtspraak op dit nieuwe gebied vastgestelde beginselen.

48. In de eerste plaats is niet van belang dat de interventiebevoegdheden van de overheid uit de statuten van de onderneming (en niet uit een normatieve handeling) voortvloeien en dat het nationale recht het fenomeen kent van de aandelen zonder stemrecht waaraan bijzondere bevoegdheden zijn verbonden. Ofschoon deze situatie geheel valt onder de traditionele categorie van de „regelingen van het eigendomsrecht", ontsnappen deze regelingen niet aan de toepassing van de fundamentele verdragsregels, zonder dat het Hof enig onderscheid heeft gemaakt — wat ook niet aangewezen zou zijn — op basis van de precieze aard van een bepaalde regeling. Voor de kwalificatie van de beperking zijn de economische gevolgen van de regeling beslissend, niet de technische kenmerken van de afzonderlijke regels. Anders zouden de lidstaten er voortaan mee kunnen vol-

21 — Zie naar analogie arrest Commissie/België, punt 59.

staan allerlei publiekrechtelijke voorrechten in statutaire bevoegdheden om te zetten teneinde deze buiten de werkingssfeer van het Verdrag te brengen.

49. Ten tweede heeft het Verenigd Koninkrijk zeer overtuigend betoogd dat haar bevoegdheden op grond van de artikelen 10 en 40 van de statuten van BAA geen verboden beperkingen vormen, omdat zij de toegang tot het kapitaal van de onderneming niet hinderen en evenmin kunnen leiden tot discriminatie op grond van nationaliteit. Nu zij geen belemmering voor de fundamentele vrijheden vormen, hoeven zij niet te worden gerechtvaardigd en hoeven evenmin objectieve en nauwkeurige criteria voor de uitoefening ervan te worden vastgesteld.

Anders dan men op het eerste gezicht zou denken, verschilt de Britse regeling niet wezenlijk van de Franse.

50. Volgens artikel 10 van de statuten van BAA kan de (publieke) eigenaar van het bijzonder aandeel zich verzetten tegen de ontbinding van de onderneming, de ontbinding of de vervreemding van een dochtermaatschappij die een aangewezen luchthaven bezit, en de volledige of gedeeltelijke vervreemding van een luchthaven of overdracht van het beheer ervan. Dit recht is niet aan enige voorwaarde of rechterlijke controle onderworpen, aangezien het een gewone beschikkingshandeling van de aandeelhouder betreft. De Franse regeling (artikel 2, lid 3, van decreet nr. 93-1298) voorzag in een recht van verzet tegen de overdracht of het in zekerheid geven van activa; het Hof achtte een dermate ruime discretionaire bevoegdheid „met betrekking tot de controle van de identiteit van de aandeelhouders" onverenigbaar met het Verdrag. De Britse regering heeft betoogd dat zij artikel 10 niet aldus uitlegt dat zij naar gelang van de identiteit van een verkrijger of cessionaris toestemming kan weigeren, maar dat zij zich uitsluitend dient te laten leiden door de vraag of de vervreemding opportuun is.

Dit argument is niet overtuigend, aangezien het geen steun vindt in de tekst en zelfs niet de nodige maatregelen zijn genomen om ervoor te zorgen dat de overheid zich aan deze regel houdt.

51. Artikel 40 van de statuten van BAA beperkt in de praktijk de participatie van personen of ondernemingen in de vennootschap tot 15 % van haar stemgerechtigde kapitaal. De regering van het Verenigd Koninkrijk stelt op basis van dat percentage dat de toegang tot de markt niet wordt belemmerd. In het geval van Frankrijk (artikel 2, lid 1, van decreet nr. 93-1298) was toestemming vereist bij overschrijding van een tiende, een vijfde of een derde van het maatschappelijk kapitaal of van de stemrechten. Ik denk niet dat een verschil van niet meer dan 5 % tussen beide

regelingen tot verschillende beoordelingen hoeft te leiden. Bovendien wordt de regeling in het Verenigd Koninkrijk weliswaar in beginsel automatisch en nimmer intuitu personae toegepast, maar niettemin kan de bijzonder aandeelhouder op ieder moment afstand van dat aandeel doen of akkoord gaan met een wijziging van de statuten waardoor een bepaalde investeerder een groter kapitaalaandeel kan verwerven zonder dat deze operatie door een rechter kan worden getoetst.

52. Aangezien de Britse regeling geen van de garanties biedt die het Hof bij de beoordeling van de Belgische regeling in aanmerking heeft genomen, in het bijzonder de onderwerping aan objectieve en door de rechter controleerbare criteria, kan de oplossing van het arrest Commissie/België in dit geval niet naar analogie worden toegepast.

53. In deze omstandigheden moet de regeling van de artikelen 10 en 40 van de statuten van BAA overeenkomstig de arresten van 4 juni 2002 als strijdig met het vrije verkeer van kapitaal worden beschouwd en hoeven de bestreden maatregelen niet afzonderlijk aan de bepalingen met betrekking tot de vrijheid van vestiging te worden getoetst. [22]

22 — Arresten Commissie/Portugal en Commissie/Frankrijk, punten 56.

Oplossing die voldoet aan het beginsel van artikel 295 EG

54. Niettemin ben ik op de gronden die ik in mijn conclusie van 3 juli 2001 uiteen heb gezet — en ik verzoek het Hof deze in heroverweging te nemen — nog steeds van mening dat het neutraliteitsbeginsel van artikel 295 EG hoe dan ook van toepassing is op een dergelijke regeling. Alleen een juiste beoordeling van deze bepaling kan de incoherentie wegnemen die erin bestaat dat een lidstaat die met handhaving van bepaalde voorrechten zijn aandeel in bepaalde strategische ondernemingen heeft afgestoten en daardoor de door de verdragen gewenste interpenetratie van de nationale markten heeft bevorderd, wordt veroordeeld, terwijl zonder de minste rechtvaardiging wordt getolereerd dat een andere lidstaat die integratie belemmert of beperkt door diezelfde ondernemingen in overheidshanden te houden.

55. In de arresten van 4 juni 2002 stelt het Hof vast dat artikel 295 EG, dat nadrukkelijk bepaalt dat het EG-Verdrag „de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet [laat]", niet meebrengt dat deze regeling aan de toepassing van de fundamentele verdragsregels ontsnapt. Dit zonder verdere precisering herhaalde beginsel vormt een petitio principii, die als praktisch gevolg heeft dat een voorschrift van fundamenteel belang waarop de opstel-

lers van het Verdrag de nadruk hebben willen vestigen [23], wordt uitgehold.

56. Uit de historische en teleologische interpretatie blijkt dat de „regeling van het eigendomsrecht" in artikel 295 EG niet naar de civielrechtelijke regels inzake vermogensrechtelijke betrekkingen verwijst, maar naar het ideële geheel van allerlei zowel privaat- als publiekrechtelijke regels die de economische controle over een onderneming kunnen verlenen, dat wil zeggen die de betrokkene in staat stellen een beslissende invloed uit te oefenen op de vaststelling en de verwezenlijking van alle of een aantal economische doelstellingen van de onderneming. Tegelijkertijd blijkt uit de teleologische interpretatie dat het onderscheid tussen particuliere en publieke ondernemingen in de zin van het Verdrag niet louter op de samenstelling van de aandeelhouders kan worden gebaseerd, maar afhangt van de mogelijkheid die de staat heeft om bepaalde economische beleidsdoelstellingen op te leggen die afwijken van het streven naar maximale winst dat particuliere ondernemingen kenmerkt.

57. Kortom, de in artikel 295 EG verankerde eerbiediging van de regeling van het eigendomsrecht van de lidstaten dient zich uit te strekken tot alle maatregelen die de overheid via — economische — interventies in de publieke sector in staat stellen de nationale economische bedrijvigheid mede vorm te geven. Dit impliceert dat de omstreden maatregelen niet per se onverenigbaar met het Verdrag moeten worden geacht; zij worden immers beschermd door het geldigheidsvermoeden dat hun op grond van de legitimiteit van artikel 295 EG toekomt.

Het is in dit verband bijzonder verhelderend dat het voorbehoud van artikel 295 EG geformuleerd is als een gebod om de regeling van het eigendomsrecht „onverlet te laten". Indien het Verdrag „ne préjuge en rien", betekent dit op zijn minst dat een nationale maatregel die doorwerkt in het systeem van besluitvorming in de publieke sector, verenigbaar met het Verdrag moet worden geacht *tot het bewijs van het tegendeel*. En een maatregel die als zodanig niet discriminerend is, wordt juist niet onverlet gelaten indien ervan uit wordt gegaan dat zij op een niet gerechtvaardigde wijze discriminerend zal worden toegepast.

58. Op grond van deze overwegingen concludeer ik tot verwerping van het beroep tegen Spanje. Deze oplossing lijkt ook op grond van de arresten van 4 juli 2002 te zijn geboden.

Dit vermoeden van wettigheid zou ook kunnen gelden voor de Britse regeling indien de regering van het Verenigd Koninkrijk bij de uitoefening van de door het bijzonder aandeel toegekende bevoegdheden verplicht was gemotiveerde beslissingen te nemen die door de rechter getoetst konden worden. Nu deze garanties ontbreken, voldoet de BAA-regeling niet aan de vereisten van het Verdrag.

23 — Door zijn plaats binnen het systeem, zijn categorische en onvoorwaardelijke formulering en het feit dat het zijn gezag rechtstreeks aan de Schumann-verklaring van 9 mei 1950 ontleent, zoals ik in mijn conclusie van 3 juli 2001 heb opgemerkt.

VI — Kosten

59. In de zaak Commissie/Spanje (C-463/00) dient verzoekster ingevolge artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering in de kosten te worden verwezen.

60. In de zaak Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-98/01) dient verweerder volgens de in de rechtspraak gebruikelijke criteria in de kosten te worden verwezen.

61. Interveniënt dient ingevolge artikel 69, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering zijn eigen kosten te dragen.

VII — Conclusie

62. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging:

— het beroep tegen het Koninkrijk Spanje in zaak C-463/00 te verwerpen en de Commissie in de kosten te verwijzen; te verklaren dat het Verenigd Koninkrijk als interveniënt zijn eigen kosten dient te dragen;

— het beroep tegen het Verenigd Koninkrijk in zaak C-98/01 toe te wijzen en verweerder in de kosten te verwijzen.