CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL M. POIARES MADURO van 6 april 2006 [1]

1. In de onderhavige zaken gaat het om „golden shares" (bijzonder aandeel) die de Nederlandse Staat houdt in KPN NV (hierna: „KPN") respectievelijk TPG NV (hierna: „TPG"). De Commissie stelt dat Nederland, door zijn bijzonder aandeel in die ondernemingen te handhaven, de krachtens de artikelen 43 EG en 56 EG op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen. Met deze zaken wordt van het Hof verlangd meer duidelijkheid te verschaffen omtrent de grenzen die het gemeenschapsrecht de lidstaten oplegt wanneer zij als marktdeelnemers handelen.

I — Feiten en precontentieuze procedure

2. In 1989 werd het Nederlandse staatsbedrijf voor Post, Telegraaf en Telefoon omgevormd tot een naamloze vennootschap, Koninklijke PTT Nederland NV (hierna: „PTT"). De beursgang van PTT vond plaats in 1994. De Nederlandse Staat verkocht een eerste tranche aandelen, te weten 30 % van het geplaatste kapitaal.

3. In verband met de beursgang werd in de gewijzigde Statuten van de vennootschap een bepaling opgenomen betreffende het bijzonder aandeel dat door de Nederlandse Staat zouden worden gehouden. Aan het bijzonder aandeel waren rechten tot voorafgaande goedkeuring van een aantal besluiten van de vennootschap verbonden. Tussen PTT en de Nederlandse Staat werd een overeenkomst gesloten (zogenoemde „Afspraak op Hoofdlijnen"; hierna: „Afspraak") met betrekking tot de uitoefening van die rechten. Volgens de Afspraak mag de Nederlandse Staat die rechten niet gebruiken om de vennootschap te beschermen tegen ongewenste zeggenschap. In 1995 heeft de Nederlandse Staat een tweede tranche aandelen verkocht, ruim 20 % van het geplaatste kapitaal.

4. In 1998 werd PTT gesplitst in twee zelfstandige vennootschappen: KPN, voor de telecommunicatieactiviteit, en TPG, voor logistiek en distributie. De aan het bijzonder aandeel van de Nederlandse Staat verbonden rechten bleven in wezen ongewijzigd.

1 — Oorspronkelijke taal: Portugees.

5. Aan het bijzonder aandeel van Nederland in KPN (zaak C-282/04) is een recht op voorafgaande goedkeuring van de volgende soorten van besluiten verbonden:

— emissie van aandelen van de vennootschap en beperking of afschaffing van het voorkeursrecht van de houders van gewone aandelen;

— afroeping van een aanvullende storting op preferente aandelen van type A;

— verwerving of afstand door de vennootschap van aandelen die meer dan 1 % van de geplaatste gewone aandelen vertegenwoordigen;

— uitoefening van het stemrecht in relatie met de rechtspersonen vermeld in artikel 11 van de Wet op de Telecommunicatievoorzieningen inzake ontbinding, fusie of splitsing, verwerving van aandelen in het eigen vermogen door dergelijke rechtspersonen en wijziging van de statuten van deze rechtspersonen voorzover zij betrekking heeft op hetgeen voorafgaat;

— besluit van de Raad van Bestuur over investeringen die tot gevolg zullen hebben dat het eigen vermogen van de maatschappij, op geconsolideerde basis, minder dan 30 % van de totale middelen zal vertegenwoordigen;

— voorstel van de Raad van Bestuur een dividend uit te keren in de vorm van aandelen en/of ten laste van de reserves;

— juridische fusie of splitsing waarbij de maatschappij betrokken is;

— ontbinding van de maatschappij;

— wijziging van de statuten wanneer het doel is, onder meer: wijziging van het doel van de vennootschap voorzover betrekking hebbende op de werking van de concessies, dan wel vergunningen, afschaffing van het bijzonder aandeel, afschaffing van de preferente aandelen B, vaststelling van het aantal leden van de Raad van Commissarissen, benoeming van drie leden van de Raad van Commissarissen door de minister van Verkeer en Waterstaat en wijziging van de aan het bijzonder aandeel gehechte rechten;

— terugkoop van het bijzonder aandeel.

6. Aan het bijzonder aandeel van Nederland in TPG (zaak C-283/04) zijn dezelfde of soortgelijke rechten verbonden als aan het bijzonder aandeel in KPN, namelijk het recht op voorafgaande goedkeuring van de volgende soorten van besluiten:

— emissie van aandelen van de vennootschap en beperking of afschaffing van het voorkeursrecht van de houders van gewone aandelen;

— afroeping van een aanvullende storting op preferente aandelen van type A;

— verwerving of afstand door de vennootschap van aandelen die meer dan 1 % van de geplaatste gewone aandelen vertegenwoordigen;

— uitoefening van het stemrecht in relatie met de rechtspersonen vermeld in artikel 11 van de Wet op de Telecommunicatievoorzieningen inzake ontbinding, fusie of splitsing, verwerving van aandelen in het eigen vermogen door dergelijke rechtspersonen en wijziging van de statuten van deze rechtspersonen voorzover zij betrekking heeft op hetgeen voorafgaat;

— besluit van de Raad van Bestuur over investeringen die tot gevolg zullen hebben dat het eigen vermogen van de maatschappij, op geconsolideerde basis, minder dan 15 % van de totale middelen zal vertegenwoordigen;

— voorstel van de Raad van Bestuur een dividend uit te keren in de vorm van aandelen en/of ten laste van de reserves;

— juridische fusie of splitsing waarbij de maatschappij betrokken is;

— ontbinding van de maatschappij;

— wijziging van de statuten wanneer het doel is, onder meer: wijziging van het doel van de vennootschap voorzover betrekking hebbende op de werking van de concessies, dan wel vergunningen, afschaffing van het bijzonder aandeel, afschaffing van de preferente

aandelen B, vaststelling van het aantal leden van de Raad van Commissarissen, benoeming van drie leden van de Raad van Commissarissen door de minister van Verkeer en Waterstaat en wijziging van de aan het bijzonder aandeel gehechte rechten;

— terugkoop van het bijzonder aandeel.

7. Op 28 juli 2000 heeft de Commissie het Koninkrijk der Nederlanden twee aanmaningsbrieven doen toekomen, de ene betrof KPN en de andere TPG. Vervolgens werd met betrekking tot beide vennootschappen een procedure ingeleid.

8. Bij haar brief van 28 juli 2000 betreffende KPN heeft de Commissie de Nederlandse regering meegedeeld dat haars inziens bepalingen in de statuten van KPN met betrekking tot de rechten die aan het door Nederland gehouden bijzonder aandeel zijn verbonden, en de vertegenwoordiging van de Nederlandse Staat in de Raad van Commissarissen van KPN in strijd waren met verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van kapitaal en het recht van vestiging.

9. In haar brief van 8 november 2000 heeft de Nederlandse regering geantwoord dat de participatie van de Nederlandse Staat in KPN door middel van een bijzonder aandeel en de van overheidswege benoemde commissarissen in de Raad van Commissarissen geen belemmering opleverden van het vrije kapitaalverkeer of van de regels inzake de vrijheid van vestiging.

10. Daar de Commissie geen genoegen nam met dat antwoord, heeft zij op 5 februari 2003 het Koninkrijk der Nederlanden een met redenen omkleed advies doen toekomen, waarin zij stelde dat Nederland, door zijn bijzonder aandeel in KPN en zijn recht op benoeming van commissarissen in de Raad van Commissarissen van KPN te handhaven, de krachtens de artikelen 43 EG en 56 EG op hem rustende verplichtingen niet was nagekomen. Nederland, dat het standpunt van de Commissie nog steeds niet deelde, heeft bij brief van 28 april 2003 gereageerd.

11. De Commissie heeft op 30 juni 2004 de zaak aan het Hof voorgelegd. Zij heeft echter haar vordering met betrekking tot de benoeming van de commissarissen niet gehandhaafd, daar dat recht uit de statuten was geschrapt.

12. Bij haar brief van 28 juli 2000 betreffende TPG, heeft de Commissie de Nederlandse regering meegedeeld dat haars inziens bepalingen in de statuten van TPG met betrekking tot de rechten die aan het door Nederland gehouden bijzonder aandeel zijn

verbonden, en de vertegenwoordiging van de Nederlandse Staat in de Raad van Commissarissen van TPG in strijd waren met verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van kapitaal en het recht van vestiging.

13. In haar brief van 8 november 2000 heeft de Nederlandse regering geantwoord dat de participatie van de Nederlandse Staat in TPG door middel van een bijzonder aandeel en de van overheidswege benoemde commissarissen in de Raad van Commissarissen geen belemmering opleverden van het vrije kapitaalverkeer of van de regels inzake de vrijheid van vestiging. Subsidiair heeft de Nederlandse regering verklaard dat, zo er al sprake zou zijn van een beperking van het vrij verkeer van kapitaal of van de vrijheid van vestiging, die beperking gerechtvaardigd zou zijn door het doel om de beschikbaarheid van een universele postdienst te waarborgen.

14. Daar de Commissie geen genoegen nam met dat antwoord, heeft zij op 5 februari 2003 het Koninkrijk der Nederlanden een met redenen omkleed advies doen toekomen. Nederland, dat nog steeds niet overtuigd was van het standpunt van de Commissie, heeft bij brief van 28 april 2003 gereageerd.

15. De Commissie heeft op 1 juli 2004 de zaak aan het Hof voorgelegd. Evenals in het geval van KPN, heeft zij haar vordering met betrekking tot de benoeming van de commissarissen niet gehandhaafd, daar dat recht uit de statuten was geschrapt.

16. Bij beschikking van 30 juni 2005 werden de twee zaken overeenkomstig artikel 43 van het Reglement voor de procesvoering gevoegd voor de mondelinge behandeling, alsmede voor het arrest.

II — Beoordeling

17. Volgens de Commissie heeft Nederland inbreuk gemaakt op zowel artikel 43 EG als artikel 56 EG. In overeenstemming met de vaste praktijk van het Hof zal ik eerst ingaan op de argumenten met betrekking tot artikel 56 EG. [2]

18. De Commissie stelt dat de aan het bijzonder aandeel van de Nederlandse Staat in KPN en TPG verbonden rechten de aankoop van aandelen in de ondernemingen kunnen bemoeilijken en investeerders uit andere lidstaten kunnen ontmoedigen daarin te investeren. De uitoefening van die rechten kan de daadwerkelijk deelneming in het

2 — Arresten van 4 juni 2002, Commissie/Portugal (C-367/98, Jurispr. blz. I-4731); Commissie/Frankrijk (C-483/99, Jurispr. blz. I-4781), en Commissie/België (C-503/99, Jurispr. blz. I-4809); en 13 mei 2003, Commissie/Spanje (C-463/00, Jurispr. blz. I-4581), en Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-98/01, Jurispr. blz. I-4641).

bestuur van of de controle over de ondernemingen beperken. Op die wijze kunnen de aandelen van Nederland in KPN en TPG directe investeringen van andere lidstaten belemmeren of minder aantrekkelijk maken. Het bijzonder aandeel vormt een beperking van het vrij verkeer van kapitaal in de zin van artikel 56 EG.

19. In zijn verweerschrift betoogt Nederland om te beginnen dat artikel 56 EG niet van toepassing is omdat de staat in zijn hoedanigheid van aandeelhouder van KPN en TPG als marktdeelnemer en niet als overheid handelt. Ik zal eerst dit argument behandelen.

A — *Is artikel 56 EG van toepassing op de staat wanneer deze als marktdeelnemer handelt?*

20. De Nederlandse regering stelt dat het bijzonder aandeel in KPN en TPG niet binnen de werkingssfeer van artikel 56 EG valt, omdat de Nederlandse Staat de aandelen niet bezit in zijn hoedanigheid van overheid maar van privaatrechtelijke aandeelhouder. Het bijzonder aandeel of „prioriteitsaandeel" is in het Nederlandse vennootschapsrecht een bekende rechtsfiguur. De aan het bijzonder aandeel van de Nederlandse Staat in KPN en TPG verbonden rechten wijken niet af van wat gebruikelijk door partijen wordt bedongen. De staat heeft gebruikgemaakt van de mogelijkheden die het vennootschapsrecht hem biedt, op een manier waarop iedereen daarvan gebruik zou hebben gemaakt.

21. Ik deel dit standpunt niet.

22. De verdragsbepalingen inzake het vrij verkeer van personen, diensten en kapitaal leggen de nationale autoriteiten van de lidstaten verplichtingen op, ongeacht of die autoriteiten handelen in hun hoedanigheid van overheid of van privaatrechtelijke rechtspersoon. [3] De lidstaten zijn onderworpen aan de bepalingen inzake vrij verkeer, die duidelijk tot hen zijn gericht, niet wegens hun functionele hoedanigheid van overheid maar op grond van hun organieke hoedanigheid van ondertekenaars van het Verdrag. [4] Voorzover die bepalingen geen verplichtingen

3 — Dit punt dient niet te worden verward met de vraag of de bepalingen inzake vrij verkeer voor privaatrechtelijke rechtspersonen gelden. Wanneer een privaatrechtelijke rechtspersoon een overheidstaak vervult, kan daaruit worden afgeleid dat de staat door middel van die rechtspersoon handelt, zodat de bepalingen inzake vrij verkeer *ratione personae* gelden. Zie bijvoorbeeld arresten van 18 mei 1989, Royal Pharmaceutical Society of Great Britain (266/87 en 267/87, Jurispr. blz. 1295); 11 augustus 1995, Dubois (C-16/94, Jurispr. blz. I-2421, punt 20), en 5 februari 2004, Rieser Internationale Transporte (C-157/02, Jurispr. blz. I-1477, punt 24), en conclusie van advocaat-generaal Kokott in zaak AGM-COS.MET (C-470/03, thans aanhangig bij het Hof, punt 87).

4 — Zie ook naar analogie arresten van 26 februari 1986, Marshall (152/84, Jurispr. blz. 723, punt 49), en 12 juli 1990, Foster (C-188/89, Jurispr. blz. I-3313, punt 17).

voor particulieren scheppen, kunnen lidstaten, wanneer zij als marktdeelnemer handelen, aan beperkingen onderworpen zijn die voor andere marktdeelnemers niet gelden. [5]

23. Om uit te maken of het vrije verkeer van kapitaal wordt beperkt wanneer de staat bijzondere bevoegdheden in een onderneming geniet, is het niet van belang hoe die bevoegdheden zijn verleend of welke rechtsvorm zij hebben. Het feit dat een lidstaat in het kader van zijn nationale vennootschapsrecht handelt, betekent bovendien niet dat zijn bijzondere bevoegdheden geen beperking in de zin van artikel 56 EG kunnen vormen. [6]

24. Zelfs indien het zo zou zijn, dat de Nederlandse overheid niet onder artikel 56 EG zou vallen, wanneer zij als alle andere aandeelhouders volgens algemeen vennootschapsrecht handelt, rijst voorts de vraag of wetgeving die sommige aandeelhouders de mogelijkheid biedt om bepaalde bijzondere rechten te verkrijgen om hen tegen de marktontwikkelingen te beschermen, zelf een beperking van het vrij verkeer van kapitaal kan vormen. Dergelijke wetgeving kan de toegang tot kapitaal op de nationale markt beperken door de positie te beschermen van bepaalde marktdeelnemers die een stevige plaats op die markt hebben verworven. Bovendien zijn die marktdeelnemers waarschijnlijk nationale aandeelhouders. Dergelijke wetgeving kan derhalve de toegang tot de nationale markt voor in andere lidstaten gevestigde investeerders belemmeren. [7]

25. Bijgevolg dient het argument dat prioriteitsaandelen niet ongebruikelijk zijn in het vennootschapsrecht, zodat de bijzondere bevoegdheden van de Nederlandse Staat in KPN en TPG buiten de werkingssfeer van artikel 56 EG vallen, te worden afgewezen.

B — *Toepassing van artikel 56 EG op de betrokken bijzondere rechten*

26. In deze zaken wordt het Hof in wezen gevraagd de grenzen te bepalen die het

5 — Zie arrest van 13 december 1983, Apple and Pear Development Council (222/82, Jurispr. blz. 4083, punt 17). De aanbestedingsregels zijn nog een voorbeeld van beperkingen die gelden voor de lidstaten wanneer zij handelen als marktdeelnemers, maar niet voor de andere marktdeelnemers.

6 — Zie in die zin conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer bij de arresten van 13 mei 2003, Commissie/Spanje (C-463/00, Jurispr. blz. I-4581, punt 48), en Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-98/01, Jurispr. blz. I-4641, punt 48).

7 — Zie in die zin mijn conclusie bij het arrest van 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, Jurispr. blz. I-10837, punten 37-40), evenals de punten 55 en 56 van mijn conclusie in de zaken Cipolla (C-94/04), en Macrino en Capodarte (C-202/04), die thans bij het Hof aanhangig zijn, en de punten 54 en 55 van mijn conclusie in de zaken C-158/04 en C-159/04 (Trofo Super Markets), die thans bij het Hof aanhangig zijn.

gemeenschapsrecht stelt aan de lidstaten wanneer zij op de markt als marktdeelnemers optreden. Deze vorm van interventie die contrasteert met de klassieke vormen van staatsinterventie, zoals regulering of openbare eigendom, is een poging om een zekere vorm van overheidscontrole in een geprivatiseerde economische sector te behouden.

27. Advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer heeft uit artikel 295 EG afgeleid dat een staat, daar hij in theorie volledige zeggenschap over ondernemingen kan behouden door middel van openbare eigendom, al helemaal beperkte controle over geprivatiseerde ondernemingen kan behouden door middel van bepaalde bijzondere rechten. [8] Het Hof heeft die redenering niet gevolgd. Het was van oordeel dat de lidstaten zich niet konden beroepen „op hun regeling van het eigendomsrecht in de zin van artikel 295 EG [om] de in het Verdrag neergelegde vrijheden te belemmeren door de voorrechten die zij aan hun positie van aandeelhouder van een geprivatiseerde onderneming verbinden". [9]

28. Mijns inziens strookt het standpunt van het Hof met zijn rechtspraak op andere gebieden, waar vragen rijzen over welke grenzen worden gesteld aan de staat wanneer hij als marktdeelnemer handelt. Wanneer een staat besluit een bepaalde sector van de markt te openen, moet hij conform dat besluit handelen. Dit vereiste van samenhang komt voort uit de noodzaak te verzekeren dat de staat handelt in overeenstemming met de werking van de markt of met de regels van het politieke proces. [10]

29. In het geval van privatisering van voormalige staatsondernemingen is dit vereiste bijzonder belangrijk. Het Verdrag geeft de lidstaten het recht de openbare eigendom van bepaalde ondernemingen te behouden. Het geeft hun echter niet het recht om de toegang van marktdeelnemers tot bepaalde economische sectoren selectief te beperken, zodra die sectoren zijn geprivatiseerd. Indien de staat speciale vormen van marktcontrole over geprivatiseerde ondernemingen zou mogen behouden, zou hij gemakkelijk de toepassing van de regels inzake vrij verkeer kunnen dwarsbomen door enkel een selectieve en potentieel discriminerende toegang tot wezenlijke delen van de nationale markt te verlenen.

30. Wanneer de staat een onderneming privatiseert, gebiedt derhalve het vrije ver-

8 — Conclusie bij de arresten Commissie/Portugal, Commissie/Frankrijk en Commissie/België, reeds aangehaald, inzonderheid punt 66. Zie ook de punten 54-57 van zijn conclusie in de zaken Commissie/Spanje en Commissie/Verenigd Koninkrijk, reeds aangehaald.

9 — Commissie/Spanje, reeds aangehaald, punt 67.

10 — Zie in dezelfde zin punt 26 van mijn conclusie in zaak C-205/03 (Fenin), die thans aanhangig is bij het Hof, alsmede punten 31 en 32 van mijn conclusie in de zaken Cipolla en Macrino en Capodarte, reeds aangehaald.

keer van kapitaal dat de economische zelfstandigheid van de onderneming worden beschermd, tenzij een noodzaak bestaat om door het gemeenschapsrecht erkende fundamentele openbare belangen te beschermen. Elke staatscontrole over een geprivatiseerde onderneming dient derhalve verband te houden met de uitoefening van de met die onderneming verbonden activiteiten van algemeen economisch belang, wanneer die controle buiten de gewone marktwerking valt.

31. Het arrest van het Hof van 4 juni 2002, Commissie/België, dient ook in die zin te worden gelezen. Het Hof heeft erkend dat „[bepaalde] bezorgdheden [...] kunnen rechtvaardigen dat de lidstaten een bepaalde invloed behouden in geprivatiseerde ondernemingen die zich bezighouden met diensten van algemeen of strategisch belang". [11] Het is echter duidelijk dat die invloed strikt moet worden beperkt tot het waarborgen van fundamentele verplichtingen van openbaar belang. [12] Daarom heeft het Hof gewezen op „het beginsel dat de autonome beslissing van de onderneming moet worden nageleefd". [13] De staat moet derhalve het specifieke openbare belang identificeren dat bescherming behoeft. Bovendien moeten de regels die de staat bijzondere rechten verlenen, gebaseerd zijn op objectieve en nauwkeurige criteria die niet verder gaan dan noodzakelijk is om dat openbare belang te verzekeren en de mogelijkheid van een doeltreffende rechterlijke controle te waarborgen. [14]

32. Gezien de eerdere rechtspraak, lijkt mij haast geen twijfel mogelijk dat de bijzondere aandelen in KPN en TPG een beperking van het vrije verkeer van kapitaal vormen. Zij verlenen de staat een recht op voorafgaande goedkeuring van een reeks van belangrijke besluiten, waaronder besluiten van de algemene vergadering van aandeelhouders betreffende de fusie, splitsing of ontbinding van de maatschappij, en betreffende verschillende wijzigingen van de statuten van de vennootschap. Een dergelijk systeem van voorafgaande goedkeuring „[tast] de situatie van de verkrijger van een participatie als dusdanig aan" [15], en kan dus „de investeerders uit andere lidstaten ervan weerhouden in die ondernemingen te investeren". [16] De bijzondere bevoegdheden van de staat in KPN en TPG beperken derhalve het vrije kapitaalverkeer. [17]

33. Derhalve moet in elk geval worden onderzocht of de beperking gerechtvaardigd

11 — Arrest Commissie/België, reeds aangehaald, punt 43.

12 — Zie in die zin arresten Commissie/België, reeds aangehaald, punt 47, en Commissie/Spanje, reeds aangehaald, punt 82.

13 — Arrest Commissie/België, reeds aangehaald, punt 49.

14 — Arrest Commissie/België, reeds aangehaald, punten 51 en 52.

15 — Arresten Commissie/Verenigd Koninkrijk, reeds aangehaald, punt 47, en Commissie/Spanje, reeds aangehaald, punt 61.

16 — Arrest Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald, punt 41.

17 — Zie in die zin arrest Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald, punt 37, en, recentelijk, arrest van 2 juni 2005, Commissie/Italië (C-174/04, Jurispr. blz. I-4933, punt 28).

wordt door een legitiem doel, en zo ja, of het evenredigheidsbeginsel is geëerbiedigd. [18]

34. In het geval van KPN beroept de Nederlandse regering zich niet op een rechtvaardiging die op eventuele dwingende redenen van algemeen belang is gebaseerd. Wat het bijzonder aandeel in KPN betreft, is Nederland derhalve de krachtens artikel 56 EG op hem rustende verplichtingen niet nagekomen. [19]

35. In het geval van TPG echter beroept de Nederlandse regering zich op de noodzaak een goede universele postvoorziening te waarborgen. Nederland stelt dat zijn bijzonder aandeel in TPG het hem mogelijk maakt de solvabiliteit en de continuïteit van de onderneming te beschermen. Het betoogt dat TPG thans de enige onderneming is die in staat is een universele postdienst tegen de in de wet opgenomen omvang en kwaliteit uit te voeren, zodat het noodzakelijk is de solvabiliteit en de continuïteit van TPG te waarborgen ter bescherming van de aanbieding van die dienst.

36. Het staat buiten kijf dat het belang van de waarborging van een goede universele postvoorziening een dwingende reden van algemeen belang kan vormen. [20] Derhalve moet worden nagegaan of de bijzondere bevoegdheden van de Nederlandse Staat noodzakelijk zijn om een universele postvoorziening te verzekeren, en of dat doel zou kunnen worden bereikt met maatregelen die het vrije verkeer van kapitaal minder beperken. [21]

37. In dat opzicht ben ik het eens met de Commissie dat er geen reden is om aan te nemen dat zonder de betrokken bijzondere bevoegdheden de bevoegde organen van de vennootschap niet in staat zouden zijn de solvabiliteit en continuïteit van TPG op adequate wijze te bewaken. Er is niet aangetoond dat de kans dat TPG door onverantwoorde investeringen in financiële moeilijkheid zou kunnen geraken die het voortbestaan van een goede universele postdienst in gevaar zouden brengen, zo groot is dat deze het ruime en algemene systeem van voorafgaande goedkeuring, dat in de onderhavige procedure aan de orde is, zou rechtvaardigen.

38. In dit verband zij opgemerkt dat de bijzondere bevoegdheden van de Nederlandse Staat in TPG niet beperkt zijn tot de activiteiten van TPG als aanbieder van een universele postdienst. [22] Zoals de Commissie

18 — Zie in die zin arrest van 14 december 1995, Sanz de Lera e.a. (C-163/94, C-165/94 en C-250/94, Jurispr. blz. I-4821, punt 23); arresten Commissie/Portugal (reeds aangehaald, punt 50), en Commissie/Italië (reeds aangehaald, punt 35); en arrest van 1 december 2005, Burtscher (C-213/04, Jurispr. blz. I-10309, punt 44).

19 — Zie naar analogie arrest Commissie/Verenigd Koninkrijk (reeds aangehaald, punten 49 en 50).

20 — Zie naar analogie arrest van 20 juni 2002, Radiosistemi (C-388/00 en C-429/00, Jurispr. blz. I-1831, punt 43). Zie ook in die zin arrest van 19 mei 1993, Corbeau (C-320/91, Jurispr. blz. I-2533, punt 15), waarin het Hof heeft beslist dat universele postdiensten een dienst van algemeen economisch belang vormden.

21 — Zie bijvoorbeeld arresten Sanz de Lera e.a. (reeds aangehaald, punt 23), en Commissie/België (reeds aangehaald, punt 48).

22 — Zie in tegenstelling daarmee arrest Commissie/België (reeds aangehaald, punt 50).

terecht heeft opgemerkt, kan in elk geval een goed functionerende universele postdienst worden gewaarborgd met meer geschikte en minder restrictieve middelen in overeenstemming met de communautaire regelgeving in die sector. [23]

39. Voorts is de regeling van voorafgaande goedkeuring niet gebaseerd op duidelijke en objectieve criteria die door de rechter kunnen worden gecontroleerd. Zowel de algemene privaatrechtelijke regels als de Afspraak die tussen TPG en de staat geldt, verlangen van de staat enkel dat hij zijn bevoegdheden op redelijke wijze uitoefent. Bovendien verplichten de statuten van TPG de houder van het bijzonder aandeel niet de uitoefening van zijn rechten formeel te motiveren. In die zin verschilt het betrokken stelsel van bijzondere rechten van de regeling die het Hof in het arrest Commissie/België heeft bevestigd. [24]

40. Bijgevolg moet worden geconcludeerd dat het stelsel van de aan het bijzonder aandeel in TPG verbonden speciale bevoegdheden verder gaat dan voor de waarborging van een universele postdienst nodig is. Door zijn bijzonder aandeel in TPG te handhaven, is Nederland derhalve zijn verplichtingen krachtens artikel 56 EG niet nagekomen.

C — De grief van de Commissie in het licht van artikel 43 EG

41. De Commissie stelt dat de bijzondere rechten met betrekking tot KPN en TPG ook een inbreuk op artikel 43 EG vormen. Tussen partijen staat echter vast dat een onderzoek op grond van artikel 43 EG hetzelfde resultaat zou opleveren als een onderzoek in het licht van artikel 56 EG. In zijn eerdere rechtspraak over bijzondere aandelen heeft het Hof zich op het standpunt gesteld dat er geen noodzaak bestond voor een afzonderlijk onderzoek in het kader van artikel 43 EG. [25] Het Hof was van oordeel dat, voorzover de betrokken bijzondere bevoegdheden beperkingen van de vrijheid van vestiging omvatten, die beperkingen „het rechtstreekse gevolg [waren] van de [...] belemmeringen van het vrije verkeer van kapitaal, waarmee zij onlosmakelijk [waren] verbonden". [26] Ik stel het Hof voor in de onderhavige zaken dezelfde benadering te volgen.

23 — Richtlijn 97/67/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 1997 betreffende gemeenschappelijke regels voor de ontwikkeling van de interne markt voor postdiensten in de Gemeenschap en de verbetering van de kwaliteit van de dienst (PB 1998, L 15, blz. 14), zoals gewijzigd bij richtlijn 2002/39/EG van 10 juni 2002 (PB L 176, blz. 21).

24 — Reeds aangehaald. Zie met name punten 51 en 52.

25 — Zie bijvoorbeeld arrest Commissie/België (reeds aangehaald, punt 59), en arrest van 23 mei 2000, Commissie/Italië (C-58/99, Jurispr. blz. I-3811, punt 20).

26 — Arresten Commissie/Portugal (reeds aangehaald, punt 56); Commissie/Frankrijk (reeds aangehaald, punt 56); Commissie/Spanje (reeds aangehaald, punt 86), en Commissie/Verenigd Koninkrijk (reeds aangehaald, punt 52).

III — Conclusie

42. Gelet op een en ander, geef ik het Hof in overweging:

„In zaak C-282/04,

— vast te stellen dat het Koninkrijk der Nederlanden, door sommige bepalingen uit de statuten van de vennootschap Koninklijke KPN NV te handhaven, te weten het kapitaal van de vennootschap omvat een bijzonder aandeel op naam dat in het bezit is van de Nederlandse Staat en waaraan speciale rechten zijn gehecht wat betreft de goedkeuring van bepaalde besluiten die door de bevoegde organen van de onderneming zijn genomen, de krachtens artikel 56 EG op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen;

en in zaak C-283/04,

— vast te stellen dat het Koninkrijk der Nederlanden, door sommige bepalingen uit de statuten van de vennootschap TPG NV te handhaven, te weten het kapitaal van de vennootschap omvat een bijzonder aandeel op naam dat in het bezit is van de Nederlandse Staat en waaraan speciale rechten zijn gehecht wat betreft de goedkeuring van bepaalde besluiten die door de bevoegde organen van de onderneming zijn genomen, de krachtens artikel 56 EG op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen."