ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

8 november 2012 *

„Niet-nakoming — Artikelen 43 EG en 56 EG — Stelsel waarbij voorafgaande vergunning is vereist voor verkrijging van stemrechten die overeenkomen met meer dan 20 % van maatschappelijk kapitaal van bepaalde ‚strategische naamloze vennootschappen' — Stelsel van controle achteraf voor bepaalde beslissingen van deze vennootschappen"

In zaak C-244/11,

betreffende een beroep wegens niet-nakoming krachtens artikel 258 VWEU, ingesteld op 20 mei 2011,

Europese Commissie, vertegenwoordigd door E. Montaguti en G. Zavvos als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

Helleense Republiek, vertegenwoordigd door P. Mylonopoulos en K. Boskovits als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

wijst

HET HOF (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: L. Bay Larsen, waarnemend voor de president van de Vierde kamer, J.-C. Bonichot, C. Toader, A. Prechal (rapporteur) en E. Jarašiūnas, rechters,

advocaat-generaal: P. Cruz Villalón,

griffier: C. Strömholm, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 21 juni 2012,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,

het navolgende

* Procestaal: Grieks.

Arrest

1 De Europese Commissie verzoekt het Hof vast te stellen dat de Helleense Republiek, bij de vaststelling van de voorschriften van artikel 11, lid 1, juncto artikel 11, lid 2, en van artikel 11, lid 3, van wet 3631/2008 betreffende de oprichting van een nationaal fonds voor sociale samenhang (FEK A' 6/29.1.2008), de krachtens de artikelen 63 VWEU en 49 VWEU, betreffende het vrije kapitaalverkeer respectievelijk de vrijheid van vestiging, op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen.

Toepasselijke bepalingen

2 Artikel 11 van wet 3631/2008 bepaalt:

„1. Aangaande de strategische naamloze vennootschappen die een monopoliepositie hebben of hebben gehad, met name wanneer het gaat om vennootschappen die nationale infrastructuurnetwerken bezitten, exploiteren of beheren, is voor de verkrijging door een andere aandeelhouder dan de Griekse Staat of door hiermee verbonden vennootschappen [...], of door gezamenlijk en in onderling overleg handelende aandeelhouders, van stemrechten die meer dan 20 % van het totale maatschappelijk kapitaal vertegenwoordigen, een voorafgaande vergunning van het bij wet 3049/2002 ingestelde interministerieel privatiseringscomité vereist, volgens de in deze wet voorziene procedure.

2. De vergunning wordt verleend, mits is voldaan aan de criteria van algemeen belang waardoor de continuïteit van de dienstverlening en de werking van de netwerken kan worden verzekerd. Ter informatie, de evaluatiecriteria zijn: a) de ervaring van de derde aandeelhouders op het werkgebied van de bovengenoemde vennootschappen, b) hun solvabiliteit, c) informatie over hun investeringsstrategieën, d) de transparantie van hun transacties, e) hun gedetailleerde bedrijfsplannen, f) de omvang en de soort van hun investeringsprogramma, g) hun eigendomsstructuur, h) het behoud van banen, i) de structuur van hun maatschappelijk kapitaal, met name de deelneming van buiten de Europese Unie gevestigde fondsen, krachtens het transparantiebeginsel en het wederkerigheidsbeginsel, j) de besluitvormingsprocedure.

3. Om redenen van algemeen belang is de vergunning van de minister van Financiën vereist voor beslissingen van deze strategische ondernemingen inzake de hiernavolgende onderwerpen:

a) ontbinding van de onderneming, vereffening en benoeming van vereffenaars;

b) herstructurering van bovengenoemde ondernemingen: omzetting, fusie met een andere vennootschap, fusie met oprichting van een nieuwe naamloze vennootschap, splitsing in welke vorm ook of splitsing van een of meer takken van bedrijvigheid waardoor de dienstverrichting in strategisch belangrijke sectoren in gevaar kan komen;

c) overgang, omvorming of omzetting, overdracht, levering als zekerheid en verandering of wijziging van de bestemming van de strategische activa van de bovengenoemde ondernemingen en de basisnetwerken en -infrastructuur die noodzakelijk zijn voor het economische en sociale leven van het land en de veiligheid ervan.

4. De in het vorige lid bedoelde vergunning wordt verleend bij ministeriële beschikking die wordt bekendgemaakt binnen een termijn van dertig (30) dagen na de overhandiging van de beslissing aan de minister. Het uitblijven van een antwoord binnen deze termijn wordt gelijkgesteld met de verlening van de vereiste vergunning.

[...]"

Precontentieuze procedure

3 Op 8 mei 2008 heeft de Commissie de Helleense Republiek een aanmaningsbrief gezonden, waarin zij stelde dat artikel 11, leden 1 en 3, van wet 3631/2008 in strijd is met de artikelen 43 EG en 56 EG.

4 Van mening dat het antwoord van de Helleense Republiek ontoereikend was, heeft de Commissie deze lidstaat bij brief van 1 december 2008 een met redenen omkleed advies doen toekomen.

5 Bij brief van 28 januari 2009 heeft de Helleense Republiek op dit met redenen omkleed advies geantwoord en haar standpunt gehandhaafd dat de betrokken nationale bepalingen niet in strijd zijn met de Verdragsbepalingen inzake het vrije kapitaalverkeer en de vrijheid van vestiging.

6 Van mening dat de aangevoerde tekortkomingen niet waren verholpen binnen de gestelde termijn met betrekking tot het stelsel van voorafgaande vergunning en het stelsel van controle achteraf als bedoeld in de betrokken nationale bepalingen, heeft de Commissie het onderhavige beroep ingesteld.

Beroep

Bestaan van beperkingen van de fundamentele vrijheden

Argumenten van partijen

7 De Commissie betoogt dat het in artikel 11, lid 1, van wet 3631/2008 bedoelde stelsel van voorafgaande vergunning en het in lid 3 van hetzelfde artikel bedoelde stelsel van controle achteraf een beperking vormen van zowel het vrije verkeer van kapitaal als de vrijheid van vestiging.

8 Aangezien particuliere investeerders op de beurs verhandelde aandelen van de betrokken strategische vennootschappen kunnen kopen, is het stelsel van voorafgaande vergunning van toepassing op reeds gedeeltelijk geprivatiseerde vennootschappen. Dit stelsel valt dus krachtens artikel 295 EG niet buiten de werkingssfeer van de fundamentele regels van het EG-Verdrag.

9 Wat in de eerste plaats de Verdragsregels inzake het vrije kapitaalverkeer betreft, wordt niet betwist dat dit stelsel binnen de werkingssfeer van deze regels valt, aangezien het betrekking heeft op zogenoemde „directe” investeringen, in het bijzonder in de vorm van deelneming in een onderneming door aandeelhouderschap dat de mogelijkheid biedt om werkelijk deel te hebben in het bestuur ervan of de zeggenschap erover.

10 De Commissie is van mening dat het in artikel 11, lid 3, van wet 3631/2008 bedoelde stelsel van controle achteraf tot gevolg heeft dat de daadwerkelijke deelneming van de aandeelhouders in het bestuur van en de zeggenschap over de betrokken ondernemingen wordt belemmerd en in andere lidstaten gevestigde marktdeelnemers ervan kan weerhouden om in het kapitaal van de betrokken vennootschappen te investeren.

11 In de tweede plaats voert de Commissie aan dat het stelsel van voorafgaande vergunning en het stelsel van controle achteraf eveneens beperkingen van de vrijheid van vestiging in de zin van artikel 49 VWEU vormen.

12 De Helleense Republiek betoogt dat artikel 11 van wet 3631/2008 geen beperking vormt van het vrije verkeer van kapitaal noch van de vrijheid van vestiging.

13 Dit artikel is niet van toepassing in het kader van reeds geprivatiseerde ondernemingen waarin de staat bijzondere voorrechten behoudt, die gewoonlijk „golden shares" worden genoemd, maar wel in het kader van nog niet geprivatiseerde strategische ondernemingen, namelijk ondernemingen waarin de staat op het tijdstip van de inwerkingtreding van deze wet zijn strategische deelneming in het maatschappelijk kapitaal, waardoor hij de besluitvorming van de vennootschapsorganen op beslissende wijze kon beïnvloeden, niet had afgestoten.

14 Volgens de Helleense Republiek vallen de door een lidstaat genomen maatregelen tot privatisering van deze door de staat gecontroleerde strategische ondernemingen krachtens artikel 295 EG buiten de werkingssfeer van de fundamentele vrijheden van het Verdrag, mits de privatiseringsregeling is gebaseerd op objectieve criteria die niet-discriminerend en voor de betrokken ondernemingen vooraf bekend zijn, en in rechtsmiddelen voorziet.

Beoordeling door het Hof

15 Wat allereerst het argument van de Helleense Republiek betreft dat is ontleend aan artikel 295 EG, op grond waarvan het „Verdrag [...] de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet laat", zij eraan herinnerd dat het Hof reeds heeft geoordeeld dat dit artikel niet tot gevolg heeft dat de regelingen van het eigendomsrecht die in de lidstaten bestaan, buiten de werkingssfeer van de fundamentele Verdragsregels vallen (arrest van 18 juli 2007, Commissie/Duitsland, C-503/04, Jurispr. blz. I-6153, punt 37).

16 Het Hof heeft meer in het bijzonder geoordeeld dat op een regeling inzake grondeigendom, hoewel artikel 295 EG de lidstaten niet de mogelijkheid ontneemt om een dergelijke regeling in te voeren, de fundamentele regels van het Unierecht van toepassing zijn, in het bijzonder het non-discriminatiebeginsel, de vrijheid van vestiging en het vrije kapitaalverkeer (arrest van 23 september 2003, Ospelt en Schlössle Weissenberg, C-452/01, Jurispr. blz. I-9743, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

17 Aangaande artikel 11 van wet 3631/2008, dat – zoals de Helleense Republiek heeft uiteengezet – deel uitmaakt van de nationale regeling inzake de privatisering van bepaalde door deze lidstaat gecontroleerde strategische naamloze vennootschappen, ontneemt artikel 295 EG een lidstaat bijgevolg weliswaar niet de mogelijkheid om een dergelijke privatiseringsregeling in te voeren, maar deze regeling moet de fundamentele Verdragsregels eerbiedigen, waartoe met name de in geding zijnde fundamentele vrijheden behoren.

18 Voorts kan, indien een staat beslist om overheidsbedrijven om te vormen in naamloze vennootschappen met beursgenoteerde aandelen die in beginsel vrij op de markt kunnen worden gekocht, zodat in deze vennootschappen een niet-onbelangrijk niet-overheidsaandeelhouderschap kan ontstaan, zoals het geval is met de betrokken strategische naamloze vennootschappen, niet worden toegestaan dat een lidstaat zich op artikel 295 EG beroept om deze verkrijgingen buiten de werkingssfeer van de door het Verdrag gegarandeerde fundamentele vrijheden te doen vallen door ze te onderwerpen aan een vergunningstelsel, op gevaar af een ongerechtvaardigde lacune te scheppen in het stelsel ter bescherming van deze fundamentele vrijheden.

19 De Commissie is voorts van mening dat het stelsel van voorafgaande vergunning en het stelsel van controle achteraf als bedoeld in artikel 11 van wet 3631/2008 zowel onder artikel 43 EG, betreffende de vrijheid van vestiging, als onder artikel 56 EG, betreffende het vrije verkeer van kapitaal, vallen.

20 Zoals de Helleense Republiek terecht heeft betoogd, kan dit standpunt niet worden aanvaard.

21 Wat in de eerste plaats het betrokken stelsel van voorafgaande vergunning betreft, zij er immers aan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak, wanneer een staatsburger van een lidstaat die een deelneming in het kapitaal van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap heeft die hem een zodanige invloed op de beslissingen van de vennootschap verleent dat hij de activiteiten ervan kan bepalen, er sprake is van de uitoefening van het recht van vestiging (zie met name arrest van 10 november 2011, Commissie/Portugal, C-212/09, Jurispr. blz. I-10889, punt 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

22 Het Hof heeft eveneens geoordeeld dat een nationale wettelijke regeling die niet alleen van toepassing is op deelnemingen waarmee een zodanige invloed op de beslissingen van een vennootschap kan worden uitgeoefend dat de activiteiten ervan kunnen worden bepaald, maar die van toepassing is ongeacht de grootte van de deelneming van de aandeelhouder in een vennootschap, zowel onder artikel 43 EG als onder artikel 56 EG kan vallen (zie met name reeds aangehaald arrest Commissie/Portugal, punt 44).

23 In casu zij vastgesteld dat het betrokken stelsel van voorafgaande vergunning alleen betrekking heeft op de verwerving van deelnemingen in een strategische naamloze vennootschap waaraan stemrechten zijn verbonden die meer dan 20 % van het totale maatschappelijk kapitaal vertegenwoordigen, zodat het uitsluitend gevolgen heeft voor aandeelhouders die een zekere invloed op het bestuur van en de zeggenschap over deze vennootschap kunnen uitoefenen.

24 Dienaangaande zij opgemerkt dat de Commissie, die op dit punt niet is weersproken door de Helleense Republiek, heeft betoogd dat het stelsel van voorafgaande vergunning, doordat de drempel van de aan dit stelsel onderworpen verwervingen op 20 % van het maatschappelijk kapitaal is vastgesteld, investeerders verhindert om het niveau te behalen dat is vereist om een strategische vennootschap te controleren en te beheren en de beslissingen ervan te beïnvloeden.

25 Bijgevolg is alleen artikel 43 EG van toepassing op het betrokken stelsel van voorafgaande vergunning.

26 De Helleense Republiek betwist echter de toepasselijkheid van deze fundamentele vrijheid op grond dat het in artikel 11, lid 1, van wet 3631/2008 bedoelde stelsel van voorafgaande vergunning er hoofdzakelijk toe strekt vijandige overnames van speculatieve aard door in derde landen gevestigde staatsfondsen te controleren.

27 In dit verband kan worden volstaan met vast te stellen – zoals ook de Commissie, onweersproken door de Helleense Republiek, heeft vastgesteld – dat artikel 11, lid 1, van wet 3631/2008 betrekking heeft op alle mogelijke investeerders, met inbegrip van die welke zijn gevestigd in de lidstaten van de Unie, en niet alleen op investeerders die in derde staten zijn gevestigd. Voorts heeft de Helleense Republiek geen andere wetsbepaling geïdentificeerd waaruit blijkt dat binnen de werkingssfeer van dit stelsel slechts in derde staten gevestigde investeerders vallen.

28 Ten slotte moet het argument van de Helleense Republiek worden afgewezen dat het in artikel 11, lid 1, van wet 3631/2008 bedoelde stelsel van voorafgaande vergunning de verwerving van deelnemingen als zodanig niet beperkt en derhalve nog geen beperking van de vrijheid van vestiging vormt aangezien het alleen betrekking heeft op de aan deze deelnemingen verbonden stemrechten.

29 Het Hof heeft immers reeds geoordeeld dat van een dergelijke beperking sprake is wanneer een stelsel van voorafgaande vergunning tot gevolg heeft dat de uitoefening van de aan aandelen verbonden stemrechten wordt belet of belemmerd, aangezien deze stemrechten voor de aandeelhouder een van de belangrijkste middelen zijn om actief deel te nemen aan het bestuur van een onderneming of aan de zeggenschap erover (zie in die zin, met betrekking tot de bepalingen betreffende het vrije kapitaalverkeer, arrest van 14 februari 2008, Commissie/Spanje, C-274/06, punten 21-24).

30 Wat in de tweede plaats het betrokken stelsel van controle achteraf betreft, heeft het Hof reeds geoordeeld dat dit stelsel alleen aan artikel 43 EG moet worden getoetst aangezien het betrekking heeft op beslissingen die deel uitmaken van het bestuur van de vennootschap en derhalve enkel aandeelhouders betreft die een zekere invloed kunnen uitoefenen op deze vennootschap. Gesteld dat dit stelsel het vrije verkeer van kapitaal beperkt, is dit voorts het onvermijdelijke gevolg van een eventuele belemmering van de vrijheid van vestiging en rechtvaardigt dit geen afzonderlijke toetsing aan artikel 56 EG (arrest van 26 maart 2009, Commissie/Italië, C-326/07, Jurispr. blz. I-2291, punt 39).

31 Derhalve is alleen artikel 43 EG van toepassing op dit controlestelsel.

Rechtvaardiging van de beperkingen

Argumenten van partijen

32 In de eerste plaats is de Commissie met betrekking tot de doelstellingen van artikel 11 van wet 3631/2008 van mening dat deze bepaling niet alleen ertoe strekt de continuïteit van de dienstverlening en de werking van de netwerken te verzekeren, zoals blijkt uit lid 2 van dit artikel, maar eveneens twee andere doelstellingen nastreeft, te weten de doelstelling in het kader van transparantie de privatisering te verzekeren van de ondernemingen die van strategisch belang zijn voor de nationale economie en de doelstelling de staat de mogelijkheid te bieden om een strategische investeerder te kiezen voor deze ondernemingen en het concurrentievermogen ervan te verbeteren.

33 Volgens de Commissie kan de eerste doelstelling weliswaar worden aangevoerd ter rechtvaardiging van een beperking van de vrijheid van vestiging, maar uit de rechtspraak volgt dat eisen van openbare orde en openbare veiligheid strikt moeten worden opgevat en slechts kunnen worden aangevoerd in geval van een werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging, die een fundamenteel belang van de samenleving aantast (zie met name arrest van 14 maart 2000, Église de scientologie, C-54/99, Jurispr. blz. I-1335, punt 17). De Helleense Republiek legt niet uit waarom een deelneming van 20 % in het kapitaal van deze ondernemingen een fundamenteel belang van de samenleving kan aantasten.

34 Voorts is de werkingssfeer van artikel 11 van wet 3631/2008 niet duidelijk omschreven. Het is immers niet zeker of deze werkingssfeer slechts de overheidssectoren en -diensten omvat waarnaar de rechtspraak verwijst, dan wel ook andere sectoren.

35 Wat de tweede doelstelling betreft, herinnert de Commissie eraan dat een stelsel van voorafgaande vergunning als in casu aan de orde, dat aan een fundamentele vrijheid derogeert, slechts gerechtvaardigd is indien het is gebaseerd op objectieve criteria, die niet-discriminerend en voor de betrokken ondernemingen vooraf bekend zijn, zodat een grens wordt gesteld aan de uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid van de nationale autoriteiten, opdat deze niet op willekeurige wijze zou worden gebruikt. Bovendien moet elke persoon die wordt geraakt door een restrictieve maatregel die op een dergelijke derogatie is gebaseerd, een rechtsmiddel kunnen instellen (zie met name arresten van 20 februari 2001, Analir e.a., C-205/99, Jurispr. blz. I-1271, punt 38, en 13 mei 2003, Commissie/Spanje, C-463/00, Jurispr. blz. I-4581, punt 69).

36 De in artikel 11 van wet 3631/2008 vastgestelde criteria zijn niet vooraf gedetailleerd en nauwkeurig omschreven. Derhalve laten de vastgestelde criteria de autoriteiten een ruime beoordelingsmarge die neerkomt op een discretionaire bevoegdheid. Een dergelijk wetgevingskader ontneemt mogelijke investeerders de vereiste rechtszekerheid en schrikt hen af, aangezien zij de criteria voor de afwijzing van of de verlening van een vergunning voor hun investering niet op voorhand kennen.

37 Ten slotte is de derde door de betrokken nationale maatregel nagestreefde doelstelling van economische aard en kan zij volgens vaste rechtspraak geen belemmeringen van de fundamentele vrijheden rechtvaardigen (zie met name arrest van 4 juni 2002, Commissie/Portugal, C-367/98, Jurispr. blz. I-4731, punt 52).

38 De Helleense Republiek antwoordt dat met de betrokken nationale bepalingen slechts één doelstelling wordt nagestreefd, die overigens uitdrukkelijk blijkt uit artikel 11, lid 2, van wet 3631/2008, namelijk het verzekeren van de continuïteit van basisdiensten en de werking van de netwerken die als noodzakelijk worden beschouwd voor het economische en sociale leven van een land, in het bijzonder de noodzakelijke energie- en watervoorziening van het land en de verstrekking van telecommunicatiediensten.

39 Derhalve strekken de betrokken maatregelen tot bescherming van het algemeen belang, in het bijzonder de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid, wat redenen zijn die, zoals het Hof met name heeft geoordeeld met betrekking tot de continuïteit van de voorziening in de aardolie-, de telecommunicatie- en de energiesector, overeenkomstig het Verdrag en volgens vaste rechtspraak beperkingen van de fundamentele vrijheden kunnen rechtvaardigen (zie met name reeds aangehaald arrest Commissie/Italië, punt 69 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

40 De Helleense Republiek betoogt dat de werkingssfeer van het stelsel van voorafgaande vergunning duidelijk is omschreven op basis van algemene criteria en doelstellingen die blijken uit de nationale wettelijke regeling, in het bijzonder artikel 11, lid 1, van wet 3631/2008, dat verwijst naar naamloze vennootschappen „die een monopoliepositie hebben of hebben gehad, met name wanneer het gaat om vennootschappen die nationale infrastructuurnetwerken bezitten, exploiteren of beheren", juncto lid 2 van dit artikel, dat bepaalt dat de vergunning wordt verleend in het algemeen belang en met het uitsluitende doel „de continuïteit van de dienstverlening en de werking van de netwerken te verzekeren".

41 Uit de bewoordingen van wet 3631/2008 en de motivering ervan volgt dat dit ex-antestelsel van toepassing is op een gesloten kring van ondernemingen, te weten door de staat gecontroleerde vennootschappen die basisnetwerken en -infrastructuur bezitten, exploiteren of beheren. Zij hoeven dus niet te worden opgesomd in deze wet.

42 In feite ging het bij de vaststelling van deze wet om slechts zes ondernemingen. In antwoord op een vraag hierover heeft de Helleense Republiek ter terechtzitting uiteengezet dat het meer bepaald ging om de onderneming die een monopolie op het gebied van telecommunicatie had, die intussen is geprivatiseerd en waarop wet 3631/2008 niet meer van toepassing is, de voormalige monopolist voor de levering van elektriciteit, de drinkwaterbedrijven van Athene (Griekenland) en Thessaloniki (Griekenland) en de overheidsinstanties voor het beheer van de havens van Piraeus (Griekenland) en Thessaloniki.

43 Voorts kan uit wet 3631/2008 worden afgeleid dat de ex-postmaatregel slechts van toepassing is op strategische vennootschappen die basisnetwerken en -infrastructuur bezitten, exploiteren of beheren, aangezien zij er slechts toe strekt controle uit oefenen op de veranderingen of de wijzigingen van de bestemming van de activa van deze ondernemingen en in het bijzonder, zoals blijkt uit artikel 11, lid 3, sub c, van deze wet, op de bestuursbeslissingen van deze vennootschappen inzake de „basisnetwerken en -infrastructuur die noodzakelijk zijn voor het economische en sociale leven van het land en de veiligheid ervan".

44 In de tweede plaats betoogt de Commissie dat het doel van de betrokken nationale maatregel om de verstrekking van basisdiensten en de ononderbroken werking van de netwerken te verzekeren, kan worden bereikt met minder beperkende regelgevingsmaatregelen dan een stelsel van voorafgaande vergunning voor bepaalde deelnemingen in strategische vennootschappen of een stelsel van controle achteraf voor bepaalde bestuursbeslissingen van deze vennootschappen.

45 Wat allereerst het betrokken stelsel van voorafgaande vergunning betreft, herinnert de Commissie eraan dat het Hof, met betrekking tot een stelsel van voorafgaande vergunning voor de verwerving van deelnemingen of activa, heeft geoordeeld dat het betrokken stelsel het niet mogelijk maakte om in alle gevallen te verzekeren dat de continuïteit van de energievoorziening was gewaarborgd indien zich een werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging voor deze voorziening zou voordoen na het verlenen van de vergunning voor de betrokken handeling (arrest van 17 juli 2008, Commissie/Spanje, C-207/07, punt 52), en dat met het enkele toezicht van de overheidsinstantie wanneer zij de zeggenschap over een onderneming verkrijgt, niet kan worden verzekerd dat deze instantie de stemrechten die verbonden zijn aan de aandelen die zij in handen heeft, na de erkenning ervan, op passende wijze zal gebruiken zodat de continuïteit van de energievoorziening is gewaarborgd (reeds aangehaald arrest van 14 februari 2008, Commissie/Spanje, punt 45).

46 Voorts voert de Commissie aan dat de onevenredigheid van het stelsel van voorafgaande vergunning erin bestaat dat de criteria aan de hand waarvan over deze vergunning moet worden beslist, zoals vastgesteld in artikel 11, lid 2, van wet 3631/2008, niet geschikt zijn ter verwezenlijking van het beschreven doel van de wet om de continuïteit van de dienstverlening en de werking van de netwerken te verzekeren.

47 Uit deze bepaling volgt dat weliswaar moet zijn voldaan aan alle genoemde criteria en hiermee rekening moet worden gehouden bij de beslissing over de verlening van de vergunning, maar deze criteria zijn niet limitatief, maar uitsluitend ter informatie opgesomd. De criteria op basis waarvan een vergunning wordt verleend of geweigerd, zijn dus noch gedetailleerd noch noodzakelijkerwijs voor de betrokken marktdeelnemers vooraf bekend.

48 Voorts laat het regelgevingskader dat op het niveau van de Unie is vastgesteld in bepaalde sectoren zoals de energie- en de telecommunicatiesector, de lidstaten een ruime manoeuvreerruimte om met inachtneming van het Verdrag, in het bijzonder het evenredigheidsbeginsel, beslissingen te nemen inzake de aan de ondernemingen opgelegde openbaredienstverplichtingen die de fundamentele vrijheden minder beperken (zie in die zin reeds aangehaald arrest van 17 juli 2008, Commissie/Spanje, punten 43-45).

49 De Helleense Republiek antwoordt dat het stelsel van voorafgaande vergunning volstrekt geschikt is om het nagestreefde doel te bereiken, de redelijkheid niet overschrijdt en eveneens een noodzakelijk instrument is, in die zin dat horizontale regelgevende maatregelen niet volstaan ter verwezenlijking van dit doel.

50 Het argument dat dit ex-antestelsel niet geschikt is doordat het slechts betrekking heeft op het tijdstip waarop een strategische deelneming wordt verworven, gaat voorbij aan het feit dat dit stelsel wordt aangevuld met een ex-postcontrolemaatregel.

51 De in artikel 11, lid 2, van wet 3631/2008 bedoelde evaluatiecriteria betreffen bepaalde factoren die in aanmerking worden genomen bij de beoordeling van het bedrijfsplan van de derde investeerder. Deze factoren zijn volkomen objectief en convergeren naar een essentieel criterium, namelijk het indienen door de derde investeerder van een ernstig bedrijfsplan en het bieden van de hierbij horende waarborgen om te voorkomen dat de betrokken onderneming in waarde daalt en de continuïteit van de dienstverlening en de werking van de basisnetwerken in gevaar komt.

52 Voorts betwist de Helleense Republiek de bewering dat de in artikel 11, lid 2, van wet 3631/2008 bedoelde criteria in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel niet duidelijk zijn en de overheidsinstanties een ruime discretionaire bevoegdheid laten die niet aan rechterlijk toezicht kan worden onderworpen.

53 In de door de Commissie aangevoerde zaken werd aan de betrokken investeerders niet duidelijk gemaakt in welke specifieke en objectieve omstandigheden de voorafgaande vergunning zou worden verleend dan wel geweigerd (reeds aangehaald arrest van 13 mei 2003, Commissie/Spanje, punt 74), of waren er geen criteria die even specifiek waren als die bedoeld in wet 3631/2008 (reeds aangehaald arrest van 14 februari 2008, Commissie/Spanje, punt 52).

54 De Helleense Republiek voert voorts aan dat niet kan worden gesteld dat de controlemaatregel niet noodzakelijk is op grond dat het beoogde doel van continuïteit van de diensten en de werking van de netwerken kan worden bereikt met horizontale regelgevende maatregelen als bedoeld in de richtlijnen die relevant zijn in de telecommunicatie- en de energiesector.

55 De betrokken richtlijnen scheppen een kader waarbinnen de lidstaten het algemene beleid inzake continuïteit van de voorziening formuleren en vormen slechts een minimale gemeenschappelijke aanpak. Het staat nog steeds aan de bevoegde nationale autoriteiten om mits eerbiediging van het evenredigheidsbeginsel de fundamentele keuzen te maken inzake het niveau van en de maatregelen ter bescherming van de openbare veiligheid.

56 Wat voorts de geschiktheid van het stelsel van controle achteraf als bedoeld in artikel 11, lid 3, van wet 3631/2008 betreft, erkent de Commissie dat het Hof in het arrest van 4 juni 2002, Commissie/België (C-503/99, Jurispr. blz. I-4809) heeft geoordeeld dat het in die zaak aan de orde zijnde stelsel van controle achteraf een gerechtvaardigde beperking van het vrije kapitaalverkeer was.

57 Volgens de Commissie is dit arrest in casu echter niet van toepassing, aangezien het in die zaak aan de orde zijnde nationale stelsel andere kenmerken heeft dan het in de onderhavige zaak aan de orde zijnde nationale stelsel.

58 De Commissie betoogt dat in casu de betrokken nationale wettelijke regeling evenmin voorziet in criteria die door de autoriteiten in aanmerking moeten worden genomen bij hun beslissing of zij zich zullen verzetten tegen de betrokken beslissing noch in de objectieve omstandigheden waarin zij dit verzet kunnen plegen ter waarborging van de nagestreefde doelstellingen van algemeen belang.

59 Bijgevolg beschikken de autoriteiten in dit kader over een bijzonder ruime discretionaire bevoegdheid inzake inmenging in het leven van de betrokken ondernemingen, zodat de in de uitoefening van deze bevoegdheid genomen beslissingen niet aan doeltreffend rechterlijk toezicht kunnen worden onderworpen.

60 Met betrekking tot de geschiktheid van de regeling van verzet van artikel 11, lid 3, van wet 3631/2008, betoogt de Helleense Republiek dat deze regeling, net als de regeling die het voorwerp van het reeds aangehaalde arrest Commissie/België vormde, een limitatieve opsomming geeft van de betrokken beslissingen, te weten hetzij beslissingen die rechtstreeks verband houden met het bestaan van de onderneming, bedoeld sub a en b van lid 3, hetzij beslissingen die betrekking hebben op de verandering of de wijziging van de bestemming „van de strategische activa van de bovengenoemde ondernemingen en de basisnetwerken en -infrastructuur die noodzakelijk zijn voor het economische en sociale leven van het land en de veiligheid ervan", bedoeld sub c van lid 3.

61 Ook al zijn de strategische activa van de betrokken ondernemingen niet opgesomd, duidelijk is dat de betrokken wettelijke regeling, net als de in het reeds aangehaalde arrest Commissie/België aan de orde zijnde regeling, op limitatieve wijze de strategische activa vaststelt die binnen haar werkingssfeer vallen, te weten de basisnetwerken en -infrastructuur.

62 Aangaande de criteria voor de uitoefening van het recht van verzet en het rechterlijke toezicht op een beslissing om verzet te plegen benadrukt de Helleense Republiek dat de clausule inzake de openbare veiligheid en de verschillende onderdelen ervan, ondanks het rekbare karakter ervan, als bepalingen die een afwijking inhouden van de in de Verdragen neergelegde fundamentele verkeersvrijheden

kunnen worden gecontroleerd en daadwerkelijk worden gecontroleerd door de rechterlijke instanties zowel op nationaal niveau als op het niveau van de Unie (zie in die zin met name arresten van 27 oktober 1977, Bouchereau, 30/77, Jurispr. blz. 1999, punten 33-35, en 10 juli 1984, Campus Oil e.a., 72/83, Jurispr. blz. 2727, punt 34).

63 In casu zijn de criteria voor het rechterlijke toezicht nog specifieker, aangezien zij betrekking hebben op een situatie waarin de basisdiensten en de werking van de netwerken van de betrokken ondernemingen door beslissingen van vennootschappen inzake de verandering of de wijziging van de bestemming van hun strategische activa in gevaar komen.

Beoordeling door het Hof

64 Uit het dossier blijkt en ter terechtzitting is bevestigd dat de rechtvaardiging van de beperkingen van de vrijheid van vestiging door het stelsel van voorafgaande vergunning en het stelsel van controle achteraf als bedoeld in artikel 11 van wet 3631/2008 uitsluitend moet worden onderzocht in het licht van de doelstelling de continuïteit te verzekeren van bepaalde basisdiensten en de werking van de netwerken die als noodzakelijk worden beschouwd voor het economische en sociale leven van een land, in het bijzonder de noodzakelijke energie- en watervoorziening van het land, de verstrekking van telecommunicatiediensten en het beheer van de twee grootste havens van het land.

65 In deze context zij eraan herinnerd dat het Hof, in het geval van ondernemingen die in de aardolie-, de telecommunicatie- of de energiesector actief zijn en publieke diensten verrichten, heeft geoordeeld dat het doel de continuïteit van de voorziening met deze producten of de verstrekking van deze diensten in geval van crisis te verzekeren op het grondgebied van de betrokken lidstaat, een reden van openbare veiligheid kan vormen en derhalve eventueel een belemmering van het vrije kapitaalverkeer kan rechtvaardigen (reeds aangehaald arrest van 13 mei 2003, Commissie/Spanje, punt 71).

66 Voorts heeft het Hof reeds geoordeeld dat het nastreven van algemene belangen die betrekking hebben op de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid, eventueel bepaalde beperkingen op de uitoefening van fundamentele vrijheden kan rechtvaardigen (reeds aangehaald arrest Commissie/Italië, punt 45 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

67 Niettemin heeft het Hof eraan herinnerd dat een doelstelling betreffende de continuïteit van de energievoorziening slechts kan worden aangevoerd in geval van een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging die een fundamenteel belang van de samenleving aantast (reeds aangehaald arrest van 17 juli 2008, Commissie/Spanje, punt 47).

68 Wat in de eerste plaats meer bepaald het stelsel van voorafgaande vergunning betreft, is een dergelijke maatregel niet geschikt ter verwezenlijking van de aangevoerde doelstelling noch daaraan evenredig.

69 Het Hof heeft immers geoordeeld dat de enkele verwerving van een deelneming van meer dan 10 % in het maatschappelijk kapitaal van een vennootschap die actief is in de energiesector, of elke andere verwerving die een aanzienlijke invloed op deze vennootschap verleent, op zich in beginsel niet kan worden beschouwd als een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging van de continuïteit van de voorziening (reeds aangehaald arrest Commissie/Italië, punt 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

70 Het betrokken stelsel sorteert effect nog voordat de vennootschap een beslissing heeft genomen, dat wil zeggen zonder dat een, zelfs potentieel, risico van aantasting van de continuïteit van de voorziening is vastgesteld (reeds aangehaald arrest van 14 februari 2008, Commissie/Spanje, punt 50).

71 Bovendien is het op het tijdstip van het verlenen van de vergunning niet zeker dat alle gevallen van werkelijke en voldoende ernstige bedreigingen van de continuïteit van de energievoorziening kunnen worden geïdentificeerd en in aanmerking worden genomen (reeds aangehaald arrest van 17 juli 2008, Commissie/Spanje, punt 53).

72 Voorts geldt de beperking van de uitoefening van de stemrechten of, in voorkomend geval, de weigering om deze rechten te erkennen waartoe het mechanisme van artikel 11, lid 1, van wet 3631/2008 aanleiding geeft, voor alle beslissingen die aanleiding geven tot een aandeelhoudersstemming, en niet alleen voor beslissingen waardoor het beschreven doel van de wet in precieze gevallen in gevaar kan komen (zie in die zin reeds aangehaald arrest van 14 februari 2008, Commissie/Spanje, punt 47).

73 Wat de beoordeling van de evenredigheid van het stelsel van voorafgaande vergunning betreft, heeft het Hof reeds geoordeeld dat een dergelijk stelsel onevenredig is op grond dat het nagestreefde doel, namelijk de continuïteit van de energievoorziening, kan worden bereikt door het opleggen van positieve verplichtingen aan ondernemingen uit de betrokken sector waardoor het vrije kapitaalverkeer minder wordt aangetast (reeds aangehaald arrest van 14 februari 2008, Commissie/Spanje, punt 47).

74 In een vergelijkbare context als die van de onderhavige zaak heeft het Hof geoordeeld dat dergelijke criteria, indien de betrokken nationale regeling ze op niet-limitatieve wijze omschrijft, de autoriteiten een ruime beoordelingsmarge laten die door de rechterlijke instanties moeilijk kan worden gecontroleerd (reeds aangehaald arrest van 14 februari 2008, Commissie/Spanje, punt 52).

75 De onzekerheid over de omstandigheden waarin deze rechten kunnen worden uitgeoefend, verleent deze bevoegdheden een discretionair karakter, gelet op de beoordelingsmarge waarover de nationale autoriteiten beschikken bij de uitoefening ervan. Een dergelijke beoordelingsmarge is onevenredig aan de nagestreefde doelstellingen (reeds aangehaald arrest Commissie/Italië, punt 52).

76 In casu zijn de criteria voor de uitoefening van de bevoegdheid van de autoriteiten om al dan niet hun goedkeuring te hechten aan een verzoek tot verkrijging van aandelen in de betrokken naamloze vennootschappen in artikel 11, lid 2, van wet 3631/2008 uitdrukkelijk „ter informatie" opgesomd.

77 Noch aan de hand van de algemene verwijzing in artikel 11, lid 2, van wet 3631/2008 naar de „criteria van algemeen belang waardoor de continuïteit van de dienstverlening en de werking van de netwerken kan worden verzekerd", noch aan de hand van de negen evaluatiecriteria die daarin uitsluitend ter informatie zijn opgesomd, die voornamelijk betrekking hebben op de keuze van een strategische partner die de beste waarborgen biedt om de continuïteit van de diensten en de netwerken duurzaam te verzekeren, kan worden vastgesteld in welke specifieke en objectieve omstandigheden het recht van verzet tegen de verwerving van deelnemingen kan worden uitgeoefend.

78 Bovendien zijn de bepalingen waarin is vastgesteld om welke redenen de autoriteiten een vergunning voor de verwerving van een deelneming in strategische naamloze vennootschappen kunnen weigeren, in algemene en onnauwkeurige bewoordingen gesteld die de belanghebbende niet in staat stellen de verschillende gevallen waarin deze vergunning kan worden geweigerd met zekerheid te herkennen. Dat geldt in het bijzonder voor de uitdrukking „criteria van algemeen belang waardoor de continuïteit van de dienstverlening en de werking van de netwerken kan worden verzekerd". Voorts hebben de in wet 3631/2008 opgesomde negen evaluatiecriteria geen betrekking op gevallen van werkelijke en voldoende ernstige bedreigingen van de continuïteit van de voorziening en kunnen zij derhalve niet worden geacht rechtstreeks verband te houden met het nagestreefde doel.

79 Bijgevolg kent dit stelsel van voorafgaande vergunning de overheid een discretionaire bevoegdheid toe die door de rechterlijke instanties moeilijk kan worden gecontroleerd en een gevaar voor discriminatie inhoudt.

80 Wat in de tweede plaats het stelsel van controle achteraf voor bepaalde beslissingen van de betrokken strategische naamloze vennootschappen als bedoeld in artikel 11, lid 3, van wet 3631/2008 betreft, betoogt de Helleense Republiek dat het moet worden aanvaard, omdat het gelijkenissen vertoont met het in het reeds aangehaalde arrest Commissie/België aan de orde zijnde stelsel, dat het Hof gerechtvaardigd achtte door het doel om de continuïteit van de energievoorziening in geval van crisis te verzekeren.

81 Het Hof heeft opgemerkt dat blijkens de punten 49 tot en met 52 van het reeds aangehaalde arrest Commissie/België het betrokken nationale stelsel werd gekenmerkt door het feit dat het een specifieke opsomming bevatte van de betrokken strategische activa en van de beheersbeslissingen waartegen van geval tot geval kon worden opgekomen. Ten slotte was de interventie van de administratieve autoriteit strikt beperkt tot de gevallen waarin de doelstellingen van het energiebeleid gevaar liepen. Elk besluit dat in dit kader werd genomen, moest formeel worden gemotiveerd en was onderworpen aan een doeltreffende rechterlijke controle (reeds aangehaald arrest van 13 mei 2003, Commissie/Spanje, punt 78).

82 Evenmin als de stelsels die door het Hof zijn onderzocht in de reeds aangehaalde arresten Commissie/Spanje van 13 mei 2003 en Commissie/Italië, kan het in de onderhavige zaak aan de orde zijnde stelsel, ook al is het een ex-poststelsel en is het dus minder beperkend dan een ex-antestelsel, voldoen aan de criteria die voortvloeien uit het reeds aangehaalde arrest Commissie/België.

83 Allereerst heeft het Hof immers reeds geoordeeld dat de in artikel 11, lid 3, sub a en b, van wet 3631/2008 opgesomde beslissingen, anders dan de beslissingen die aan de orde waren in de zaak waarin het reeds aangehaalde arrest Commissie/België (punt 50) is gewezen, geen specifieke beheersbeslissingen, maar fundamentele beslissingen in het leven van een onderneming vormen (reeds aangehaald arrest van 13 mei 2003, Commissie/Spanje, punt 79).

84 Voorts kan de precisering in artikel 11, lid 3, sub b en c, van wet 3631/2008 dat de vergunning is vereist voor beslissingen „waardoor de dienstverrichting in strategisch belangrijke sectoren in gevaar kan komen" of beslissingen inzake „de bestemming van de strategische activa van de bovengenoemde ondernemingen en de basisnetwerken en -infrastructuur die noodzakelijk zijn voor het economische en sociale leven van het land en de veiligheid ervan", moeilijk worden aangemerkt als een specifieke opsomming van de betrokken strategische activa.

85 Ten slotte kunnen investeerders, ook al moet – aldus de Helleense Republiek – artikel 11, lid 3, van wet 3631/2008 aldus worden verstaan dat het daarin bedoelde recht van verzet slechts kan worden uitgeoefend om de continuïteit van de dienstverlening en de werking van de netwerken te verzekeren, doordat niet is gepreciseerd in welke concrete omstandigheden het recht van verzet kan worden uitgeoefend, niet weten wanneer dit recht kan worden toegepast.

86 Derhalve zijn, zoals de Commissie betoogt, de omstandigheden waarin het recht van verzet kan worden uitgeoefend, potentieel talrijk, onbepaald en onbepaalbaar en zij laten de nationale autoriteiten een te ruime beoordelingsbevoegdheid.

87 Bijgevolg zij vastgesteld dat de Helleense Republiek, bij de vaststelling van de voorschriften van artikel 11, lid 1, juncto artikel 11, lid 2, en van artikel 11, lid 3, van wet 3631/2008, de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens artikel 43 EG betreffende de vrijheid van vestiging.

Kosten

88 Volgens artikel 138, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dit is gevorderd. Aangezien de Helleense Republiek in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie te worden verwezen in de kosten.

Het Hof (Vierde kamer) verklaart:

1) Bij de vaststelling van de voorschriften van artikel 11, lid 1, juncto artikel 11, lid 2, en van artikel 11, lid 3, van wet 3631/2008 betreffende de oprichting van een nationaal fonds voor sociale samenhang is de Helleense Republiek de verplichtingen niet nagekomen die op haar rusten krachtens artikel 43 EG betreffende de vrijheid van vestiging.

2) De Helleense Republiek wordt verwezen in de kosten.

ondertekeningen