



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
N. WAHL
van 29 mei 2013¹

Zaak C-95/12

**Europese Commissie
tegen**

Bondsrepubliek Duitsland

„Beroep krachtens artikel 260, lid 2, VWEU — Arrest van het Hof waarin niet-nakoming is vastgesteld — Betekenis en draagwijdte van arrest — Financiële sancties — Dwangsom — Forfaitaire som — Gestelde dubbelzinnigheid van arrest — Tijdsspanne tussen einde van precontentieuze procedure en instelling van beroep bij het Hof — Verzoek tot uitlegging”

1. De Europese Commissie heeft dit beroep krachtens artikel 260, lid 2, VWEU tegen de Bondsrepubliek Duitsland ingesteld omdat zij van mening is dat het arrest van het Hof van 23 oktober 2007 in de zaak Commissie/Duitsland, C-112/05² (hierna: „arrest van 2007”), niet is nagekomen.
2. In dat arrest heeft het Hof geoordeeld dat de Bondsrepubliek Duitsland, door § 4, lid 1, en § 2, lid 1, juncto § 4, lid 3, van de wet van 21 juli 1960 inzake de privatisering van de aandelen van de Volkswagenwerk GmbH³ (hierna: „VW-wet”) te handhaven, de krachtens artikel 56, lid 1, EG op haar rustende verplichtingen niet was nagekomen. De Bondsrepubliek Duitsland heeft ondertussen nieuwe wetgeving vastgesteld waarbij de §§ 2, lid 1, en 4, lid 1, VW-wet zijn ingetrokken, zodat de onderhavige procedure slechts betrekking heeft op de uitvoering van het arrest van 2007 met betrekking tot § 4, lid 3.
3. Partijen zijn het niet eens over het arrest van 2007 op dit punt. In het onderhavige geding moet dus eerst worden vastgesteld of het Hof heeft geoordeeld dat er sprake was van een inbreuk met betrekking tot § 4, lid 3, VW-wet – op basis waarvan iedere aandeelhouder die 20 % van het maatschappelijk kapitaal bezit, een blokkeringsminderheid kan vormen – afzonderlijk beschouwd, dan wel dat deze bepaling slechts in samenhang met § 2, lid 1, VW-wet een schending van het vrije verkeer van kapitaal in de zin van artikel 56, lid 1, EG opleverde. § 2, lid 1, VW-wet beperkte het stemrecht van afzonderlijke aandeelhouders tot 20 % van het maatschappelijk kapitaal van Volkswagenwerk GmbH (hierna: „Volkswagen”).

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Jurispr. blz. I-8995.

3 — Gesetz über die Überführung der Anteilsrechte an der Volkswagenwerk Gesellschaft mit beschränkter Haftung in private Hand (BGBl. 1960 I, nr. 39, blz. 585, en BGBl. 1960 III, blz. 641-1-1).

4. Indien het Hof de Commissie in het gelijk stelt en oordeelt dat het arrest van 2007 niet is nagekomen, zullen in het kader van de onderhavige zaak ook ingewikkelde vragen rijzen over de juiste wijze van berekening van de financiële sancties. Centraal staat welk belang moet worden gehecht aan de gestelde dubbelzinnigheid van het arrest van 2007 ter zake van het opleggen van financiële sancties en of – en zo ja, hoe – bij de berekening van financiële sancties rekening moet worden gehouden met de omstandigheid dat ongewoon veel tijd is verstreken tussen het antwoord van de Bondsrepubliek Duitsland op het met redenen omkleed advies en de aanhangigmaking van de zaak bij het Hof.

I – Precontentieuze procedure

5. Bij brief van 24 december 2007 heeft de Commissie de Duitse regering verzocht om haar in kennis te stellen van de maatregelen die zij gelet op het arrest van 2007 had genomen.

6. De Duitse autoriteiten hebben bij brief van 6 maart 2008 geantwoord dat de voor de uitvoering van het arrest van 2007 noodzakelijke wijzigingen van de bestaande wet waren gepland.

7. De brief gaf echter niet aan wanneer de wet zou worden gewijzigd en evenmin wat de ontwerptekst inhield. Daarom heeft de Commissie de Bondsrepubliek Duitsland op 5 juni 2008 een aanmaningsbrief gestuurd en deze lidstaat verzocht om binnen de twee maanden opmerkingen in te dienen.

8. De Duitse regering heeft diezelfde dag geantwoord en de Commissie daarbij op de hoogte gebracht van de vooruitgang van de voorgestelde wetgeving. De ontwerpwet tot wijziging van de VW-wet was goedgekeurd door de bondsregering en de wetgevingsprocedure zou spoedig beginnen.

9. Op 1 augustus 2008 heeft de Duitse regering de Commissie laten weten wanneer de wet zou worden vastgesteld en wat de ontwerpwet inhield.

10. De Commissie kon nog steeds geen genoegen nemen met de antwoorden van de Duitse regering en heeft op 1 december 2008 een met redenen omkleed advies uitgebracht, waarin zij de Bondsrepubliek Duitsland verzocht om binnen twee maanden de nodige maatregelen te nemen om de verplichtingen van het arrest van 2007 na te komen. De ontwerpwet bracht volgens haar geen wijzigingen aan in de blokkeringsminderheid als neergelegd in § 4, lid 3, VW-wet. De Commissie wees er ook op dat zij niet was ingelicht over de bedoelingen van de Duitse regering ter zake van de wijziging van de statuten van Volkswagen, die uitvoering gaven aan de onwettige bepalingen van de VW-wet. Tot slot was zij nog niet in kennis gesteld van de wijziging van de VW-wet zelf.

11. Op 10 december 2008 is de wet van 8 december 2008 tot wijziging van de VW-wet⁴ (hierna: „wet tot wijziging van de VW-wet”), die in wezen identiek is aan de ontwerpwet, vastgesteld. Die wet is op 11 december 2008 in werking getreden en heeft de §§ 4, lid 1, en 2, lid 1, VW-wet en § 101, lid 5, van de wet op de naamloze vennootschappen⁵ ingetrokken. Zij heeft § 4, lid 3, VW-wet echter niet gewijzigd.

4 — Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Überführung der Anteilsrechte an der Volkswagenwerk Gesellschaft mit beschränkter Haftung in private Hand (wet tot wijziging van de wet inzake de privatisering van de aandelen van de Volkswagenwerk GmbH) (BGBl. 2008 I, nr. 56, blz. 2369).

5 — Aktiengesetz (BGBl. 1965 I, nr. 48, blz. 1089).

12. Partijen bleven het oneens over het arrest van 2007. Bij brief van 17 december 2008 heeft de Duitse regering dan ook voorgesteld dat partijen het Hof samen zouden verzoeken om uitlegging van het bestreden arrest overeenkomstig artikel 43 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie en artikel 102 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof.⁶ De Commissie heeft bij brief van 15 januari 2009 geantwoord dat zij niet twijfelde aan de betekenis of de draagwijdte van het arrest van 2007 en dus niet van plan was het Hof om uitlegging te verzoeken.

13. De Duitse regering heeft op het met redenen omklede advies geantwoord bij brief van 29 januari 2009, waarin zij tot de slotsom kwam dat zij met de vaststelling van de wet tot wijziging van de VW-wet het arrest van 2007 volledig was nagekomen.

14. De Commissie was van mening dat de Bondsrepubliek Duitsland het arrest van 2007 slechts gedeeltelijk had uitgevoerd en heeft op 21 februari 2012 het onderhavige beroep ingesteld.

II – Procesverloop voor het Hof en conclusies van partijen

15. De Commissie vordert dat het Hof:

- verklaart dat de Bondsrepubliek Duitsland, door niet alle nodige maatregelen te nemen om het arrest van 2007 uit te voeren wat de onverenigbaarheid van bepalingen van de VW-wet met het Unierecht betreft, de krachtens artikel 260, lid 2, VWEU op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen;
- de Bondsrepubliek Duitsland gelast om een dwangsom van 282 725,10 EUR per dag en een forfaitaire som van 31 114,72 EUR per dag te betalen aan de eigen middelen van de Europese Unie;
- de Bondsrepubliek Duitsland verwijst in de kosten.

16. De Bondsrepubliek Duitsland vordert dat het Hof:

- het beroep verwerpt of subsidiair de dwangsom en de forfaitaire som die de Commissie vordert naar eigen inzicht vermindert en in zijn arrest betreffende de onderhavige zaak een datum bepaalt vanaf wanneer in voorkomend geval de betalingsverplichting zou moeten ingaan;
- de Commissie verwijst in de kosten van de procedure.

17. Ter terechtzitting van 12 maart 2013 hebben de Duitse regering en de Commissie hun argumenten mondeling voorgedragen. Partijen hebben ook geantwoord op de vragen die ik hun ter voorbereiding van de terechtzitting had doen toekomen.⁷

6 — Na de wijziging van het Reglement voor de procesvoering is deze bepaling thans in artikel 158 van het Reglement te vinden.

7 — Zie infra, punten 75 e.v.

III – Analyse

A – *Is de Bondsrepubliek Duitsland haar verplichtingen niet nagekomen?*

1. Handhavingsmechanisme van artikel 260 VWEU

18. De procedure van artikel 260, lid 2, VWEU kan worden beschreven als het laatste middel waarover de Commissie als „hoedster van de Verdragen” beschikt om het Unierecht te doen handhaven. Het gaat om een bijzondere gerechtelijke procedure om de uitvoering van arresten af te dwingen, met andere woorden om een dwangmiddel waarmee wordt verzekerd dat arresten worden uitgevoerd.⁸

19. In het onderhavige beroep heeft de Commissie niet alleen bezwaar gemaakt tegen § 4, lid 3, VW-wet, maar ook tegen de statuten van Volkswagen. De Duitse regering antwoordt daarop dat het Hof de statuten niet aan de orde heeft gesteld in het arrest van 2007, zodat het bezwaar daartegen niet-ontvankelijk is.

20. In dat verband volstaat het op te merken dat – gelet op de bijzondere kenmerken van de handhavingsprocedure van artikel 260, lid 2, VWEU – het Hof heeft geoordeeld dat zij alleen betrekking heeft op inbreuken die het Hof krachtens artikel 258 VWEU heeft vastgesteld.⁹ Aangezien het Hof de statuten niet heeft onderzocht in het arrest van 2007, is het bezwaar daartegen mijns inziens niet-ontvankelijk.¹⁰

21. Tegen die achtergrond heeft de onderhavige procedure niet tot doel te bepalen of § 4, lid 3, VW-wet, dat een meerderheid van meer dan 80% van de aandelen vereist voor het nemen van besluiten door de algemene vergadering van aandeelhouders van Volkswagen, het Unierecht schendt, maar wel vast te stellen of de Bondsrepubliek Duitsland het arrest van 2007 al dan niet heeft uitgevoerd.

22. Na een declaratoir arrest krachtens artikel 258 VWEU moet de betrokken lidstaat overeenkomstig artikel 260, lid 1, VWEU alle maatregelen nemen welke nodig zijn ter uitvoering van het arrest van het Hof. Wanneer na afloop van het geding de vraag rijst of het arrest is nagekomen, speelt de Commissie alvorens een zaak krachtens artikel 260, lid 2, VWEU voor het Hof wordt gebracht een centrale rol bij de vaststelling in hoeverre een lidstaat alle nodige maatregelen heeft genomen om het oorspronkelijke arrest van het Hof waarin een inbreuk is vastgesteld uit te voeren.

23. In de onderhavige zaak moet het Hof, alvorens te bepalen of de nodige maatregelen zijn genomen, echter eerst onderzoeken of er wat § 4, lid 3, VW-wet betreft eigenlijk wel een inbreuk is vastgesteld waaruit een verplichting zou kunnen voortvloeien om de nodige maatregelen te nemen om het arrest uit te voeren.

24. Te betreuren valt dat partijen tegenovergestelde consequenties trekken uit het arrest van 2007. Weliswaar is onenigheid over de betekenis en de draagwijdte van rechterlijke uitspraken een onvermijdbaar aspect van het recht, maar in het kader van niet-nakomingsprocedures krachtens artikel 258 VWEU kan het Hof mijns inziens dergelijke onzekerheid helpen voorkomen door ervoor te

8 — Zie in dit verband arrest van 12 juli 2005, Commissie/Frankrijk (C-304/02, Jurispr. blz. I-6263, punt 92).

9 — Arrest van 10 september 2009, Commissie/Portugal (C-457/07, Jurispr. blz. I-8091, punt 47). Zie ook, met betrekking tot de verplichting dat het verzoekschrift waarmee de Commissie een niet-nakomingsprocedure inleidt, coherent en nauwkeurig is, arrest van 19 december 2012, Commissie/Italië (C-68/11, punten 50 en 51 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

10 — Ter terechtzitting is de Commissie gevraagd om haar standpunt over dit punt te verduidelijken. Haar antwoord was vaag, zodat ik ervan uitga dat de bezwaren van de Commissie niet alleen § 4, lid 3, VW-wet betroffen, met andere woorden dat haar argumenten over de statuten niet enkel zijn aangevoerd om de context van het debat toe te lichten.

zorgen dat zijn motivering transparant is en door het dictum van zijn arresten zorgvuldig te formuleren. Hoewel het aan de Commissie staat om na afloop van het geding te beoordelen of de lidstaat een arrest toereikend is nagekomen, veronderstelt deze beoordeling dat het Hof zich duidelijk heeft uitgesproken over de vraag of verplichtingen niet waren nagekomen.

25. Dit vooropgesteld, is het arrest van 2007 volgens mij niet bijzonder dubbelzinnig, al lijken de daarin gebruikte bewoordingen met betrekking tot § 4, lid 3, VW-wet ruimte te laten voor discussie, zoals uit de onderhavige zaak blijkt.

26. Ik wil hier benadrukken dat ik niet zal proberen te onderzoeken wat de „subjectieve betekenis” van het arrest van 2007 is of wat het Hof al dan niet kan hebben bedoeld. Integendeel, ik zal tegen de achtergrond van de motivering van het arrest de betekenis van het dictum ervan trachten te achterhalen. Aangezien de in gebreke gebleven lidstaat op grond van het betrokken arrest moet kunnen uitmaken wat onrechtmatig gedrag is, is in casu alleen informatie relevant die uit dat arrest kan worden afgeleid. Gezien de financiële sancties in kwestie, kan een ruime uitlegging van het arrest van 2007 met andere woorden niet worden aanvaard.

27. Om de hieronder uiteengezette redenen ben ik van mening dat de door de Bondsrepubliek Duitsland voorgestelde uitlegging van het arrest van 2007 de voorkeur verdient boven de uitlegging die de Commissie suggereert.

2. Reconstructie van de betekenis en de draagwijdte van het arrest van 2007

28. In het dictum van het arrest van 2007 heeft het Hof geoordeeld dat de Bondsrepubliek Duitsland, door § 4, lid 1, en § 2, lid 1, „juncto”¹¹ § 4, lid 3, VW-wet te handhaven, de krachtens artikel 56, lid 1, EG op haar rustende verplichtingen niet was nagekomen.

29. Bijgevolg zal voor de beantwoording van de vraag of de Bondsrepubliek Duitsland de krachtens artikel 260, lid 1, VWEU op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen, bepalend zijn hoe het arrest van 2007 wordt uitgelegd. Verklaart het dat de drie bepalingen afzonderlijk beschouwd onwettig zijn dan wel dat er twee verschillende inbreuken zijn, namelijk een inbreuk met betrekking tot § 4, lid 1, VW-wet en een inbreuk met betrekking tot § 2, lid 1, VW-wet wanneer deze bepaling samen met § 4, lid 3, VW-wet wordt gelezen? Deze laatste opvatting is gebaseerd op het samenspel tussen de aan de orde zijnde bepalingen. De onwettigheid zou dan uit het cumulatieve effect van deze bepalingen voortvloeien.

30. Volgens de Commissie betekent het feit dat het relevante onderdeel van het dictum van het arrest van 2007 de uitdrukking „juncto” bevat, niet dat de aan de orde zijnde bepalingen elk afzonderlijk beschouwd niet onwettig kunnen zijn. Dat die bepalingen onwettig zijn, wordt naar haar mening bevestigd door de motivering van het arrest.

31. De Duitse regering is het daar niet mee eens. Zij betoogt dat het dictum van het arrest van 2007 niet aldus kan worden uitgelegd dat het verwijst naar drie onwettige bepalingen afzonderlijk beschouwd. Het Hof heeft volgens haar twee inbreuken op artikel 56, lid 1, EG vastgesteld: de eerste met betrekking tot § 4, lid 1, VW-wet en de tweede met betrekking tot de §§ 2, lid 1, en 4, lid 3, VW-wet samen beschouwd. Door de §§ 4, lid 1, en 2, lid 1, VW-wet in te trekken, is zij dan ook de krachtens artikel 260, lid 1, VWEU op haar rustende verplichtingen nagekomen.

11 — In de authentieke Duitse versie van het arrest van 2007 wordt de uitdrukking „in Verbindung mit” gebruikt.

32. Mijns inziens sluit de omstandigheid dat in het dictum van het arrest de uitdrukking „juncto” wordt gebruikt, reeds de door de Commissie voorgestelde lezing uit.¹² Omdat de motivering van een arrest van belang is bij de uitlegging ervan¹³, is het echter passend om het dictum van het arrest van 2007 te analyseren tegen de achtergrond van de redenen die het Hof heeft opgegeven om zijn beslissing te rechtvaardigen.

a) Eén enkele beperking met betrekking tot de §§ 2, lid 1, en 4, lid 3, VW-wet

33. Om te beginnen moet worden benadrukt dat de motivering van het arrest van 2007 – in het bijzonder de punten 31 tot en met 56 – mijns inziens het standpunt van de Commissie niet ondersteunt.

34. In de eerste plaats was het Hof, gelet op de argumenten van partijen inzake de afzonderlijke grieven van de Commissie met betrekking tot de §§ 2, lid 1, en 4, lid 3, VW-wet, en op het cumulatieve effect van deze bepalingen, van oordeel dat de grieven samen moesten worden onderzocht.¹⁴ In dit verband moet naar mijn mening de nadruk worden gelegd op het feit dat het Hof uitdrukkelijk heeft verwezen naar het cumulatieve effect van de betrokken bepalingen.¹⁵

35. In de tweede plaats beroept de Commissie zich op een aantal punten van het arrest van 2007¹⁶ die – op zich beschouwd – haar standpunt zouden kunnen ondersteunen. Het belang van een alomvattende benadering van de vaststellingen van het Hof met betrekking tot de betrokken bepalingen moet echter worden benadrukt.

36. Zoals ik het arrest van 2007 begrijp, ligt het cumulatieve effect van de relevante bepalingen ten grondslag aan de beslissing van het Hof om de grieven met betrekking tot de §§ 2, lid 1, en 4, lid 3, VW-wet samen te onderzoeken. Dit wordt bevestigd door de omstandigheid dat het Hof de gevolgen van de stemrechtbeperking samen met de blokkeringsminderheid van § 4, lid 3, VW-wet heeft onderzocht.¹⁷

37. In punt 50 van het arrest van 2007 heeft het Hof geoordeeld dat § 4, lid 3, VW-wet een instrument heeft gecreëerd dat publieke investeerders de mogelijkheid biedt om een blokkeringsminderheid te verwerven, aangezien de deelstaat Niedersachsen zijn deelname van ongeveer 20 % in het kapitaal van VW nog steeds bezat. Daardoor konden zij zich tegen belangrijke besluiten verzetten met een investering die geringer was dan die welke de Duitse wet op de naamloze vennootschappen zou verlangen.

38. De Commissie legt dat punt van het arrest van 2007 aldus uit dat het bevestigt dat er sprake is van een beperking met betrekking tot § 4, lid 3, VW-wet afzonderlijk gezien. Ik wil echter waarschuwen tegen een al te nadrukkelijk beroep op dat punt op zich beschouwd.

12 — Zoals de Duitse regering terecht mondeling heeft opgemerkt, had het Hof immers kunnen verduidelijken, zoals het in onder meer het arrest van 6 december 2007, *Federconsumatori e.a.* (C-463/04 en C-464/04, Jurispr. blz. I-10419, punt 43), deed, dat de bestreden bepalingen zowel op zichzelf als in samenhang met de andere relevante bepaling onrechtmatige beperkingen zijn.

13 — Arrest van 29 juni 2010, *Commissie/Luxemburg* (C-526/08, Jurispr. blz. I-6151, punt 29); zie ook arrest van 16 maart 1978, *Bosch* (135/77, Jurispr. blz. 855, punt 4).

14 — Punt 30 van het arrest van 2007.

15 — Anders dan de Commissie betoogt, dient de inhoud van het inleidende verzoekschrift in zaak C-112/05 volgens mij irrelevant te blijven bij de uitlegging van het arrest van 2007 voor zover de details ervan niet uit het arrest zelf kunnen worden afgeleid.

16 — Zie in het bijzonder de punten 40, 50 en 81 van het arrest van 2007.

17 — Punt 43 van het arrest van 2007.

39. Mijns inziens moet punt 50 van dat arrest worden gelezen in samenhang met punt 51 ervan, waarin het Hof opmerkt dat § 2, lid 1, VW-wet, doordat het de stemrechten beperkt tot dezelfde hoogte, namelijk 20 %, het sluitstuk vormt van een rechtskader dat de publieke investeerders de mogelijkheid biedt om met een dergelijke geringere investering een aanzienlijke invloed uit te oefenen. Precies dit rechtskader – dat het resultaat is van het samenspel tussen de bestreden bepalingen – staat centraal in de analyse die het Hof inzake het bestaan van een beperking van het vrije verkeer van kapitaal en meer bepaald directe investeringen heeft gemaakt.

40. Hier moet in herinnering worden gebracht dat het begrip kapitaalverkeer in de zin van artikel 56, lid 1, EG ook directe investeringen omvat, dat wil zeggen investeringen die gericht zijn op de vestiging of de handhaving van duurzame en directe betrekkingen tussen de kapitaalverschaffer en de onderneming waarvoor de desbetreffende middelen bestemd zijn met het oog op de uitoefening van een economische activiteit.¹⁸ Het doel om duurzame economische betrekkingen te vestigen of te handhaven, veronderstelt dat de aandelen een aandeelhouder de mogelijkheid bieden daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de zeggenschap over de betrokken onderneming.¹⁹

41. Wat directe investeringen betreft, vormen nationale maatregelen beperkingen in de zin van artikel 56, lid 1, EG indien zij het verkrijgen van aandelen van de betrokken ondernemingen kunnen blokkeren of beperken, of investeerders uit andere lidstaten ervan kunnen weerhouden in het kapitaal van die ondernemingen te investeren.²⁰

42. Voorts beroept de Commissie zich op de eerste volzin van punt 54 van het arrest van 2007. Zij betoogt meer in het bijzonder dat de omstandigheid dat het woord „beperkingen” in die context in het meervoud is gebruikt erop wijst dat er in verband met §§ 2, lid 1, en 4, lid 3, VW-wet sprake is van twee afzonderlijke inbreuken.

43. Benadrukt moet worden dat het Hof in dat punt enerzijds heeft verklaard dat de „in het onderhavige beroep aan de orde zijnde beperkingen van het vrije kapitaalverkeer [...] de directe investeringen in het kapitaal van Volkswagen [betreffen], en niet de portefeuillebeleggingen, [...] waarop het onderhavige beroep niet ziet”.²¹ Anderzijds heeft het Hof met betrekking tot directe investeringen – waarop het beroep volgens de eerste volzin zag – geoordeeld dat „het verwerven van een deelneming in het kapitaal van Volkswagen voor de [directe] investeerders minder aantrekkelijk wordt gemaakt door het feit dat de §§ 2, lid 1, en 4, lid 3, van de [VW-wet] een instrument creëren dat het voor hen moeilijker maakt om een deelneming in de vennootschap te verwerven teneinde met deze vennootschap duurzame en directe economische betrekkingen te vestigen of te handhaven die de mogelijkheid bieden daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de zeggenschap over de betrokken vennootschap”.²²

44. Naar mijn mening zijn de omstandigheid dat het woord „beperkingen” in het meervoud is gebruikt en het feit dat „juncto” niet voorkomt in dat punt niet doorslaggevend. De eerste volzin maakt enkel duidelijk dat de gestelde beperkingen alleen in verband met directe investeringen worden onderzocht en dat portefeuillebeleggingen irrelevant zijn en dus niet worden beoordeeld. In de tweede volzin wordt de rechtspraak van het Hof betreffende directe investeringen toegepast op de aanhangige zaak. Volgens het Hof wordt het voor investeerders minder aantrekkelijk om aandelen in Volkswagen te verwerven door het feit dat de §§ 2, lid 1, en 4, lid 3, VW-wet samen een kader – of instrument –

18 — Arrest van 20 mei 2008, *Orange European Smallcap Fund* (C-194/06, Jurispr. blz. I-3747, punt 100 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

19 — *Ibid.*, punt 101. Zie ook punt 18 van het arrest van 2007 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

20 — Arrest van 11 november 2010, *Commissie/Portugal* (C-543/08, Jurispr. blz. I-11241, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

21 — Eerste volzin van punt 54 van het arrest van 2007.

22 — Tweede volzin van punt 54 van het arrest van 2007.

creëren dat het voor hen moeilijker kan maken om een deelneming in de vennootschap te verwerven teneinde met deze vennootschap duurzame en directe economische betrekkingen te vestigen of te handhaven.²³ Het samenspel tussen die paragrafen staat met andere woorden centraal bij die beperking.

45. Elke andere uitlegging zou namelijk voorbijgaan aan punt 56 van het arrest van 2007, waarin het Hof heeft vastgesteld dat § 2, lid 1, *juncto* § 4, lid 3, VW-wet een beperking van het kapitaalverkeer in de zin van artikel 56, lid 1, EG vormt.

46. Met de intrekking van § 2, lid 1, VW-wet lijkt het relevante rechtskader dan ook op te houden te bestaan, waardoor een einde wordt gemaakt aan het ongewenste effect van het samenspel tussen §§ 2, lid 1, en 4, lid 3, VW-wet, namelijk dat directe investeringen in Volkswagen worden beperkt, wat – zoals duidelijk uit het arrest van 2007 blijkt – de essentie van de grieven van de Commissie vormde. Hoewel ik niet overtuigd ben dat hetzelfde resultaat bereikt had kunnen worden door § 4, lid 3, VW-wet in te trekken in plaats van § 2, lid 1, lijken de motivering van het arrest van 2007 en het dictum ervan een dergelijke oplossing evenzeer mogelijk te maken.

47. Bovendien ben ik niet van mening dat de rest van de beoordeling door het Hof van de bestreden bepalingen van de VW-wet aldus kan worden uitgelegd dat die analyse wordt tegengesproken.

b) Verdere overwegingen met betrekking tot het arrest van 2007

48. Nadat het had vastgesteld dat er een beperking bestond, ging het Hof in op de vraag of de bestreden bepalingen gerechtvaardigd waren door dwingende redenen van algemeen belang. Het was van oordeel dat de door de Bondsrepubliek Duitsland aangevoerde belangen, namelijk de bescherming van werknemers en van minderheidsaandeelhouders, de betrokken beperkingen niet konden rechtvaardigen en heeft verklaard dat „de op schending van artikel 56, lid 1, EG gebaseerde grieven van de Commissie gegrond [dienden] te worden verklaard”.²⁴

49. Zoals reeds gezegd, kan dat punt op zich beschouwd aldus worden uitgelegd dat het de wijze waarop de Commissie het arrest van 2007 uitlegt bevestigt. Gelet op de tussenconclusie van het Hof in punt 56 van het arrest van 2007, betreffende het bestaan van een beperking, lijkt punt 81 ongelukkig geformuleerd te zijn.²⁵ De tegenstelling tussen de twee punten wordt echter getemperd doordat het Hof in punt 82 zijn analyse beëindigt met opnieuw de bevestiging dat „de Bondsrepubliek Duitsland, door § 4, lid 1, en § 2, lid 1, *juncto* § 4, lid 3, [VW-wet] te handhaven, de krachtens artikel 56, lid 1, EG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen”.

50. Het feit dat het Hof de Bondsrepubliek Duitsland heeft verwezen in de kosten overeenkomstig de vordering van de Commissie omdat Duitsland „op de voornaamste punten in het ongelijk [was] gesteld”²⁶, spreekt mijn lezing van het arrest van 2007 niet tegen. In dat opzicht is het namelijk irrelevant of de Bondsrepubliek Duitsland al dan niet in het ongelijk is gesteld voor *alle* grieven van de Commissie tegen de VW-wet in het kader van artikel 56, lid 1, EG, dan wel slechts voor twee derde van die grieven.²⁷

23 — Zie in het bijzonder de punten 52 en 54 in fine van het arrest van 2007.

24 — Punt 81 van het arrest van 2007.

25 — Zie punt 45 hierboven.

26 — Punt 83 van het arrest van 2007.

27 — Dit blijft het geval, ongeacht het feit dat het Hof het beroep van de Commissie heeft verworpen voor zover het was gebaseerd op schending van artikel 43 EG, aangezien twee van de drie bestreden bepalingen onwettig waren bevonden ten gevolge van die procedure.

51. Tot slot vind ik de argumenten van de Commissie over de relevantie van de rechtspraak inzake „gouden aandelen”²⁸ bij de uitlegging van het arrest van 2007 niet overtuigend. Die rechtspraak vormt inderdaad de basis voor de beoordeling betreffende het bestaan van een beperking van het vrije verkeer van kapitaal en de mogelijke rechtvaardiging daarvoor, zoals uit de motivering van het Hof blijkt.²⁹ Zij kan echter niet worden aangevoerd om het arrest van 2007 ruim uit te leggen.

52. In dit verband is de context van bijzonder belang. Zoals ik heb opgemerkt, is het arrest van 2007 gewezen in het kader van artikel 258 VWEU (voorheen artikel 226 EG). Hoewel de Commissie een grote beoordelingsmarge heeft bij de beoordeling in hoeverre de door een lidstaat genomen maatregelen een arrest uitvoeren, acht ik het niet raadzaam te erkennen dat de Commissie de unilaterale bevoegdheid heeft om de draagwijdte van een declaratoir arrest van het Hof ex post uit te breiden op basis van andere zaken die vergelijkbaar maar niet identiek zijn.³⁰

53. Mijns inziens moet even omzichtig worden omgegaan met het argument van de Commissie dat het arrest van 2007 moet worden gelezen tegen de achtergrond van de conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot dat arrest.³¹ In herinnering moet worden gebracht dat de advocaat-generaal, nadat hij de argumenten van de Duitse regering van de hand had gewezen, het Hof in overweging heeft gegeven de drie bestreden bepalingen onwettig te verklaren. De conclusie van de advocaat-generaal bevat weliswaar een grondige analyse van de wettelijke en politieke kwesties die aan het arrest van het Hof ten grondslag liggen, maar er dient passend rekening te worden gehouden met de uiteenlopende formuleringen in het dictum van het arrest en in de conclusie met betrekking tot het bestaan van onrechtmatige beperkingen.

54. In die omstandigheden en omdat de onderhavige procedure niet tot doel heeft te bepalen of § 4, lid 3, VW-wet op zich beschouwd het Unierecht schendt, hoeft niet verder te worden ingegaan op de vraag of de in § 4, lid 3, VW-wet bepaalde blokkeringsminderheid het Unierecht schendt. Mijns inziens moet daarover worden beslist in een procedure op grond van artikel 258 VWEU.³²

55. Ik ben dan ook van mening dat het beroep van de Commissie moet worden verworpen en dat zij in de kosten moet worden verwezen.

56. Voor het geval het Hof het echter niet eens zou zijn met mijn uitlegging van het arrest van 2007, zal ik ingaan op de kwestie van de financiële sancties.

28 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer van 13 februari 2007 in zaak C-112/05 (arrest reeds aangehaald, punten 40 e.v.).

29 — Zie in het bijzonder de punten 18, 72 en 73 van het arrest van 2007.

30 — Over verschillen tussen de omstandigheden die aanleiding hebben gegeven tot het arrest van 2007 en die welke aan de rechtspraak van het Hof inzake gouden aandelen ten grondslag liggen, zie conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in zaak C-112/05 (reeds aangehaald).

31 — Zie in het bijzonder de punten 103 en 107 van de conclusie.

32 — In deze context moet rekening worden gehouden met het beginsel van het gezag van gewijsde (res judicata), dat ook van toepassing is op niet-nakomingsprocedures. Het beginsel geldt echter enkel voor de punten, feitelijk en rechtens, die door een declaratoir arrest krachtens artikel 258 VWEU daadwerkelijk of noodzakelijkerwijs zijn beslecht. Een lidstaat kan zich dan ook slechts met succes op het gezag van gewijsde van een eerder arrest beroepen indien de relevante zaken wat de inhoud van de grieven van de Commissie betreft in feite en in rechte in wezen identiek zijn. Zie arrest van 29 juni 2010, Commissie/Luxemburg (C-526/08, Jurispr. blz. I-6151, punten 27 en 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

B – Financiële sancties

1. Voorvragen

57. Mocht het Hof oordelen dat de Bondsrepubliek Duitsland het arrest van 2007 niet is nagekomen, kan het een dwangsom en/of een forfaitaire som opleggen krachtens artikel 260, lid 2, tweede alinea, VWEU.³³ Het is vaste rechtspraak dat voorstellen van de Commissie over financiële sancties weliswaar een nuttige referentiebasis vormen, maar het Hof niet binden. Het is dan ook aan het Hof om per geval, tegen de achtergrond van de specifieke omstandigheden van de zaak, het bedrag van de op te leggen financiële sancties te bepalen.³⁴

58. Met een beroep op de methode voor de berekening van financiële sancties die is uiteengezet in haar „Mededeling inzake de uitvoering van artikel 228 van het EG-Verdrag”³⁵, geeft de Commissie het Hof in overweging de Bondsrepubliek Duitsland een dwangsom op te leggen van 282 725,10 EUR per dag vertraging bij de uitvoering van het arrest van 2007. Zij heeft zich daartoe gebaseerd op een combinatie van een basisforfait van 630 EUR vermenigvuldigd met een coëfficiënt 7 voor de ernst van de inbreuk, met een coëfficiënt 3 voor de duur en met een bijzondere factor n van 21,37.³⁶

59. Met betrekking tot de dwangsom suggereert de Commissie, rekening houdend met alle omstandigheden feitelijk en rechtens in verband met de aan de orde zijnde inbreuk, dat een som van 31 114,72 EUR per dag (het resultaat van een basisforfait van 208 EUR, een coëfficiënt 7 voor ernst en een bijzondere factor n van 21,37) wordt vermenigvuldigd met het aantal dagen tussen de datum waarop het arrest van 2007 is geweest en de datum waarop de Bondsrepubliek Duitsland haar verplichtingen nakomt of, indien zij dat niet doet, de datum waarop het arrest in de onderhavige zaak wordt gewezen.

60. Met de richtsnoeren van de Commissie als uitgangspunt, houdt het Hof stelselmatig rekening met drie basiscriteria: de ernst van de inbreuk, de duur ervan en de draagkracht van de betrokken lidstaat.³⁷ Het Hof houdt in het bijzonder rekening met de gevolgen van het niet-uitvoeren van het arrest voor de particuliere en de publieke belangen en met de spoed waarmee de betrokken lidstaat ertoe moet worden aangezet zijn verplichtingen na te komen.³⁸ Op dit punt is het vaste rechtspraak van het Hof dat de financiële sancties aldus moeten worden vastgesteld dat zij in overeenstemming zijn met de omstandigheden en evenredig aan de vastgestelde inbreuk en aan de draagkracht van de betrokken lidstaat.³⁹

33 — Zie arrest Commissie/Frankrijk (C-304/02, reeds aangehaald, punt 86).

34 — Zie arrest van 10 januari 2008, Commissie/Portugal (C-70/06, Jurispr. blz. I-1, punten 34 en 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

35 — SEC(2005) 1658.

36 — In het verzoekschrift beroept de Commissie zich op gegevens gebaseerd op de mededeling van de Commissie „Aanpassing van de gegevens die gebruikt worden voor de berekening van forfaitaire en dwangsommen bij inbreukprocedures” [SEC(2011) 1024].

37 — Arrest van 11 december 2012, Commissie/Spanje (C-610/10, punt 119 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Zie ook arresten van 4 juli 2000, Commissie/Griekenland (C-387/97, Jurispr. blz. I-5047, punt 92), en 25 november 2003, Commissie/Spanje (C-278/01, Jurispr. blz. I-14141, punt 52).

38 — Arrest Commissie/Frankrijk (C-304/02, reeds aangehaald, punt 104). Zie ook arrest Commissie/Griekenland (C-387/97, reeds aangehaald, punt 92).

39 — In verband met de dwangsom zie arrest Commissie/Spanje (C-610/10, reeds aangehaald, punt 118 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Hetzelfde beginsel geldt voor forfaitaire sommen. Zie daarover arrest van 4 juni 2009, Commissie/Griekenland (C-568/07, Jurispr. blz. I-4505, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

61. Hier wil ik erop wijzen dat de economische gegevens waarop de Commissie haar suggesties baseert, zijn aangepast sinds de zaak bij het Hof aanhangig is gemaakt. Het lijkt passend rekening te houden met eventuele wijzigingen in deze gegevens. Dit betreft in het bijzonder de noodzaak om de draagkracht van de lidstaat te beoordelen tegen de achtergrond van recente ontwikkelingen van de inflatie en van het bbp van de betrokken lidstaat op het tijdstip waarop het Hof de feiten onderzoekt.⁴⁰

62. Mijns inziens strookt een gebruik van aangepaste economische gegevens met de beginselen van doeltreffendheid en evenredigheid die gelden op het gebied van financiële sancties.⁴¹ Ik ben dan ook voornemens de meest recente beschikbare gegevens te gebruiken, namelijk de gegevens die de Commissie heeft verstrekt in haar mededeling van 2012.⁴² In die mededeling is het uniforme basisforfait voor de berekening van de dwangsom vastgesteld op 640 EUR per dag, het uniforme basisforfait voor de forfaitaire som op 210 EUR en de bijzondere factor *n* voor de Bondsrepubliek Duitsland op 21,12.⁴³

2. Bijzondere omstandigheden van de onderhavige zaak

63. Met de onderhavige zaak worden verschillende principiële kwesties aan de orde gesteld. Meer bepaald is de vraag of – en zo ja, hoe – bij de berekening van de op te leggen financiële sancties rekening moet worden gehouden met de gestelde dubbelzinnigheid van het arrest van 2007, met het tijdvak van drie jaar dat is verstreken tussen het einde van de precontentieuze procedure en het instellen van het beroep bij het Hof en tot slot met het voorstel van de Bondsrepubliek Duitsland om het Hof samen om uitlegging te verzoeken.

64. Ik zal op die kwesties ingaan alvorens in detail te bespreken hoe de financiële sancties moeten worden berekend.

a) Moet de gestelde dubbelzinnigheid van het arrest van 2007 een invloed hebben bij het opleggen van financiële sancties?

65. De Duitse regering heeft in haar opmerkingen aangevoerd dat het Hof geen financiële sancties mag opleggen omdat er geen duidelijke en ondubbelzinnige rechtsgrondslag is voor de verplichtingen die voortvloeien uit het arrest van 2007.

66. Ik kan dit argument niet aanvaarden. Anders zou mijns inziens worden voorbijgegaan aan het doel van artikel 260 VWEU, namelijk ervoor te zorgen dat het Unierecht effectief wordt gehandhaafd.

67. In herinnering moet worden gebracht dat het bijzondere systeem dat is opgezet door de complementaire artikelen 258 VWEU en 260 VWEU, dat beoogt te verzekeren dat het Unierecht wordt nagekomen, door de lidstaten zelf is ontworpen. Als sui-generisprocedure die eigen is aan het Unierecht en het voornaamste instrument verschaft om in gebreke gebleven lidstaten een sanctie op te leggen, moet de handhavingprocedure van artikel 260 VWEU worden onderscheiden van een civiele procedure.⁴⁴

40 — Arrest van 31 maart 2011, Commissie/Griekenland (C-407/09, Jurispr. blz. I-2467, punt 42); arrest Commissie/Spanje (C-610/10, reeds aangehaald, punt 131), en arrest van 19 december 2012, Commissie/Ierland (C-279/11, punten 78 en 79).

41 — Zie ook conclusie van advocaat-generaal Jääskinen van 21 maart 2013 in zaak C-241/11, Commissie/Tsjechië (aanhangig voor het Hof, punt 86).

42 — Mededeling van de Commissie „Aanpassing van de gegevens die gebruikt worden voor de berekening van forfaitaire en dwangsommen die de Commissie bij inbreukprocedures aan het Hof van Justitie zal voorstellen” [C(2012) 6106 final].

43 — Ibid., blz. 3 en 4.

44 — Zie in het bijzonder arrest Commissie/Frankrijk (C-304/02, reeds aangehaald, punt 91).

68. In de rechtspraak van het Hof worden de rechten die in verband met voorgenomen financiële sancties aan de in gebreke gebleven lidstaat worden verleend, dan ook consequent eng opgevat. Meer in het bijzonder moeten zij worden begrepen tegen de achtergrond van het doel van artikel 260 VWEU, namelijk te waarborgen dat de relevante wetgeving wordt nageleefd.⁴⁵ In dit verband is het aan de betrokken lidstaat om uit het arrest waarin een niet-nakoming wordt vastgesteld de conclusies te trekken die hij dienstig acht en indien nodig in een procedure krachtens artikel 260 VWEU voor het Hof aan te tonen dat die conclusies gegrond zijn.⁴⁶

69. Om aan de minimumvereisten betreffende die rechten te voldoen, volstaat het dat de lidstaat de mogelijkheid is geboden om zijn opmerkingen te maken over alle gegevens, feitelijk en rechtens, die nodig waren om het voortduren en de ernst van de gestelde niet-nakoming te bepalen, alsook over de maatregelen die konden worden genomen om daaraan een einde te maken.⁴⁷ Indien die mogelijkheid is geboden, kan het Hof de financiële sancties bepalen die het passend acht om ervoor te zorgen dat het oorspronkelijke arrest zo spoedig mogelijk wordt uitgevoerd en te voorkomen dat dergelijke inbreuken op het Unierecht zich vaker voordoen.⁴⁸

70. Anders gezegd, indien een argument betreffende de gestelde dubbelzinnigheid van een arrest van het Hof met succes zou kunnen worden aangevoerd tegen de noodzaak om financiële sancties op te leggen, zou het handhavingmechanisme van artikel 260 VWEU worden uitgehold. Bovendien zou een dergelijke oplossing van het Hof verlangen dat het zijn declaratoire arresten krachtens artikel 258 VWEU stelselmatig onderzoekt op dubbelzinnigheden waardoor de lidstaten zouden kunnen ontsnappen aan financiële sancties. Dit zou duidelijk in strijd zijn met het doel van artikel 260 VWEU, namelijk zo snel mogelijk een einde te maken aan niet-nakomingen van het Unierecht. In dit verband vormt het risico van financiële sancties een sterke stimulans voor de lidstaten om de schending onverwijld ongedaan te maken.

71. Toch zou kunnen worden betoogd dat de gestelde dubbelzinnigheid van het arrest van 2007 als verzachtende omstandigheid in aanmerking moet worden genomen bij het bepalen van de ernst van de inbreuk. Dit zou gerechtvaardigd zijn omdat de inhoud van de verplichtingen van een lidstaat pas definitief wordt bepaald in het arrest waarbij de dwangsom wordt opgelegd.⁴⁹

72. Hoewel het Hof volledige rechtsmacht heeft om alle omstandigheden die het relevant acht in aanmerking te nemen, ben ik geen voorstander van die benadering. In het kader van een niet-nakomingsprocedure krachtens artikel 258 VWEU is het Hof immers uitsluitend gehouden vast te stellen dat een bepaling van Unierecht is geschonden.⁵⁰ Het zegt echter niets over de maatregelen die de betrokken lidstaat moet nemen om de schending te beëindigen. In dit verband is het niet ongewoon dat een arrest waarin een inbreuk wordt vastgesteld, ruimte laat voor discussie over de te nemen maatregelen.

45 — Met betrekking tot het rechtszekerheidsbeginsel en de rechten van de verdediging zie arrest Commissie/Frankrijk (C-304/02, reeds aangehaald, punten 85-97).

46 — Arrest van 18 juli 2007, Commissie/Duitsland (C-503/04, Jurispr. blz. I-6153, punt 16).

47 — Arrest Commissie/Frankrijk (C-304/02, reeds aangehaald, punt 97).

48 — Ibid.

49 — Zie ook conclusie van advocaat-generaal Geelhoed van 24 november 2005 in zaak C-177/04, Commissie/Frankrijk (arrest van 14 maart 2006, Jurispr. blz. I-2461, punt 70). In die zaak heeft het Hof het voorstel van de advocaat-generaal echter niet gevolgd. Zie punt 78 van het arrest.

50 — Arrest Commissie/Duitsland (C-503/04, reeds aangehaald, punt 15). De niet-nakoming waarom het in de procedure van artikel 260 VWEU gaat, is namelijk niet meer enkel de oorspronkelijke niet-nakoming van Verdragsverplichtingen die volgens artikel 258 VWEU was vastgesteld, maar een „samengestelde niet-nakoming” bestaande uit de oorspronkelijke niet-nakoming plus de inbreuk op de verplichtingen van artikel 260, lid 1, VWEU. Zie conclusie van advocaat-generaal Fenelly van 9 december 1999 in zaak C-197/98, Commissie/Griekenland (arrest van 6 oktober 2000, Jurispr. blz. I-8609, punt 19).

73. Voorts komt de niet-nakoming van verplichtingen die aanleiding geeft tot het oorspronkelijke arrest krachtens artikel 258 VWEU voort uit de niet-nakoming van Verdragsverplichtingen van de lidstaten. In feite worden de relevante wettelijke bepalingen waaruit deze verplichtingen voortvloeien als dusdanig niet geraakt door de formulering van het arrest waarin de betrokken inbreuk wordt bevestigd. De duidelijkheid van de relevante Uniewetgeving kan mijns inziens in sommige omstandigheden dan ook een geschiktere maatstaf voor de analyse van de ernst vormen dan de duidelijkheid van de arresten waarin een inbreuk wordt vastgesteld.⁵¹

74. Om die redenen ben ik van mening dat de Bondsrepubliek Duitsland zich in haar verweer tegen het opleggen van financiële sancties niet met succes kan beroepen op dubbelzinnigheid van het arrest van 2007.

b) Wie moet handelen bij blijvende onenigheid over de vraag of sprake is van niet-nakoming?

75. Ter terechtzitting zijn partijen verzocht om hun standpunt kenbaar te maken over de vraag of in de omstandigheden van de onderhavige zaak een van de partijen verplicht was om binnen een bepaalde termijn te handelen en, zo ja, hoe een verzuim om te handelen in aanmerking moet worden genomen bij de berekening van financiële sancties. In wezen komt de vraag erop neer vast te stellen wie het risico voor niet-handelen moet dragen wanneer duidelijk is geworden dat partijen op onverzoenbare standpunten staan met betrekking tot de vraag of het oorspronkelijke arrest is nagekomen.

76. Om te beginnen moet eraan worden herinnerd dat de Commissie in het kader van artikel 258 VWEU een ruime beoordelingsmarge heeft bij de beslissing of een procedure zal worden ingeleid en op welk tijdstip het passend is een niet-nakomingsprocedure bij het Hof in te leiden.⁵² In de context van artikel 260 VWEU moet de precieze draagwijdte van die beoordelingsmarge echter nog worden bepaald door het Hof.

77. Die twee bepalingen kunnen met elkaar worden vergeleken. Net als artikel 258, lid 2, VWEU, bepaalt artikel 260, lid 2, VWEU geen termijn om een beroep bij het Hof in te stellen. Deze voorschriften lijken de Commissie in dit verband inderdaad een ruime beoordelingsmarge te verlenen.⁵³ Aangezien in geen van beide bepalingen dwingende bewoordingen worden gebruikt, lijkt mijns inziens de rechtspraak van het Hof in het kader van artikel 258 VWEU van overeenkomstige toepassing te zijn wat in het bijzonder de beoordelingsmarge van de Commissie betreft bij het bepalen van het geschikte tijdstip om een zaak voor het Hof te brengen.⁵⁴

51 — Bij zijn beoordeling heeft het Hof namelijk rekening gehouden met de mate waarin de verplichtingen van de lidstaat duidelijk waren omschreven in de relevante bepalingen. Zie in dit verband arrest Commissie/Frankrijk (C-177/04, reeds aangehaald, punt 72).

52 — Zie onder meer arrest van 21 januari 2010, Commissie/Duitsland (C-546/07, Jurispr. blz. I-439, punten 21 en 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak). In de procedure van artikel 258 VWEU hoeft de Commissie niet binnen een bepaalde termijn te handelen, behoudens wanneer een buitensporig lange duur van de precontentieuze procedure het voor de betrokken lidstaat moeilijker kan maken de argumenten van de Commissie te weerleggen, en zodoende inbreuk kan worden gemaakt op de rechten van de verdediging.

53 — De eerste volzin van artikel 260, lid 2, VWEU luidt: „Indien de Commissie van oordeel is dat de betrokken lidstaat niet het nodige heeft gedaan om gevolg te geven aan het arrest van het Hof, kan zij, nadat zij deze staat de mogelijkheid heeft geboden zijn opmerkingen in te dienen, de zaak voor het Hof brengen.” Zie ook conclusie van advocaat-generaal Fenelly in zaak C-197/98, Commissie/Griekenland (reeds aangehaald, punt 19).

54 — Dit lijkt ook de heersende opvatting in de doctrine te zijn, zie onder meer Bonnie, A., „Commission discretion under Art. 171(2) EC”, *European Law Review*, 1998, 23(6), blz. 544, en Masson, B., „L’obscur clarté de l’article 228, par. 2, CE”, *Revue trimestrielle du droit européen*, 2004, 4(4), blz. 639-668.

78. In dat verband is de enige beperking aan de beoordelingsmarge van de Commissie bij het inleiden van een niet-nakomingsprocedure dat haar handelwijze de rechten van verdediging van de betrokken lidstaat niet mag schenden.⁵⁵ Indien de ongewoon lange duur van de procedure het verweer van de lidstaat hindert, kan dit ertoe leiden dat het krachtens artikel 258 VWEU ingestelde beroep niet-ontvankelijk is.⁵⁶

79. In casu blijkt niet dat de handelwijze van de Commissie en de tijdsspanne die is verstreken na de beëindiging van de precontentieuze procedure een invloed hebben gehad op de wijze waarop de Bondsrepubliek Duitsland haar verweer heeft gevoerd.

80. Ik ben van mening dat de beperkende werking van de rechten van de verdediging in het kader van artikel 260 VWEU slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden speelt en dat de Commissie in beginsel niet verplicht is om de zaak binnen een bepaalde termijn voor het Hof te brengen.⁵⁷ Dit doet echter de volgende vraag rijzen: moet de termijn waarbinnen een beroep bij het Hof wordt ingesteld, ook al is hij irrelevant voor de ontvankelijkheid van het beroep, een invloed hebben bij het opleggen van financiële sancties?

81. Op het eerste gezicht lijkt het redelijk dat de handelwijze van de Commissie op de een of andere manier in aanmerking wordt genomen. Immers, hoe langer het duurt alvorens een beroep bij het Hof wordt ingesteld, hoe langer de niet-nakoming blijft bestaan. Wanneer met vertraging beroep bij het Hof wordt ingesteld na de beëindiging van de precontentieuze procedure, kan dit in sommige gevallen namelijk ertoe leiden dat de uitvoering niet „zo snel mogelijk” wordt verzekerd⁵⁸ en uiteindelijk nadelige gevolgen hebben voor de effectieve handhaving van het Unierecht.

82. Deze anomalie volstaat echter niet om artikel 260 VWEU aldus uit te leggen dat het een termijn bepaalt waarbinnen een zaak voor het Hof moet worden gebracht.

83. Van de Commissie verlangen dat zij de zaak binnen een bepaalde termijn voor het Hof brengt – en haar straffen wanneer zij niet binnen die termijn handelt door de lidstaat vrij te stellen van financiële sancties of door deze sancties te verminderen – zou volgens mij indruisen tegen het doel van het handhavingsmechanisme.⁵⁹ Dit zou de Commissie namelijk haar middelen ontnemen om de betrokken lidstaat ervan te overtuigen zo snel mogelijk uitvoeringsmaatregelen te nemen, waaronder de economische druk van financiële sancties.

84. Dit vooropgesteld, lijkt het feit dat er in casu drie jaar is verstreken tussen het einde van de precontentieuze procedure en de aanhangigmaking van de zaak bij het Hof, niet helemaal te stroken met het doel van een snelle en efficiënte oplossing voor het probleem van de niet-nakoming.⁶⁰ In dit opzicht moet wel kritiek worden geuit op de handelwijze van de Commissie.

55 — Zie supra, punt 76.

56 — Arrest van 24 april 2007, Commissie/Nederland (C-523/04, Jurispr. blz. I-3267, punt 27). Zie ook arrest van 16 mei 1991, Commissie/Nederland (C-96/89, Jurispr. blz. I-2461, punt 16).

57 — Voor criteria in verband met de beoordeling inzake de rechten van de verdediging zie arrest Commissie/Frankrijk (C-304/02, reeds aangehaald, punt 97).

58 — Zie in dit verband arrest van 19 december 2012, Commissie/Ierland (C-374/11, punt 21 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

59 — Een dergelijk vereiste zou ook een ingewikkelde en gedetailleerde beoordeling vereisen van wat in een concreet geval een redelijke termijn vormt.

60 — Dit doel is van bijzonder belang gelet op de wijziging van artikel 260 VWEU door het Verdrag van Lissabon waardoor de Commissie de betrokken lidstaat voor het Hof kan brengen zonder dat zij een met redenen omkleed advies hoeft uit te brengen. Hoewel de precontentieuze procedure in casu is beëindigd voordat het Verdrag van Lissabon in werking is getreden, zodat hier ook een met redenen omkleed advies is uitgebracht, benadrukt de wijziging opnieuw dat de procedure tot doel heeft een schending snel en efficiënt te beëindigen. Zie ook Secretariaat van de Europese Conventie, „Eindverslag van de studiegroep voor de werking van het Hof van Justitie” (document CONV 636/03, punt 28).

85. Niettegenstaande de handelwijze van de Commissie, blijft het een feit dat de betrokken lidstaat alle nodige maatregelen moet nemen om het Unierecht uit te voeren. Hoewel artikel 260 VWEU niet bepaalt binnen welke termijn uitvoering moet worden gegeven aan het oorspronkelijke arrest waarin niet-nakoming wordt vastgesteld, moet volgens vaste rechtspraak van het Hof wegens het belang van een onmiddellijke en uniforme toepassing van het Unierecht „onverwijld met die uitvoering worden begonnen en moet deze zo snel mogelijk worden voltooid”.⁶¹

86. Alleen de betrokken lidstaat is immers verantwoordelijk voor het beëindigen van de schending. Aangezien artikel 260 VWEU voorziet in een dwingend handhavingsmechanisme en aangezien de mogelijkheid om financiële sancties op te leggen bedoeld is om de lidstaten ervan te weerhouden de niet-nakoming te laten voortduren, is het mijns inziens niet aangewezen om de Bondsrepubliek Duitsland op grond van de handelwijze van de Commissie in deze zaak vrij te stellen van financiële sancties of deze sancties te verminderen. In het algemeen gesproken zou een dergelijke aanpak in de praktijk afdoen aan de dwingende kracht van artikel 260 VWEU en ertoe leiden dat de uitvoering van het arrest een minder aantrekkelijk alternatief wordt.⁶²

87. Tot slot zie ik gelet op de in artikel 260, lid 1, VWEU uitdrukkelijk geformuleerde eis dat de nodige maatregelen worden genomen om een arrest uit te voeren, niet in waarom de Bondsrepubliek Duitsland het Hof niet zelf om uitlegging had kunnen verzoeken teneinde het financiële risico te verkleinen.⁶³ Aangezien echter in de handhavingsprocedure niet is vereist dat een dergelijk verzoek wordt ingediend, mag het feit dat de Bondsrepubliek Duitsland niet van die mogelijkheid gebruik heeft gemaakt, geen invloed hebben bij het vaststellen van passende financiële sancties.⁶⁴

88. Nu zal ik ingaan op de berekening van de financiële sancties, te beginnen met de dwangsom.

3. Dwangsom

89. Met de dwangsom wordt beoogd de in gebreke gebleven lidstaat ertoe aan te zetten een voortdurende niet-nakoming te beëindigen.⁶⁵ Bij het bepalen of een dwangsom moet worden opgelegd, is doorslaggevend of er nog steeds een inbreuk bestaat wanneer het Hof de zaak onderzoekt.

90. Mocht het Hof het beroep van de Commissie met betrekking tot het bestaan van een inbreuk toewijzen, lijken partijen het erover eens te zijn dat de Bondsrepubliek Duitsland door het enkele feit dat § 4, lid 3, VW-wet van kracht blijft geen einde heeft gemaakt aan die inbreuk.

91. In die omstandigheden en voor het geval het Hof het niet eens zou zijn met mijn uitlegging van het arrest van 2007 ben ik van mening dat een dwangsom moet worden opgelegd aan de Bondsrepubliek Duitsland.

61 — Zie in dit verband arrest Commissie/Ierland (C-374/11, reeds aangehaald, punt 21 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

62 — Dit is in het bijzonder zo omdat de lidstaten de aanhangigmaking van de zaak bij het Hof kunnen vertragen door de onderhandelingen met de Commissie te verlengen. In die gevallen zou de vertraging bij het instellen van beroep de in gebreke gebleven lidstaat op ongerechtvaardigde wijze bevoordelen.

63 — Zie ook conclusie van advocaat-generaal Jääskinen in zaak C-241/11, Commissie/Tsjechië (reeds aangehaald, punt 70).

64 — Ik zou daarentegen noodzakelijkerwijs tot een andere slotsom komen indien de Bondsrepubliek Duitsland daartoe een verzoek had ingediend en het Hof had vastgesteld dat in het arrest van 2007 inderdaad een inbreuk was vastgesteld met betrekking tot § 4, lid 3, VW-wet. In dat geval zou de handelwijze van de lidstaat duidelijk aantonen dat hij de bedoeling had om zo snel mogelijk een einde te maken aan de inbreuk.

65 — Zie arrest Commissie/Frankrijk (C-304/12, reeds aangehaald, punt 103).

a) Ernst van de gestelde inbreuk

92. Wat de ernst van de inbreuk betreft, moet worden opgemerkt dat artikel 56 EG een basisbeginsel bevat dat een van de hoekstenen van de interne markt vormt. Om de werking daarvan te verzekeren, moeten alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen de lidstaten onderling en tussen de lidstaten en derde landen worden afgeschaft.⁶⁶

93. Volgens de Commissie leidt de gestelde inbreuk tot een situatie waarin de overheid de mogelijkheid behoudt om in een onderneming invloed uit te oefenen die haar niveau van investering te boven gaat. Meer bepaald kan het optreden van de overheid in een particuliere onderneming via middelen waarin de regelgeving voorziet (dat wil zeggen via de invoering van de blokkeringsminderheid van § 4, lid 3, VW-wet) het voor andere investeerders moeilijker maken om een deelneming in de onderneming te verwerven teneinde met deze onderneming duurzame en directe economische betrekkingen te vestigen of te handhaven.

94. Hoewel een schending van basisbeginselen van het Verdrag als bijzonder ernstig moet worden aangemerkt⁶⁷, dient te worden opgemerkt dat de Bondsrepubliek Duitsland het arrest van 2007 gedeeltelijk is nagekomen door de §§ 2, lid 1, en 4, lid 1, VW-wet in te trekken. Dit moet mijns inziens als verzachtende omstandigheid in aanmerking worden genomen bij het bepalen van de ernst van de inbreuk.

95. Voorts ben ik geneigd te stellen dat de blokkeringsminderheid van § 4, lid 3, VW-wet zonder het kader van de stemrechtbeperking van § 2, lid 1, VW-wet slechts een zeer beperkte invloed op het kapitaalverkeer heeft. Vast staat dat de blokkeringsminderheid verschilt van de algemene drempel van 25 % die in de wet op de naamloze vennootschappen is bepaald en dat het een specifieke verplichting inhoudt die via de regelgeving aan aandeelhouders wordt opgelegd. Toch is het voor de beoordeling van de ernst van de gestelde inbreuk van betekenis dat dit blokkeringsrecht alle aandeelhouders, groot en klein, zonder onderscheid ten goede komt. Ik ben dan ook niet overtuigd dat een dergelijk blokkeringsrecht – zelfs indien het wordt bekeken tegen de achtergrond van de bestaande deelname van ongeveer 20 % van de overheid (namelijk de deelstaat Nedersachsen) in het kapitaal van Volkswagen – het kapitaalverkeer aanzienlijk kan beperken.

96. Gelet op het voorgaande ben ik van mening dat een coëfficiënt 2 de ernst van de inbreuk naar behoren weergeeft.

b) Duur van de inbreuk en draagkracht van de lidstaat

97. De duur van de inbreuk op artikel 260, lid 1, VWEU, die moet worden berekend vanaf de datum waarop het Hof het arrest van 2007 heeft gewezen, bedraagt op dit moment vijf jaar en zeven maanden. Hoewel de bepaling niet preciseert binnen welke termijn een arrest moet worden uitgevoerd, is het vaste rechtspraak dat onmiddellijk met de uitvoering dient te worden begonnen en dat zij binnen een zo kort mogelijke termijn moet worden voltooid.⁶⁸

98. Mocht het Hof tot de slotsom komen dat de Bondsrepubliek Duitsland het arrest van 2007 nog steeds niet is nagekomen, kan die niet-nakoming bijzonder worden bekritiseerd omdat het duidelijk is welke maatregelen moeten worden genomen om het arrest van 2007 uit te voeren. Zoals met de vaststelling van de wet tot wijziging van de VW-wet wordt geïllustreerd, was het niet echt moeilijk om het arrest van 2007 volledig uit te voeren.

66 — Artikel 56, lid 1, EG.

67 — Zie in dit verband arrest van 4 juni 2009, Commissie/Griekenland (C-109/08, Jurispr. blz. I-4657, punt 33), en arrest Commissie/Frankrijk (C-304/02, reeds aangehaald, punten 105 en 107).

68 — Arrest Commissie/Spanje (C-287/01, reeds aangehaald, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

99. In die omstandigheden lijkt een coëfficiënt 3 passend om rekening te houden met de duur van de inbreuk.

100. Wat de draagkracht van de betrokken lidstaat betreft, heeft het Hof geoordeeld dat de berekeningswijze overeenkomstig welke het basisbedrag wordt vermenigvuldigd met een specifieke coëfficiënt voor die lidstaat, een passend middel is om de draagkracht van deze lidstaat tot uitdrukking te brengen en tegelijk een redelijke differentiatie tussen de verschillende lidstaten te bereiken.⁶⁹ In dit geval is het dan ook passend om een factor n van 21,12 te gebruiken voor de Bondsrepubliek Duitsland.⁷⁰

101. Tot slot ben ik het niet eens met de Duitse regering dat deze lidstaat een bijkomende termijn moet worden toegestaan om aan zijn verplichtingen te voldoen. De Duitse regering voert ter rechtvaardiging van haar verzoek aan dat er geen duidelijke en ondubbelzinnige rechtsgrondslag voor haar verplichtingen bestaat.⁷¹

102. Zoals ik hierboven heb trachten toe te lichten, mag de gestelde dubbelzinnigheid van een arrest niet als een relevante factor in aanmerking worden genomen bij de beoordeling van de ernst. Aangezien het arrest van 2007 de inhoud van de verplichtingen van de lidstaten krachtens artikel 56 EG helemaal niet heeft gewijzigd, hoeft de Bondsrepubliek Duitsland geen bijkomende respijtermijn te worden toegestaan.

103. Om de bovenvermelde redenen ben ik van mening dat de Bondsrepubliek Duitsland een dwangsom van 81 100,8 EUR per dag (= $640 \times 2 \times 3 \times 21,12$) moet worden opgelegd vanaf de datum waarop het arrest in de onderhavige zaak wordt gewezen tot de datum waarop het arrest van 2007 volledig is nagekomen.

4. Forfaitaire som

104. Teneinde op de in gebreke gebleven lidstaat voldoende financiële druk uit te oefenen om hem ertoe te brengen een einde te maken aan de krachtens artikel 258 VWEU in het oorspronkelijke arrest geconstateerde niet-nakoming, kan het Hof beslissen om naast een dwangsom een forfaitaire som op te leggen.⁷²

105. De oplegging van een dwangsom brengt de in gebreke gebleven lidstaat ertoe zo snel mogelijk na het wijzen van het arrest in een procedure krachtens artikel 260 VWEU een einde te maken aan een niet-nakoming. De oplegging van een forfaitaire som is daarentegen een afschrikingsmiddel dat ter verzekering dat de lidstaten een dergelijke procedure liever niet zullen afwachten alvorens de passende maatregelen te nemen om een einde te maken aan een inbreuk die het Hof in een niet-nakomingsprocedure krachtens artikel 258 VWEU heeft vastgesteld.⁷³

69 — Arrest van 17 november 2011, Commissie/Italië (C-496/09, Jurispr. blz. I-11483, punt 65 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

70 — Mededeling van de Commissie C(2012) 6106 final, blz. 5.

71 — Zie, mutatis mutandis, arrest van 2 juli 1996, Commissie/Luxemburg (C-473/93, Jurispr. blz. I-3207, punten 51 en 52).

72 — Conclusie van advocaat-generaal Poiares Maduro van 26 januari 2006 in zaak C-119/04, Commissie/Italië (arrest van 18 juli 2006, Jurispr. blz. I-6885, punt 46). Voor de rol van de forfaitaire som zie ook arrest van 7 juli 2009, Commissie/Griekenland (C-369/07, Jurispr. blz. I-5703, punt 140 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

73 — Arrest van 9 december 2008, Commissie/Frankrijk (C-121/07, Jurispr. blz. I-9159, punt 58), en conclusie van advocaat-generaal Poiares Maduro in zaak C-119/04, Commissie/Italië (reeds aangehaald, punt 46). Zie ook conclusie van advocaat-generaal Jääskinen in zaak C-241/11, Commissie/Tsjechië (reeds aangehaald, punten 34 en 35), over het punitieve karakter van de forfaitaire som.

106. Volgens vaste rechtspraak verleent artikel 260 VWEU het Hof een ruime beoordelingsbevoegdheid om te beslissen over het al dan niet opleggen van een forfaitaire som, waarbij alle relevante aspecten zowel in verband met de kenmerken van de vastgestelde niet-nakoming als in verband met de houding van de betrokken lidstaat in aanmerking worden genomen.⁷⁴ Een van deze aspecten is meer in het bijzonder de tijdsspanne gedurende welke de niet-nakoming na het arrest waarin zij is vastgesteld is blijven voortbestaan en de ernst van de inbreuk.⁷⁵

107. In casu pleit de duur van de inbreuk mijns inziens voor het opleggen van een forfaitaire som. Het tijdsverloop is namelijk aanzienlijk, aangezien het arrest van 2007 meer dan vijf jaar geleden is geweest. De aan de orde zijnde inbreuk bestaat ongeacht de omstandigheid dat het arrest van 2007 met de vaststelling van de wet tot wijziging van de VW-wet gedeeltelijk is uitgevoerd.

108. Met betrekking tot de forfaitaire som in het bijzonder, verduidelijkt het Hof zelden de criteria die het hanteert bij de berekening van het bedrag dat het in de omstandigheden van de zaak passend acht. Om transparanter te zijn en dus de afschrikkende werking van de forfaitaire som in dit opzicht te versterken, is het mijns inziens van bijzonder belang dat de toepasselijke criteria duidelijk worden toegelicht.⁷⁶

109. In casu is er volgens mij geen reden waarom de richtsnoeren van de Commissie⁷⁷ niet als maatstaf kunnen worden gebruikt. Rekening houdend met de bovenstaande analyse van de ernst en de draagkracht van de lidstaat, lijkt het passend om een forfaitaire som van 8 870,40 EUR per dag – het resultaat van een basisforfait van 210 EUR, een coëfficiënt 2 voor ernst en een bijzondere factor n van 21,12 – op te leggen voor elke dag dat het arrest niet is uitgevoerd.

110. Op de datum waarop de onderhavige conclusie wordt gelezen, heeft de inbreuk 2 045 dagen geduurd. De vermenigvuldiging van het bedrag van 8 870,40 EUR per dag met 2 045 dagen resulteert in een totaalbedrag van 18 139 968 EUR. Aangezien dit bedrag hoger is dan het minimum dat de Commissie voor de Bondsrepubliek Duitsland heeft bepaald (11 192 000 EUR)⁷⁸, brengt de voorgestelde forfaitaire som mijns inziens ook het afschrikkende en punitieve karakter van deze financiële sanctie juist tot uitdrukking.

111. Ik ben dan ook van mening dat de Bondsrepubliek Duitsland een forfaitaire som moet worden opgelegd van 8 870,40 EUR per dag vermenigvuldigd met het aantal dagen tussen de datum waarop het arrest van 2007 is geweest en de datum van het arrest in de onderhavige zaak.

IV – Conclusie

112. Derhalve geef ik het Hof in overweging:

- het beroep van de Commissie te verwerpen;
- de Commissie te verwijzen in de kosten.

74 — Zie onder meer arrest Commissie/Ierland (C-279/11, reeds aangehaald, punt 67 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

75 — Arrest Commissie/Spanje (C-610/10, reeds aangehaald, punt 144 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

76 — Een gebrek aan transparantie kan mijns inziens alleen tot een sterkere afschrikkende werking leiden wanneer het bedrag van een geldboete overschat wordt door de betrokkenen. Dat lijkt niet het geval te zijn in het kader van artikel 260 VWEU, aangezien het niet ongebruikelijk is dat het Hof het door de Commissie voorgestelde bedrag naar eigen inzicht vermindert zonder daarvoor noodzakelijkerwijs duidelijke criteria te verschaffen.

77 — Mededeling van de Commissie C(2012) 6106.

78 — Mededeling van de Commissie C(2012) 6106 final, blz. 5.

Subsidiair, voor het geval het Hof oordeelt dat de Bondsrepubliek Duitsland de krachtens artikel 260, lid 1, VWEU op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen, geef ik het Hof in overweging:

- de Bondsrepubliek Duitsland een dwangsom op te leggen van 81 100,80 EUR per dag vanaf de datum waarop het arrest in de onderhavige zaak wordt gewezen totdat het arrest van 2007 is nagekomen, alsook een forfaitaire som van 8 870,40 EUR per dag vermenigvuldigd met het aantal dagen tussen de datum waarop het arrest van 2007 werd gewezen en de datum van het arrest in de onderhavige zaak;
- de Bondsrepubliek Duitsland te verwijzen in de kosten.