

ARREST VAN HET HOF

13 mei 2003 *

In zaak C-463/00,

Commissie van de Europese Gemeenschappen, aanvankelijk vertegenwoordigd door M. Patakia en M. Desantes, vervolgens door M. Patakia en G. Valero Jordana als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

Koninkrijk Spanje, vertegenwoordigd door N. Díaz Abad als gemachtigde, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerder,

* Procestaal: Spaans.

ondersteund door

Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, vertegenwoordigd door R. Magrill als gemachtigde, bijgestaan door D. Wyatt, QC, en J. Crow, barrister, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

interveniënt,

betreffende een verzoek aan het Hof om vast te stellen dat de artikelen 2 en 3, leden 1 en 2, juncto artikel 1 van Ley 5/1995 de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas (wet nr. 5/1995 houdende rechtsregeling voor de vervreemding van openbare participaties in bepaalde ondernemingen) van 23 maart 1995 (BOE nr. 72 van 25 maart 1995, blz. 9366) en de koninklijke besluiten ter uitvoering van artikel 4 van die wet [koninklijk besluit nr. 3/1996 van 15 januari 1996 betreffende Repsol SA (BOE nr. 14 van 16 januari 1996, blz. 1133), koninklijk besluit nr. 8/1997 van 10 januari 1997 betreffende Telefónica de España SA en Telefónica Servicios Móviles SA (BOE nr. 10 van 11 januari 1997, blz. 907), koninklijk besluit nr. 40/1998 van 16 januari 1998 betreffende Corporación Bancaria de España SA (Argentaria) (BOE nr. 15 van 17 januari 1998, blz. 1851), koninklijk besluit nr. 552/1998 van 2 april 1998 betreffende Tabacalera SA (BOE nr. 80 van 3 april 1998, blz. 11370) en koninklijk besluit nr. 929/1998 van 14 mei 1998 betreffende Endesa SA (BOE nr. 129 van 30 mei 1998, blz. 17939)], voorzover zij voorzien in de toepassing van een stelsel van voorafgaande administratieve vergunning

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

- waarvoor geen objectieve, betrouwbare en openbaar gemaakte criteria bestaan, en

— dat niet in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel,

onverenigbaar zijn met de artikelen 43 EG en 56 EG,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt: G. C. Rodríguez Iglesias, president, J.-P. Puissochet, M. Wathelet en R. Schintgen, kamerpresidenten, C. Gulmann, D. A. O. Edward, A. La Pergola, P. Jann (rapporteur), V. Skouris, F. Macken, N. Colneric, S. von Bahr en A. Rosas, rechters,

advocaat-generaal: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
griffier: L. Hewlett, hoofdadministrateur,

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de pleidooien van partijen ter terechtzitting van 5 november 2002, waarbij de Commissie was vertegenwoordigd door M. Patakia en G. Valero Jordana; het Koninkrijk Spanje door N. Díaz Abad, en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland door J. E. Collins als gemachtigde, bijgestaan door D. Wyatt en J. Crow,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 6 februari 2003,

het navolgende

Arrest

1 Bij op 21 december 2000 ter griffie van het Hof neergelegd verzoekschrift heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen krachtens artikel 226 EG een beroep ingesteld tegen het Koninkrijk Spanje, strekkende tot vaststelling dat de artikelen 2 en 3, leden 1 en 2, juncto artikel 1 van Ley 5/1995 de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas (wet nr. 5/1995 houdende rechtsregeling voor de vervreemding van openbare participaties in bepaalde ondernemingen) van 23 maart 1995 (BOE nr. 72 van 25 maart 1995, blz. 9366; hierna: „wet nr. 5/1995”) en de koninklijke besluiten ter uitvoering van artikel 4 van die wet [koninklijk besluit nr. 3/1996 van 15 januari 1996 betreffende Repsol SA (BOE nr. 14 van 16 januari 1996, blz. 1133; hierna: „koninklijk besluit nr. 3/1996”), koninklijk besluit nr. 8/1997 van 10 januari 1997 betreffende Telefónica de España SA en Telefónica Servicios Móviles SA (BOE nr. 10 van 11 januari 1997, blz. 907; hierna: „koninklijk besluit nr. 8/1997”), koninklijk besluit nr. 40/1998 van 16 januari 1998 betreffende Corporación Bancaria de España SA (Argentaria) (BOE nr. 15 van 17 januari 1998, blz. 1851; hierna: „koninklijk besluit nr. 40/1998”), koninklijk besluit nr. 552/1998 van 2 april 1998 betreffende Tabacalera SA (BOE nr. 80 van 3 april 1998, blz. 11370; hierna: „koninklijk besluit nr. 552/1998”) en koninklijk besluit nr. 929/1998 van 14 mei 1998 betreffende Endesa SA (BOE nr. 129 van 30 mei 1998, blz. 17939; hierna: „koninklijk besluit nr. 929/1998”)], voorzover zij voorzien in de toepassing van een stelsel van voorafgaande administratieve vergunning

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

- waarvoor geen objectieve, betrouwbare en openbaar gemaakte criteria bestaan, en

— dat niet in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel,

onverenigbaar zijn met de artikelen 43 EG en 56 EG.

- 2 Bij beschikking van de president van het Hof van 1 juni 2001 is het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland toegelaten tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van het Koninkrijk Spanje.

Rechtskader van het geding

Het gemeenschapsrecht

- 3 Artikel 56, lid 1, EG luidt als volgt:

„In het kader van de bepalingen van dit hoofdstuk zijn alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen verboden.”

4 Artikel 58, lid 1, sub b, EG luidt:

„Het bepaalde in artikel 56 doet niets af aan het recht van de lidstaten:

[...]

b) alle nodige maatregelen te nemen om overtredingen van de nationale wetten en voorschriften tegen te gaan, met name op fiscaal gebied en met betrekking tot het bedrijfseconomisch toezicht op financiële instellingen, of te voorzien in procedures voor de kennisgeving van kapitaalbewegingen ter informatie van de overheid of voor statistische doeleinden, dan wel maatregelen te nemen die op grond van de openbare orde of de openbare veiligheid gerechtvaardigd zijn.”

5 Bijlage I bij richtlijn 88/361/EEG van de Raad van 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel 67 van het Verdrag (PB L 178, blz. 5) bevat een nomenclatuur van het in artikel 1 van deze richtlijn bedoelde kapitaalverkeer. Daarin worden met name de volgende kapitaalbewegingen genoemd:

„I. Directe investeringen [...]

1) Oprichting van nieuwe en uitbreiding van bestaande filialen of ondernemingen, welke uitsluitend aan de kapitaalverschaffer toebehoren; algehele verwerving van bestaande ondernemingen

2) Deelneming in nieuwe of bestaande ondernemingen teneinde duurzame economische betrekkingen te vestigen of te handhaven

[...]"

- 6 Volgens de verklarende aantekeningen aan het einde van bijlage I bij richtlijn 88/361 wordt onder „directe investeringen” verstaan:

„Alle investeringen welke door natuurlijke personen of door commerciële, industriële of financiële ondernemingen worden verricht en welke gericht zijn op de vestiging of de handhaving van duurzame en directe betrekkingen tussen de kapitaalverschaffer enerzijds en de ondernemer of de onderneming anderzijds, voor wie de desbetreffende middelen bestemd zijn met het oog op de uitoefening van een economische activiteit. Dit begrip dient derhalve in de ruimste zin te worden opgevat.

[...]

Bij de in punt I. 2 van de nomenclatuur genoemde ondernemingen, die de rechtsvorm hebben van een vennootschap waarvan het kapitaal in aandelen is verdeeld, is sprake van een directe investering, indien het aandelenpakket dat in het bezit is van een natuurlijke persoon, een andere onderneming of enigerlei andere houder, aan deze aandeelhouders hetzij ingevolge de bepalingen van de nationale wetgeving op de vennootschappen, hetzij uit anderen hoofde de mogelijkheid biedt daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de controle over de betrokken vennootschap.

[...]"

- 7 De nomenclatuur in bijlage I bij richtlijn 88/361 ziet ook op de volgende kapitaalbewegingen:

„III. Verrichtingen betreffende effecten die gewoonlijk op de kapitaalmarkt worden verhandeld [...]

[...]

A. Transacties in effecten van de kapitaalmarkt

1) Verwerving door niet-ingezetenen van ter beurse verhandelde binnenlandse effecten [...]

[...]

3) Verwerving door niet-ingezetenen van niet ter beurse verhandelde binnenlandse effecten [...]

[...]”

8 Artikel 295 EG bepaalt:

„Dit Verdrag laat de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet.”

Het nationale recht

9 Wet nr. 5/1995 regelt de voorwaarden voor de privatisering van Spaanse overheidsbedrijven. De artikelen 1 tot en met 4 bepalen:

„Artikel 1. Personele werkingssfeer

Binnen de werkingssfeer van deze wet vallen:

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

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

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

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

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

Artikel 2. Toepassingsvoorwaarden

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

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

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

Artikel 3. Voorafgaande administratieve vergunning

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

- a) de vrijwillige ontbinding, de splitsing of de fusie van de onderneming;
- b) de vervreemding of de inpandgeving, in ongeacht welke vorm en onder ongeacht welke titel, van de activa of de participaties die noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van het vennootschappelijk doel van de onderneming en die daarvoor zijn bestemd;
- c) de wijziging van het vennootschappelijk doel.

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

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

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

[...]

Artikel 4. Stelsel van administratieve vergunning

1. Het stelsel van voorafgaande administratieve vergunning wordt op voorstel van de materieel bevoegde minister en na advies van de Raad van State vastgesteld bij een in ministerraad overlegd koninklijk besluit.

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

- a) de personele werkingssfeer ervan;
- b) welke van de in artikel 3 bedoelde overdrachten aan voorafgaande vergunning zijn onderworpen;
- c) het orgaan dat bevoegd is om de vergunning te verlenen;

d) de geldigheidstermijn van het stelsel van administratieve vergunning.

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

- 10 De algemene maatregelen ter uitvoering van wet nr. 5/1995 zijn vastgesteld bij koninklijk besluit nr. 1525/1995 van 15 september 1995 (BOE nr. 230 van 26 september 1995, blz. 28616; hierna: „koninklijk besluit nr. 1525/1995”).
- 11 Voorts voorzien de koninklijke besluiten nrs. 3/1996, 8/1997, 40/1998, 552/1998 en 929/1998 overeenkomstig artikel 4 van deze wet in een stelsel van vergunning dat toepasselijk is op ondernemingen van respectievelijk de aardolie-, telecommunicatie-, bank-, tabaks- en elektriciteitssector. Overeenkomstig artikel 4, lid 2, van wet nr. 5/1995 regelen die koninklijke besluiten de personele werkingssfeer door een verwijzing naar deze wet, de aan het vergunningstelsel onderworpen handelingen, het administratieve orgaan dat bevoegd is om de vergunning te verlenen en de geldigheidstermijn van het stelsel die naar gelang van het besluit is vastgesteld tussen 5 oktober 2000 en 8 juni 2008.

De precontentieuze procedure

- 12 Bij brief van 26 oktober 1998 heeft de Commissie de Spaanse regering meegedeeld dat het bij wet nr. 5/1995 en de koninklijke besluiten nrs. 3/1996, 8/1997, 40/1998, 552/1998 en 929/1998 ingevoerde stelsel van voorafgaande administratieve vergunning volgens haar in strijd was met de bepalingen van het EG-Verdrag betreffende het vrije verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging. Zij heeft de Spaanse regering dan ook verzocht binnen een termijn van twee maanden haar opmerkingen kenbaar te maken.

- 13 De Spaanse regering heeft deze aanmaning beantwoord bij brief van 27 januari 1999 waarin zij stelde dat de betrokken maatregelen in overeenstemming waren met het gemeenschapsrecht. Bij brief van 18 maart 1999 heeft zij haar standpunt nader toegelicht.

- 14 Aangezien deze antwoorden naar het oordeel van de Commissie geen voldoening gaven, heeft zij het Koninkrijk Spanje op 2 augustus 1999 een met redenen omkleed advies gezonden met het verzoek om binnen een termijn van twee maanden hieraan te voldoen.

- 15 De Spaanse regering heeft het met redenen omklede advies beantwoord bij brief van 3 november 1999. Hierin heeft zij de Spaanse regeling voor de privatisering van een aantal ondernemingen uit de overheidssector uitvoerig toegelicht en heeft zij herhaald dat de betrokken maatregelen volgens haar verenigbaar waren met het gemeenschapsrecht, in het bijzonder met de artikelen 43 EG, 56 EG en 295 EG.

- 16 Omdat deze antwoorden niet voldeden, heeft de Commissie bij het Hof het onderhavige beroep ingesteld.

De ontvankelijkheid

Middelen en argumenten van partijen

- 17 De Spaanse regering werpt drie excepties van niet-ontvankelijkheid op.

- 18 Zij stelt in de eerste plaats dat de stelsels die zijn ingevoerd bij koninklijk besluit nr. 40/1998 en bij koninklijk besluit nr. 552/1998, zoals gewijzigd bij koninklijk besluit nr. 67/2000 van 21 januari 2000 (BOE nr. 28 van 2 februari 2000, blz. 4700), respectievelijk op 17 februari 2001 en 5 oktober 2000 zijn vervallen. Het beroep moet derhalve niet-ontvankelijk worden verklaard wat deze twee stelsels betreft.
- 19 Aangaande de bij de koninklijke besluiten nrs. 3/1996, 8/1997 en 929/1998 ingevoerde stelsels, die nog steeds van kracht zijn, verzoekt de Spaanse regering in de tweede plaats het beroep niet-ontvankelijk te verklaren omdat er een incoherentie is tussen de door de Commissie in haar verzoekschrift aangehaalde wetsbepalingen. De Commissie verwijst immers enkel naar artikel 1, lid 1, van wet nr. 5/1995, terwijl die stelsels in werkelijkheid van toepassing zijn op basis van lid 2 van dit artikel, dat betrekking heeft op groepen van ondernemingen.
- 20 In de derde plaats moet het beroep volgens de Spaanse regering niet-ontvankelijk worden verklaard met betrekking tot artikel 3, lid 1, van wet nr. 5/1995, dat de besluiten van de vennootschapsorganen betreft, aangezien de Commissie in haar opmerkingen verwijst naar de in lid 2 van dit artikel bedoelde „operaties” en niet naar deze besluiten.
- 21 De Commissie verzoekt het Hof de excepties van niet-ontvankelijkheid te verwerpen.
- 22 De stelsels die zijn ingevoerd bij de koninklijke besluiten nr. 40/1998 en nr. 552/1998, zoals gewijzigd, zijn volgens haar vervallen na afloop van de termijn die in het met redenen omkleed advies was gesteld om daaraan te voldoen, namelijk 2 oktober 1999. Volgens vaste rechtspraak moet het bestaan van een niet-nakoming evenwel worden beoordeeld op basis van de situatie aan het einde van deze termijn.

- 23 Wat de gestelde niet-vermelding van artikel 1, lid 2, van wet nr. 5/1995 in het verzoekschrift betreft, betoogt de Commissie dat zij dit artikel herhaaldelijk in het algemeen heeft aangehaald, zonder onderscheid te maken tussen de twee leden daarvan. Zelfs indien het Hof zou aannemen dat groepen buiten het bestek van het beroep vallen, betekent dit niet dat het beroep niet-ontvankelijk is met betrekking tot moedervenootschappen. Koninklijk besluit nr. 8/1997 betreffende Telefónica de España SA en Telefónica Servicios Móviles SA heeft hoe dan ook geen betrekking op de gehele groep maar beoogt uitdrukkelijk twee ondernemingen van de groep.
- 24 Wat de besluiten van de vennootschapsorganen betreft, worden zowel op de eerste bladzijde van het verzoekschrift als in de conclusie daarvan de leden 1 en 2 van artikel 3 van wet nr. 5/1995 vermeld. Voorts worden in het verzoekschrift zelf de besluiten van vennootschappen uitdrukkelijk vermeld of wordt meer in het algemeen verwezen naar alle operaties die aan vergunning zijn onderworpen. Dat het verzoekschrift niet duidelijk genoeg is, kan dus niet worden beweerd.

Beoordeling door het Hof

- 25 Aangaande de eerste exceptie van niet-ontvankelijkheid kan worden volstaan met de vaststelling dat volgens de rechtspraak van het Hof het bestaan van een niet-nakoming moet worden beoordeeld op basis van de situatie waarin de lidstaat zich bevond aan het einde van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn, en dat het Hof met sedertdien opgetreden wijzigingen geen rekening kan houden (zie met name arrest van 5 december 2002, Commissie/Luxemburg, C-174/01, Jurispr. blz. I-11171, punt 18). Aangezien het met redenen omkleed advies dateert van 2 augustus 1999 en de termijn om hieraan te voldoen twee maanden bedraagt, kan het verval, respectievelijk op 17 februari 2001 en 5 oktober 2000, van de bij de koninklijke besluiten nrs. 40/1998 en 552/1998 ingevoerde stelsels geen invloed hebben op het bestaan van een eventuele niet-nakoming aan het einde van die termijn.
- 26 De eerste exceptie van niet-ontvankelijkheid moet dus worden verworpen.

- 27 Wat de tweede en de derde exceptie van niet-ontvankelijkheid betreft, zij opgemerkt dat artikel 38, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering bepaalt dat het verzoekschrift het voorwerp van het geschil en een summiere uiteenzetting van de aangevoerde middelen moet bevatten. In casu blijkt echter genoegzaam uit het verzoekschrift dat het beroep in het bijzonder ziet op de besluiten ter uitvoering van wet nr. 5/1995, waarvan een aantal betrekking hebben op autonome ondernemingen en andere op groepen van ondernemingen, en dat de bepalingen van deze wet enkel zijn aangehaald voorzover zij de rechtsgrondslag van de betrokken besluiten vormen. Dat de Commissie niet telkens uitdrukkelijk heeft verwezen naar lid 1 of lid 2 van artikel 1 van wet nr. 5/1995, is dus irrelevant. Wat de in artikel 3, lid 1, van deze wet bedoelde besluiten van vennootschapsorganen betreft, blijkt uit het verzoekschrift duidelijk dat het beroep betrekking heeft op de overeenkomstig artikel 3, lid 1, van de wet en op de overeenkomstig lid 2 van dit artikel vastgestelde maatregelen. Het verzoekschrift is bijgevolg duidelijk en niet dubbelzinnig.
- 28 De tweede en de derde exceptie van niet-ontvankelijkheid moeten dus worden verworpen.
- 29 Hieruit volgt dat het beroep in zijn geheel ontvankelijk is.

Ten gronde

Middelen en argumenten van partijen

- 30 In haar verzoekschrift verwijst de Commissie allereerst naar mededeling 97/C 220/06 van 19 juli 1997 betreffende bepaalde juridische aspecten van de intracommunautaire investeringen (PB C 220, blz. 15; hierna: „mededeling van 1997”). In deze mededeling heeft zij haar standpunt bekendgemaakt over de

uitlegging van de verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging in het kader van maatregelen die een lidstaat neemt bij de privatisering van een overheidsbedrijf.

- 31 Blijkens punt 7 van de mededeling van 1997 moet elke maatregel waardoor de uitoefening van het recht om meerderheidsparticipaties te verwerven, de volle uitoefening van de daaraan verbonden stemrechten en het beheer van een onderneming aan voorafgaande administratieve vergunning worden onderworpen, worden beschouwd als een beperking van de directe investeringen door investeerders uit andere lidstaten, alsmede van de portefeuillebeleggingen, aangezien de aldus ingevoerde machtigingsprocedures kunnen worden gebruikt om investeerders die portefeuillebeleggingen wensen te verrichten, te beletten minderheidsparticipaties boven de vastgestelde drempels te verwerven.
- 32 Volgens de Commissie voldoet de in de betrokken nationale wetgeving voorziene mogelijkheid om een aantal handelingen aan voorafgaande administratieve vergunning te onderwerpen niet aan de in de mededeling van 1997 gestelde voorwaarden, en worden aldus de artikelen 43 EG en 56 EG geschonden.
- 33 Wat meer bepaald het vrije verkeer van kapitaal betreft, verwijst de Commissie naar het arrest van 14 maart 2000, *Église de scientologie* (C-54/99, Jurispr. blz. I-1335, punt 14), waaruit blijkt dat een nationale bepaling die een buitenlandse directe investering aan voorafgaande vergunning onderwerpt, een beperking van het kapitaalverkeer vormt.
- 34 Hoewel de lidstaten krachtens in het Verdrag voorziene uitzonderingen het vrije verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging aan beperkingen kunnen onderwerpen in bepaalde omstandigheden die verband houden met de uit-

oefening van het openbaar gezag, de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid, moeten deze uitzonderingen restrictief worden uitgelegd en mag de strekking ervan niet eenzijdig door de lidstaten worden bepaald. Bovendien moeten zij voldoen aan het evenredigheidsbeginsel, moeten zij in overeenstemming zijn met het rechtszekerheidsbeginsel en mogen zij niet om zuiver economische redenen worden opgelegd (zie arresten van 31 maart 1993, Kraus, C-19/92, Jurispr. blz. I-1663, en 30 november 1995, Gebhard, C-55/94, Jurispr. blz. I-4165).

- 35 Louter economische of administratieve overwegingen kunnen hoe dan ook geen dwingende reden van algemeen belang vormen waardoor beperkingen van de in het Verdrag voorziene vrijheden kunnen worden gerechtvaardigd. Zo lijkt een rechtvaardiging door dwingende redenen van algemeen belang op het eerste gezicht niet te kunnen gelden voor de tabaksproducent Tabacalera SA en de bankvereniging Corporación Bancaria de España SA (Argentaria). De vergunningstelsels voor de andere betrokken ondernemingen bevatten geen enkele voorwaarde en kunnen naar goeddunken van de administratie in elke situatie worden toegepast. Voorts is koninklijk besluit nr. 8/1997, wat Telefónica de España SA en Telefónica Servicios Móviles SA betreft, ook van toepassing op diensten van mobiele telefonie buiten Spanje. Endesa SA is in het bijzonder opgericht om de ontwikkeling van de groep waarvan zij deel uitmaakt, te bevorderen op de internationale markten en in het bijzonder in Zuid-Amerika. Zij draagt dus duidelijk niet bij tot het behoud van een voor de Spaanse economie strategische dienst.
- 36 Volgens de Commissie schendt het litigieuze stelsel, in het bijzonder artikel 3, lid 2, van wet nr. 5/1995, maar ook lid 1 van dit artikel, in elk geval het evenredigheidsbeginsel. Een stelsel van voorafgaande administratieve vergunning, dat noodzakelijkerwijs dwingender is dan een stelsel van toezicht achteraf, moet aan zeer strenge criteria worden onderworpen. Dat is in casu evenwel niet het geval: het betrokken stelsel is niet doorzichtig, de voorwaarden voor afgifte van de vergunning zijn niet omschreven noch voorzienbaar, en particulieren kunnen met dit stelsel de omvang van hun rechten en verplichtingen niet nauwkeurig kennen.

- 37 De Spaanse regering heeft niet aangetoond dat de voorafgaande administratieve vergunning de minst dwingende methode is waarover zij beschikt, of dat zij het meest doeltreffende middel is om toezicht te houden op bepaalde investeringen die strijdig zijn met de nagestreefde doelstellingen, die te controleren en eventueel te verbieden. Voorts heeft de administratie met dit stelsel de mogelijkheid om investeerders uit andere lidstaten willekeurig te discrimineren.
- 38 Ter terechtzitting heeft de Commissie verklaard in te stemmen met de beoordelingen die het Hof na de instelling van het beroep heeft uitgesproken in arresten in vergelijkbare zaken, namelijk de arresten van 4 juni 2002, Commissie/Portugal (C-367/98, Jurispr. blz. I-4731), Commissie/Frankrijk (C-483/99, Jurispr. blz. I-4781), en Commissie/België (C-503/99, Jurispr. blz. I-4809). Het Hof heeft in deze arresten geoordeeld dat stelsels van voorafgaande vergunning zoals dat welk in casu aan de orde is, onverenigbaar zijn met het vrije verkeer van kapitaal.
- 39 De Spaanse regering stelt subsidiair, aangezien zij het beroep niet-ontvankelijk acht, dat deze beoordeling van de Commissie ongefundeerd is en dat het beroep ten gronde moet worden verworpen. Zij geeft allereerst een uitvoerige toelichting over het verloop van de privatisering van de Spaanse overheidsbedrijven alsmede over het constitutionele raamwerk van deze operatie, en toont aan dat dit proces volstrekt in overeenstemming is met het nationale recht. Het Koninkrijk Spanje heeft bij de aanvang van het privatiseringsproces enkel begeleidingsmaatregelen willen vaststellen om te waarborgen dat de specifieke taak die aan de betrokken ondernemingen is opgedragen, wordt uitgevoerd.
- 40 Vervolgens verwijst de Spaanse regering naar de toelichting bij koninklijk besluit nr. 1525/1995, luidens welke „het bij wet nr. 5/1995 van 23 maart ingevoerde stelsel en derhalve het onderhavige koninklijk besluit zullen worden toegepast in overeenstemming met de bepalingen van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap inzake het recht van vestiging en het vrije verkeer van kapitaal”. Het gemeenschapsrecht wordt dus ook volkomen geëerbiedigd.

- 41 De Spaanse regering verwijst voorts naar het in artikel 295 EG neergelegde beginsel dat het Verdrag neutraal staat ten aanzien van de regeling van het eigendomsrecht. Zij deelt de mening van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in zijn conclusie in de zaken die hebben geleid tot de reeds aangehaalde arresten Commissie/Portugal, Commissie/Frankrijk en Commissie/België, namelijk dat soortgelijke stelsels die in Portugal, Frankrijk en België van kracht zijn, krachtens artikel 295 EG verenigbaar moeten worden geacht met het gemeenschapsrecht. Voorzover de lidstaten er legitiem voor kunnen kiezen om overheidsbedrijven te privatiseren, moet volgens de Spaanse regering het rechtsbeginsel „qui peut le plus, peut le moins” (wie het meerdere mag, mag ook het mindere) worden toegepast.
- 42 Het uit wet nr. 5/1995 voortvloeiende stelsel van voorafgaande administratieve vergunning is in elk geval verenigbaar met het vrije verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging. De in artikel 3, lid 1, van deze wet opgesomde besluiten van vennootschapsorganen hebben allemaal betrekking op het behoud van het vennootschappelijk doel van de onderneming of van haar vermogen en zijn dus gerechtvaardigd door de vrijwaring van de continuïteit van de onderneming. Voorts zijn de in lid 2 van dat artikel bedoelde voorwaarden waaronder een investeerder uit een andere lidstaat meerderheidsparticipaties kan nemen, dezelfde als voor Spaanse onderdanen. Het betrokken stelsel brengt dus geen discriminatie op grond van nationaliteit mee.
- 43 Zo de litigieuze regeling al de vrijheid van vestiging mocht aantasten, wordt het vrije verkeer van kapitaal zeker niet beperkt. Het stelsel van voorafgaande administratieve vergunning heeft immers niet tot doel de toegang van kapitaal uit andere lidstaten tot de nationale financiële markten te beperken of de rechtsvorm van de daartoe strekkende operaties te regelen. Het positieve recht dat in elke lidstaat van kracht is, vormt een gegevenheid van de markt, die niet in strijd met het vrije verkeer van kapitaal kan worden geacht. Voorts heeft het betrokken stelsel enkel betrekking op de politieke rechten van de aandeelhouders, zoals de stemrechten, met uitsluiting van hun economische rechten.
- 44 Het stelsel van voorafgaande administratieve vergunning wordt hoe dan ook gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang die verband

houden met een strategisch belang en met de noodzaak de continuïteit van de openbare diensten te waarborgen. In elk van de betrokken koninklijke besluiten wordt het waarborgen van deze continuïteit vermeld. De lidstaten dienen immers de veiligstelling van de bevoorrading, de economische en sociale solidariteit en de bescherming van de belangen van de consumenten te verzekeren.

- 45 Het betrokken stelsel eerbiedigt eveneens het evenredigheidsbeginsel. Het waarborgen van de continuïteit van de openbare dienst vormt een duidelijk, objectief en niet-discriminerend criterium dat eveneens het rechtszekerheidsbeginsel eerbiedigt, zelfs indien het gepaard gaat met de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid. Overigens is de administratie in de uitoefening van een dergelijke bevoegdheid steeds gebonden aan rechtsregels.
- 46 Een exhaustieve lijst van de redenen voor weigering van de betrokken administratieve vergunning, zoals de Commissie verlangt, is niet noodzakelijk, maar zou de administratie verlammen.
- 47 Alle handelingen ter uitvoering van de betrokken regeling zijn bovendien onderworpen aan een rechterlijke toetsing volgens de nationale rechtsmiddelen die zelf hun rechtsgrondslag vinden in de artikelen 9.3, 103 en 106 van de Spaanse Grondwet. Het in het beroep bestreden stelsel is dus niet onvoldoende doorzichtig.
- 48 De Spaanse regering verwijst ten slotte naar artikel 86, lid 2, EG. Zonder haar argumenten nader toe te lichten stelt zij dat deze bepaling een algemene regel vormt op basis waarvan de lidstaten maatregelen kunnen vaststellen die niet alleen afwijken van de verdragsbepalingen betreffende de mededinging maar ook van de overige bepalingen van het Verdrag.

- 49 De regering van het Verenigd Koninkrijk, die is tussengekomen ter ondersteuning van de conclusies van de Spaanse regering, stelt dat onderscheid moet worden gemaakt tussen de wettelijke bevoegdheid om de verwerving van aandelen in een vennootschap aan voorafgaande vergunning te onderwerpen, zoals bedoeld in artikel 3, lid 2, van wet nr. 5/1995, en de bevoegdheid om zich te verzetten tegen besluiten van een vennootschap inzake de overdracht van goederen of activa of tegen andere besluiten inzake het dagelijks bestuur, zoals volgt uit lid 1 van dat artikel. Anders dan het eerste soort bevoegdheid vormt de tweede bevoegdheid zeker geen beperking van de vrijheid van vestiging of het vrije verkeer van kapitaal en behoeft deze dus niet te worden gerechtvaardigd.
- 50 De analyse van de Commissie is onjuist nu zij ervan uitgaat dat elke maatregel die de uitoefening van de in het Verdrag voorziene vrijheden hindert of minder aantrekkelijk maakt, niet alleen niet-discriminerend mag zijn maar ook moet worden gerechtvaardigd door redenen die verband houden met de evenredigheid van wettelijke vereisten. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt echter duidelijk dat maatregelen die de toegang tot de markt niet beperken, niet aldus behoeven te worden gerechtvaardigd (zie in het bijzonder arrest van 24 november 1993, Keck en Mithouard, C-267/91 en C-268/91, Jurispr. blz. I-6097, punt 17).

Beoordeling door het Hof

Artikel 56 EG

- 51 Allereerst zij eraan herinnerd dat artikel 56, lid 1, EG uitvoering geeft aan het beginsel van het vrije verkeer van kapitaal tussen de lidstaten onderling en tussen de lidstaten en derde landen. Daartoe bepaalt het in het kader van het hoofdstuk „Kapitaal en betalingsverkeer” van het Verdrag dat alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen verboden zijn.

- 52 Het Verdrag geeft weliswaar geen definitie van de begrippen kapitaalverkeer en betalingsverkeer, maar vaststaat dat richtlijn 88/361, samen met de nomenclatuur in haar bijlage, een indicatieve waarde heeft voor de omschrijving van het begrip kapitaalverkeer (zie arrest van 16 maart 1999, Trummer en Mayer, C-222/97, Jurispr. blz. I-1661, punten 20 en 21).
- 53 De punten I en III van de nomenclatuur in bijlage I bij richtlijn 88/361 en de verklarende aantekeningen daarbij wijzen erop dat de directe investering in de vorm van deelneming in een onderneming door aandeelhouderschap en de verwerving van effecten op de kapitaalmarkt kapitaalverkeer in de zin van artikel 56 EG zijn. Volgens de verklarende aantekeningen wordt de directe investering gekenmerkt door de mogelijkheid om daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de controle over een vennootschap.
- 54 Gelet op deze overwegingen moet worden onderzocht of het kapitaalverkeer tussen de lidstaten wordt beperkt door het uit wet nr. 5/1995 en de koninklijke besluiten nrs. 3/1996, 8/1997, 40/1998, 552/1998 en 929/1998 voortvloeiende stelsel, waarin een voorafgaande vergunning van de nationale administratie is vereist voor besluiten van handelsondernemingen met betrekking tot

— de ontbinding, de splitsing of de fusie van de onderneming;

— de vervreemding of de inpandgeving van de activa of de participaties die noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van het vennootschappelijk doel;

— de wijziging van het vennootschappelijk doel;

- overdrachten van het vennootschappelijk kapitaal waardoor de participatie van de staat met 10 % of meer vermindert, en

- de verwerving van participaties waardoor ten minste 10 % van het vennootschappelijk kapitaal wordt overgenomen,

wanneer de participatie van de staat in het vennootschappelijk kapitaal van de onderneming met ten minste 10 % is gedaald en minder dan 50 % bedraagt, of wanneer deze participatie tot minder dan 15 % van het vennootschappelijk kapitaal is gedaald.

- 55 De Spaanse regering betoogt allereerst dat de in artikel 3, lid 2, van wet nr. 5/1995 bedoelde maatregelen van toepassing zijn zonder onderscheid naar nationaliteit. Er is dus geen sprake van een discriminerende behandeling van onderdanen van andere lidstaten. Bijgevolg vormen de bedoelde maatregelen geen beperking van het vrije verkeer van kapitaal.
- 56 Dit argument kan niet worden aanvaard. Uit punt 44 van het arrest Commissie/Portugal en punt 40 van het arrest Commissie/Frankrijk volgt immers dat het in artikel 56 EG neergelegde verbod verder gaat dan het wegwerken van een op de nationaliteit gebaseerde ongelijke behandeling van de marktdeelnemers op de financiële markten.
- 57 Een regeling die zoals artikel 3, lid 2, van wet nr. 5/1995 de verwerving van participaties beperkt, vormt een beperking van het vrije verkeer van kapitaal.

- 58 Aangaande de in artikel 3, lid 1, van wet nr. 5/1995 bedoelde maatregelen stelt de regering van het Verenigd Koninkrijk met een beroep op het arrest Keck en Mithouard, dat deze de toegang tot de markt niet beperken en het vrije verkeer van kapitaal dus niet aantasten.
- 59 Dit argument kan niet worden aanvaard. De gevolgen van de betrokken maatregelen zijn niet vergelijkbaar met die van de regelingen die volgens het arrest Keck en Mithouard buiten de werkingssfeer van artikel 30 van het EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 28 EG) vallen.
- 60 Volgens dat arrest kan de toepassing op producten uit andere lidstaten van nationale bepalingen die op het grondgebied van de invoerende lidstaat bepaalde verkoopmodaliteiten aan banden leggen of verbieden, niet worden beschouwd als een maatregel die de handel tussen lidstaten kan belemmeren, mits die bepalingen in de eerste plaats van toepassing zijn op alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooiën, en mits zij in de tweede plaats zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale producten en op die van producten uit andere lidstaten. Deze toepassing heeft immers niet tot gevolg dat voor die producten de toegang tot de markt van de lidstaat van invoer wordt verhinderd of meer wordt bemoeilijkt dan voor nationale producten het geval is (arrest van 10 mei 1995, Alpine Investments, C-384/93, Jurispr. blz. I-1141, punt 37).
- 61 Hoewel de betrokken beperkingen op het gebied van investeringen zonder onderscheid van toepassing zijn op ingezetenen en niet-ingezetenen, moet in casu toch worden vastgesteld dat zij de situatie van de verkrijger van een participatie als dusdanig aantasten en de investeerders uit andere lidstaten dus afhouden van deze investeringen en derhalve de toegang tot de markt aan voorwaarden onderwerpen (zie eveneens arrest van heden, Commissie/Verenigd Koninkrijk, C-98/01, Jurispr. blz. I-4641, punt 47).

- 62 In deze omstandigheden moet worden aangenomen dat de regeling op basis van artikel 3, lid 2, van wet nr. 5/1995 en van lid 1 van dat artikel een beperking van het kapitaalverkeer in de zin van artikel 56 EG vormt.
- 63 Het door de Spaanse regering aangehaalde feit dat in de toelichting bij koninklijk besluit nr. 1525/1995 is vermeld dat het betrokken stelsel moet worden toegepast in overeenstemming met het gemeenschapsrecht, doet aan deze beoordeling niet af.
- 64 Een dergelijke bepaling brengt het vereiste van een voorafgaande vergunning, bij gebreke van een passende rechtvaardiging, immers nog niet in overeenstemming met het gemeenschapsrecht. Verder kan deze abstracte regel niet met zekerheid waarborgen dat het betrokken stelsel in concreto altijd overeenkomstig de vereisten van het gemeenschapsrecht zal worden toegepast.
- 65 Derhalve moet worden onderzocht of, en eventueel onder welke voorwaarden, een rechtvaardiging van de litigieuze beperking kan worden aanvaard voor de verschillende in de betrokken koninklijke besluiten bedoelde ondernemingen.
- 66 Zoals het Hof heeft geoordeeld (zie reeds aangehaalde arresten *Commissie/Portugal*, punt 47; *Commissie/Frankrijk*, punt 43, en *Commissie/België*, punt 43), mag niet worden voorbijgegaan aan de bezorgdheden die, naar gelang van de omstandigheden, kunnen rechtvaardigen dat de lidstaten een bepaalde invloed

behouden in geprivatiseerde ondernemingen die zich bezighouden met diensten van algemeen of strategisch belang.

- 67 Die bezorgdheden kunnen voor de lidstaten evenwel geen rechtvaardigingsgrond opleveren om met een beroep op hun regeling van het eigendomsrecht in de zin van artikel 295 EG de in het Verdrag neergelegde vrijheden te belemmeren door de voorrechten die zij aan hun positie van aandeelhouder van een geprivatiseerde onderneming verbinden. Dat artikel heeft immers niet tot gevolg dat de nationale regelingen van het eigendomsrecht buiten de werkingssfeer van de fundamentele verdragsregels vallen (zie reeds aangehaalde arresten Commissie/Frankrijk, punt 44, en Commissie/België, punt 44).
- 68 Het vrije verkeer van kapitaal kan, als fundamenteel beginsel van het Verdrag, slechts worden beperkt door een nationale regeling die gerechtvaardigd is om de in artikel 58, lid 1, EG genoemde redenen of om dwingende redenen van algemeen belang. Bovendien moet de nationale regeling, wil zij gerechtvaardigd zijn, geschikt zijn om de verwezenlijking van het gestelde doel te waarborgen en mag zij niet verder gaan dan hetgeen ter bereiking van dat doel noodzakelijk is, teneinde aan het evenredigheids criterium te voldoen (zie in die zin reeds aangehaalde arresten Commissie/Portugal, punt 49; Commissie/Frankrijk, punt 45, en Commissie/België, punt 45).
- 69 Het Hof heeft reeds geoordeeld dat een stelsel van voorafgaande administratieve vergunning, zoals het stelsel dat in casu aan de orde is, evenredig moet zijn met het beoogde doel, in dier voege dat dat doel niet kan worden bereikt met minder beperkende maatregelen, met name met een systeem van aangiften achteraf (zie in die zin arresten van 14 december 1995, *Sanz de Lera e.a.*, C-163/94, C-165/94 en C-250/94, Jurispr. blz. I-4821, punten 23-28; 20 februari 2001, *Analir e.a.*, C-205/99, Jurispr. blz. I-1271, punt 35; arresten Commissie/Portugal, reeds aangehaald, punt 50, en Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald, punt 46). Een dergelijk stelsel moet zijn gebaseerd op objectieve criteria die niet-discriminerend en voor de betrokken ondernemingen vooraf kenbaar zijn, en iedere persoon die door een dergelijke restrictieve maatregel wordt geraakt, moet over een rechtsmiddel beschikken (reeds aangehaalde arresten *Analir e.a.*, punt 38; Commissie/Portugal, punt 50, en Commissie/Frankrijk, punt 46).

- 70 In casu betoogt de Spaanse regering dat het betrokken stelsel gerechtvaardigd is door dwingende redenen van algemeen belang die verband houden met strategische behoeften en met de noodzaak de continuïteit van de openbare diensten te handhaven. Dienaangaande moet onmiddellijk worden vastgesteld dat de onderneming Tabacalera SA, een tabaksproducent, en Corporación Bancaria de España SA (Argentaria), een groep van handelsbanken uit de traditionele banksector waarvan niet is gesteld dat zij zijn belast met taken van een centrale bank of een soortgelijk orgaan, geen ondernemingen vormen die bestemd zijn om openbare diensten te verrichten. Door enkel te verwijzen naar „een aantal activiteiten” die vroeger tot de werkingssfeer van de openbare spaarkassen hebben behoord, bewijst de Spaanse regering niet dat er specifieke omstandigheden bestaan waaruit volgt dat deze bankgroep belast is met een taak van openbare dienstverlening. Bijgevolg kunnen de betrokken stelsels voor Tabacalera SA en Corporación Bancaria de España SA (Argentaria) niet worden gerechtvaardigd.
- 71 Aangaande de drie andere betrokken ondernemingen, die in de aardolie-, telecommunicatie- en elektriciteitssector werkzaam zijn, valt niet te ontkennen dat het nagestreefde doel, namelijk het veiligstellen van de bevoorrading met dergelijke producten of van de verstrekking van die diensten in geval van crisis op het grondgebied van de betrokken lidstaat, een reden van openbare veiligheid kan vormen (zie, voor vergelijkbare omstandigheden, reeds aangehaalde arresten Commissie/Frankrijk, punt 47, en Commissie/België, punt 46) en bijgevolg eventueel een belemmering van het vrije verkeer van kapitaal kan rechtvaardigen.
- 72 Het Hof heeft echter ook geoordeeld dat, omdat het een afwijking van het fundamentele beginsel van het vrije verkeer van kapitaal betreft, de eisen van openbare veiligheid strikt moeten worden opgevat, zodat de inhoud ervan niet zonder controle van de instellingen van de Gemeenschap eenzijdig door de onderscheiden lidstaten kan worden bepaald. Zo kan de openbare veiligheid slechts worden aangevoerd in geval van een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging die een fundamenteel belang van de samenleving aantast (zie met name reeds aangehaalde arresten Église de scientologie, punt 17; Commissie/Frankrijk, punt 48, en Commissie/België, punt 47).

- 73 Derhalve moet worden nagegaan of de betrokken regeling betreffende deze drie ondernemingen in geval van een werkelijke en ernstige bedreiging een minimale bevoorrading met aardolieproducten en elektriciteit alsmede een minimum-aanbod van telecommunicatiediensten kan waarborgen en niet verder gaat dan daarvoor noodzakelijk is.
- 74 Wat de grief van de Commissie met betrekking tot artikel 3, lid 2, van wet nr. 5/1995 betreft, zij eraan herinnerd dat volgens het bij deze bepaling ingevoerde stelsel goedkeuring door een vertegenwoordiger van de staat vereist is voor overdrachten van het vennootschappelijk kapitaal waardoor de participatie van de staat met 10 % of meer vermindert, voorzover deze participatie minder dan 50 % bedraagt of tot minder dan 15 % van het vennootschappelijk kapitaal is gedaald, alsmede voor de verwerving van participaties waardoor ten minste 10 % van het vennootschappelijk kapitaal wordt overgenomen. De uitoefening van dit recht door de staat is volgens de toepasselijke bepalingen aan geen enkele voorwaarde onderworpen. Aan de betrokken investeerders wordt niet duidelijk gemaakt in welke specifieke en objectieve omstandigheden de voorafgaande vergunning zal worden verleend dan wel geweigerd.
- 75 Een dergelijke vaagheid maakt het de particulieren niet mogelijk, de omvang van hun uit artikel 56 EG voortvloeiende rechten en verplichtingen te kennen, zodat een dergelijke regeling in strijd moet worden geacht met het rechtszekerheidsbeginsel (arrest Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald, punt 50).
- 76 De administratie beschikt ter zake immers over een bijzonder ruime discretionaire bevoegdheid die het vrije verkeer van kapitaal ernstig aantast en uiteindelijk kan doen tenietgaan. Het bedoelde stelsel gaat dus verder dan hetgeen noodzakelijk is om het door de Spaanse regering aangehaalde doel te bereiken, namelijk voorkomen dat de bevoorrading met aardolieproducten en elektriciteit en het aanbod van telecommunicatiediensten wordt aangetast.

- 77 Aangaande de grief van de Commissie betreffende artikel 3, lid 1, van wet nr. 5/1995, dat betrekking heeft op de voorafgaande administratieve vergunning voor besluiten tot ontbinding, splitsing of fusie van de onderneming, vervreemding of in pandgeving van de activa of de participaties die noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van het vennootschappelijk doel, alsmede tot wijziging van het vennootschappelijk doel, heeft de Spaanse regering ter terechtzitting betoogd dat het aldus ingevoerde stelsel moet worden aanvaard omdat het gelijkenissen vertoont met het in het reeds aangehaalde arrest Commissie/België beoordeelde stelsel, dat door het Hof werd goedgekeurd omdat het enkel betrekking had op bepaalde activa van de betrokken vennootschappen alsmede op bepaalde beheersbeslissingen, en het geen beperkingen bevatte inzake de persoon van de investeerders of hun participaties als dusdanig.
- 78 Dienaangaande moet worden opgemerkt dat het in het arrest Commissie/België onderzochte stelsel blijkens de punten 49 tot en met 52 daarvan een stelsel van verzet achteraf was, dat minder beperkingen oplegt dan het stelsel van voorafgaande vergunning dat in casu aan de orde is (zie in die zin arrest van 5 maart 2002, Reisch e.a., C-515/99, C-519/99—C-524/99 en C-526/99—C-540/99, Jurispr. blz. I-2157, punt 37). Verder werd het eerstgenoemde stelsel 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 het optreden 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.
- 79 Aan deze criteria wordt niet voldaan door het stelsel dat voortvloeit uit de toepassing van artikel 3, lid 1, van wet nr. 5/1995 juncto de koninklijke besluiten betreffende de betrokken ondernemingen uit de aardolie-, telecommunicatie- en elektriciteitssector. De in artikel 3, lid 1, sub b, van deze wet bedoelde „activa of [...] participaties die noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van het vennootschappelijk doel van de onderneming en die daarvoor zijn bestemd” worden immers slechts in enkele van de genoemde besluiten nauwkeurig omschreven. De in lid 1, sub a en c, van dat artikel bedoelde vrijwillige

ontbinding, splitsing of fusie van de onderneming of de wijziging van het vennootschappelijk doel ervan vormen, anders dan de besluiten die aan de orde waren in de zaak waarin het arrest Commissie/België (punt 50) is geweest, geen specifieke beheersbeslissingen, maar fundamentele beslissingen in het bestaan van een onderneming. Voorts is het optreden van de administratieve autoriteit in casu, anders dan in de omstandigheden die de zaak betreffende het Koninkrijk België kenmerken, onderworpen aan geen enkele voorwaarde die de discretionaire bevoegdheid van die autoriteit beperkt. Dat tegen die besluiten blijkbaar een beroep in rechte kan worden ingesteld, doet aan deze beoordeling niet af, aangezien de wet noch de betrokken koninklijke besluiten de nationale rechter voldoende duidelijke criteria verschaffen om hem in staat te stellen de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid van de administratieve autoriteit te toetsen.

80 Aangezien uit het betrokken stelsel geen objectieve en nauwkeurige criteria blijken, moet worden geconcludeerd dat het verder gaat dan noodzakelijk is om het door de Spaanse regering aangehaalde doel te bereiken.

81 Aan deze beoordeling wordt niet afgedaan door het feit dat de drie betrokken koninklijke besluiten een stelsel invoeren dat slechts tien jaar geldig is. Dat een niet-nakoming van de uit het Verdrag voortvloeiende verplichtingen van beperkte duur is, verandert niets aan de kwalificatie daarvan als niet-nakoming.

82 Aan deze beoordeling kan evenmin worden afgedaan door het argument dat de Spaanse regering ontleent aan artikel 86, lid 2, EG. Dienaangaande zij vastgesteld dat die bepaling, juncto lid 1 van dat artikel het belang van de lidstaten om bepaalde ondernemingen, met name in de openbare sector, te benutten als instrument van economisch of sociaal beleid, weliswaar beoogt te verzoenen met het belang van de Gemeenschap bij de naleving van de mededingingsregels en het behoud van de eenheid van de gemeenschappelijke markt (arresten van 19 maart 1991, Frankrijk/Commissie, C-202/88, Jurispr. blz. I-1223, punt 12, en 23 oktober 1997, Commissie/Nederland, C-157/94, Jurispr. blz. I-5699, punt 39), maar dat de lidstaat uitvoerig moet uiteenzetten waarom bij afschaffing van de bestreden maatregelen de vervulling, onder economisch aanvaardbare omstandigheden, van de door hem aan een onderneming toevertrouwde taken

van algemeen economisch belang in zijn ogen in gevaar zou komen (arrest Commissie/Nederland, reeds aangehaald, punt 58).

- 83 De Spaanse regering heeft echter niet uitgelegd waarom dat in casu het geval zou zijn. Bijgevolg moet het aan artikel 86, lid 2, EG ontleende argument eveneens worden afgewezen.
- 84 Derhalve moet worden vastgesteld dat het Koninkrijk Spanje, door het handhaven van de artikelen 2 en 3, leden 1 en 2, van wet nr. 5/1995, en de koninklijke besluiten nrs. 3/1996, 8/1997, 40/1998, 552/1998 en 929/1998, voorzover die voorzien in de toepassing van een stelsel van voorafgaande administratieve vergunning, de krachtens artikel 56 EG op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen.

Artikel 43 EG

- 85 De Commissie verzoekt nog om vaststelling van de niet-nakoming van artikel 43 EG, namelijk van de vrijheid van vestiging voorzover deze betrekking heeft op ondernemingen.
- 86 Dienaangaande moet worden vastgesteld dat, voorzover de betrokken regeling beperkingen van de vrijheid van vestiging omvat, deze beperkingen het rechtstreekse gevolg zijn van de hierboven onderzochte belemmeringen van het vrije verkeer van kapitaal, waarmee zij onlosmakelijk zijn verbonden. Aangezien een schending van artikel 56 EG is vastgesteld, behoeven de betrokken maatregelen dus niet meer afzonderlijk te worden onderzocht in het licht van de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging.

Kosten

- 87 Ingevolge artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voorzover dit is gevorderd. Aangezien het Koninkrijk Spanje in het ongelijk is gesteld, dient het overeenkomstig de vordering van de Commissie in de kosten te worden verwezen. Overeenkomstig artikel 69, lid 4, eerste alinea, van dat Reglement draagt het Verenigd Koninkrijk, dat in het geding is tussengekomen, zijn eigen kosten.

HET HOF VAN JUSTITIE,

rechtdoende, verstaat:

- 1) Door het handhaven van de artikelen 2 en 3, leden 1 en 2, van Ley 5/1995 de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas (wet nr. 5/1995 houdende rechtsregeling voor de vervreemding van openbare participaties in bepaalde ondernemingen) van 23 maart 1995, koninklijk besluit nr. 3/1996 van 15 januari 1996 betreffende Repsol SA, koninklijk besluit nr. 8/1997 van 10 januari 1997 betreffende Telefónica de España SA en Telefónica Servicios Móviles SA, koninklijk besluit nr. 40/1998 van 16 januari 1998 betreffende Corporación Bancaria de España SA (Argentaria), koninklijk besluit nr. 552/1998 van 2 april 1998 betreffende Tabacalera SA en koninklijk besluit nr. 929/1998 van 14 mei 1998

betreffende Endesa SA, voorzover die voorzien in de toepassing van een stelsel van voorafgaande administratieve vergunning, is het Koninkrijk Spanje de krachtens artikel 56 EG op hem rustende verplichtingen niet nagekomen.

- 2) Het Koninkrijk Spanje wordt verwezen in de kosten.
- 3) Het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland zal zijn eigen kosten dragen.

Rodríguez Iglesias	Puissochet	Wathelet
Schintgen		Gulmann
Edward	La Pergola	Jann
Skouris		Macken
Colneric	von Bahr	Rosas

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 13 mei 2003.

De griffier

De president

R. Grass

G. C. Rodríguez Iglesias