

ARREST VAN HET HOF (Derde kamer)

26 maart 2009\*

In zaak C-326/07,

betreffende een beroep wegens niet-nakoming krachtens artikel 226 EG, ingesteld op 13 juli 2007,

**Commissie van de Europese Gemeenschappen**, vertegenwoordigd door L. Pignataro-Nolin en H. Støvlbæk als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

**Italiaanse Republiek**, vertegenwoordigd door I. M. Braguglia als gemachtigde, bijgestaan door P. Gentili, avvocato dello Stato, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster,

wijst

\* Procestaal: Italiaans.

HET HOF VAN JUSTITIE (Derde kamer),

samengesteld als volgt: A. Rosas, kamerpresident, J. N. Cunha Rodrigues, J. Klučka, P. Lindh (rapporteur) en A. Arabadjiev, rechters,

advocaat-generaal: D. Ruiz-Jarabo Colomer,  
griffier: C. Strömholm, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 2 oktober 2008,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 6 november 2008,

het navolgende

**Arrest**

- <sup>1</sup> De Commissie van de Europese Gemeenschappen verzoekt het Hof vast te stellen dat de Italiaanse Republiek, door de bepalingen van artikel 1, lid 2, van het decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, definizione dei criteri di esercizio dei poteri speciali, di cui all'art. 2 del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474 (besluit van de voorzitter van de ministerraad, houdende definities van de criteria voor de uitoefening van de bijzondere rechten bedoeld in artikel 2 van decreto-legge nr. 332 van 31 mei 1994, omgezet, na wijzigingen, bij wet nr. 474 van 30 juli 1994), van 10 juni 2004 (GURI nr. 139 van 16 juni

2004, blz. 26; hierna: „besluit van 2004”) vast te stellen, de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens de artikelen 43 EG en 56 EG.

## Toepasselijke bepalingen

### *Decreto-legge nr. 332/1994*

- 2 Decreto-legge n. 332, norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni (decreto-legge nr. 332 houdende bepalingen ter versnelling van de procedure voor de verkoop van deelnemingen van de staat en overheidslichamen in aandelenvennootschappen) van 31 mei 1994 (GURI nr. 126 van 1 juni 1994, blz. 38) is, na wijzigingen, omgezet bij wet nr. 474 van 30 juli 1994 (GURI nr. 177 van 30 juli 1994, blz. 5). Dit decreto-legge is vervolgens gewijzigd bij legge n. 350, disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2004) [wet nr. 350 inzake de jaar- en meerjarenbegroting van de staat (begrotingswet 2004)], van 24 december 2003 (gewoon supplement bij GURI nr. 196 van 27 december 2003; hierna: „begrotingswet nr. 350/2003”). Bovengenoemd decreto-legge, zoals omgezet en gewijzigd (hierna: „decreto-legge nr. 332/1994”), bepaalt dat de staat bijzondere rechten heeft in bepaalde vennootschappen (hierna: „bijzondere rechten”).
- 3 Artikel 2, lid 1, van decreto-legge nr. 332/1994 luidt:

„Bij besluit van de voorzitter van de ministerraad, vastgesteld op voorstel van de minister van Economie en Financiën in overleg met de minister van Industrie alsook met de voor de respectieve sectoren verantwoordelijke ministers, en na mededeling van dit besluit aan de bevoegde parlementaire commissies, worden de vennootschappen aangewezen die werkzaam zijn op het gebied van defensie, vervoer, telecommunicatie, energiebronnen en andere openbare diensten en die rechtstreeks dan wel indirect door de Staat worden gecontroleerd, in de statuten waarvan vóór de vaststelling van enige maatregel die tot verlies van controle leidt, bij besluit van een buitengewone

vergadering een bepaling moet worden opgenomen die aan de minister van Economie en Financiën één of meer van de volgende bijzondere rechten verleent die in overleg met de minister van Industrie worden uitgeoefend [...]"

- 4 Deze bijzondere rechten, die worden vermeld in voornoemd artikel 2, lid 1, sub a tot en met d, zijn de volgende:
- a) verzet tegen de verkrijging, door investeerders, van belangrijke participaties in deze vennootschappen die ten minste 5 % van de stemrechten vertegenwoordigen of het lagere percentage dat door de minister van Economische Zaken en Financiën bij besluit wordt vastgesteld. Om bezwaar te maken beschikken de autoriteiten over een termijn van 10 dagen na de datum van de kennisgeving die moet worden gedaan door de bestuurders van de betrokken vennootschap op het moment van het verzoek om inschrijving in het aandeelhoudersregister, terwijl de cessionaris beschikt over een termijn van 60 dagen om bij het bevoegde gerecht op te komen tegen het besluit van de autoriteiten;
  - b) verzet tegen het sluiten van pacts en overeenkomsten tussen aandeelhouders die ten minste 5 % van de stemrechten vertegenwoordigen of het lagere percentage dat door de minister van Economische Zaken en Financiën bij besluit wordt vastgesteld. De sub a genoemde termijnen van 10 en 60 dagen zijn respectievelijk van toepassing op het verzet van de autoriteiten en op het beroep van de aandeelhouders die de betrokken pacts en overeenkomsten hebben gesloten;
  - c) veto stellen tegen besluiten tot ontbinding van de vennootschap, overdracht van de onderneming, fusie, splitsing, overbrenging van de zetel van de vennootschap naar het buitenland of wijziging van het maatschappelijk doel of van de maatschappelijke statuten waardoor de bijzondere rechten worden ingetrokken of gewijzigd. Tegen een vetobesluit kan binnen een termijn van 60 dagen worden opgekomen;

d) benoeming van een bestuurder zonder stemrecht.

- 5 Blijkens het verzoekschrift is in de statuten van de vennootschappen naar Italiaans recht ENI, Telecom Italia, Enel en Finmeccanica, die werkzaam zijn op de gebieden van respectievelijk petrochemie en energie, telecommunicatie, elektriciteit en defensie, met name een beding betreffende de uitoefening van de bijzondere rechten ingelast.
- 6 Artikel 4, lid 230, van begrotingswet nr. 350/2003 bepaalt dat een besluit ad hoc van de voorzitter van de ministerraad, op voorstel van de minister van Economie en Financiën en de minister van Industrie, vast te stellen binnen 90 dagen na de inwerkingtreding van deze wet, de criteria vastlegt voor de uitoefening van de bijzondere rechten, door de uitoefening van deze rechten te beperken tot de gevallen waarin vitale belangen van de staat worden geschaad.

#### *Besluit van 2004*

- 7 In artikel 1, leden 1 en 2, van het besluit van 2004 wordt bepaald:

„1. De bijzondere rechten als bedoeld in artikel 2 van decreto-legge nr. 332/1994 worden uitsluitend uitgeoefend om relevante en dwingende redenen van algemeen belang die met name verband houden met de openbare orde, de openbare veiligheid, de volksgezondheid en de landsverdediging, en op een wijze die geschikt is voor en evenredig aan de bescherming van deze belangen, ook door de eventuele vaststelling van geschikte tijdslimieten, onverminderd de inachtneming van de beginselen van de nationale en de communautaire rechtsorde, waaronder in de eerste plaats het non-discriminatiebeginsel.

2. Onverminderd de in het eerste lid genoemde doelstellingen worden de bijzondere rechten in de zin van artikel 2, lid 1, sub a, b en c, van decreto-legge nr. 332/1994 uitgeoefend in de volgende omstandigheden:

- a) wanneer er een ernstig en reëel gevaar is dat niet in de minimale nationale behoeften aan aardolie- en energieproducten kan worden voorzien en dat onvoldoende verwante en afgeleide diensten en, in het algemeen, onvoldoende grondstoffen en goederen die essentieel zijn voor de samenleving kunnen worden geleverd en dat geen minimale dienstverlening op het gebied van telecommunicatie en vervoer kan worden verzekerd;
  
- b) wanneer er een ernstig en reëel gevaar is dat de verplichtingen ten opzichte van de samenleving in het kader van een openbare dienst niet ononderbroken kunnen worden nagekomen en dat de vennootschap de haar opgedragen taken van algemeen belang niet kan vervullen;
  
- c) wanneer er een ernstig en reëel gevaar is voor de veiligheid van de installaties en de netwerken van de essentiële openbare diensten;
  
- d) wanneer er een ernstig en reëel gevaar is voor de landsverdediging, de militaire veiligheid, de openbare orde en de openbare veiligheid;
  
- e) wanneer zich een noodsituatie voordoet op het gebied van de volksgezondheid.”

## Precontentieuze procedure

- 8 De Commissie heeft een niet-nakomingsprocedure ingeleid wegens schending van de artikelen 43 EG en 56 EG in verband met de voorwaarden voor de uitoefening van de bijzondere rechten, door de Italiaanse Republiek op 6 februari 2003 een aanmaningsbrief te sturen. Daarop heeft deze lidstaat zijn wettelijke regeling gewijzigd, door begrotingswet nr. 350/2003 en het besluit van 2004 vast te stellen. Van oordeel dat de aldus aangebrachte wijzigingen ontoereikend waren, heeft de Commissie de Italiaanse Republiek op 22 december 2004 een aanvullende aanmaningsbrief gezonden.
- 9 Na ontvangst van het antwoord van de Italiaanse regering van 20 mei 2005 heeft de Commissie, die niet kon instemmen met de argumenten in dit antwoord, op 18 oktober 2005 aan de Italiaanse Republiek een, enkel op de criteria van artikel 1, lid 2, van het besluit van 2004 betrekking hebbend, met redenen omkleed advies gezonden, waarin zij deze lidstaat verzocht binnen een termijn van twee maanden na kennisgeving ervan aan dit advies te voldoen. In antwoord heeft deze lidstaat een nota verzonden waarin de opvatting van de Commissie in wezen wordt betwist.
- 10 Aangezien de Commissie de situatie nog steeds onbevredigend vond, heeft zij het onderhavige beroep ingesteld.

## Het beroep

### *Argumenten van partijen*

- 11 Volgens de Commissie heeft de schending van de artikelen 43 EG en 56 EG door de Italiaanse Republiek betrekking op het feit dat het besluit van 2004 de criteria voor de

uitoefening van de bijzondere rechten onvoldoende preciseert. Zij is van mening dat deze criteria de investeerders niet in staat stellen de situaties te kennen waarin deze rechten zullen worden uitgeoefend.

- 12 De Commissie betoogt dan ook dat de concrete situaties die kunnen vallen onder het in artikel 1, lid 2, sub a tot en met d, van het besluit van 2004 genoemde begrip „ernstig en reëel gevaar”, potentieel talrijk, onbepaald en onbepaalbaar zijn. Dit gebrek aan nauwkeurigheid bij het bepalen van de specifieke en objectieve omstandigheden die rechtvaardigen dat de staat gebruikmaakt van de bijzondere rechten, verleent deze bevoegdheden een discretionair karakter, gelet op de beoordelingsmarge waarover de Italiaanse autoriteiten beschikken. Dit zou ertoe leiden dat investeerders, en in het bijzonder zij die zich in Italië willen vestigen om invloed uit te oefenen op het bestuur van de door de betrokken regeling geraakte ondernemingen, algemeen worden ontmoedigd.
- 13 De Commissie merkt op dat aangezien artikel 1, lid 2, van het besluit van 2004 betrekking heeft op de uitoefening van de in decreto-legge nr. 332/1994 neergelegde bijzondere rechten, de beoordeling van de evenredigheid van dit besluit mede het onderzoek van de rechtmatigheid van deze rechten in bepaalde situaties omvat.
- 14 De Commissie erkent dat de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van kapitaal kunnen worden beperkt door nationale maatregelen die hun rechtvaardiging vinden in de artikelen 46 EG en 58 EG of in dwingende redenen van algemeen belang, doch enkel voor zover er geen communautaire harmonisatiemaatregelen bestaan die de ter bescherming van de fundamentele belangen van de staat noodzakelijke maatregelen voorschrijven.
- 15 Wat de gereguleerde sectoren zoals energie, aardgas en telecommunicatie betreft, meent de Commissie dat de doelstelling van bescherming van de fundamentele belangen van de staat kan worden bereikt door minder restrictieve maatregelen, zoals die waarin de Europese wetgever voorziet. De Commissie noemt inzonderheid de richtlijnen 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van richtlijn 96/92/EG (PB L 176, blz. 37), 2003/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van richtlijn 98/30/EG (PB L 176, blz. 57) en richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten („kaderrichtlijn”) (PB L 108,



blz. 33). De Commissie beklemtoont dat deze richtlijnen voorzien in de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bescherming van de minimale nationale bevoorrading op de bedoelde gebieden. Deze instelling voert aan dat de Italiaanse Republiek niet duidelijk maakt waarom de bescherming van de minimale nationale behoeftevoorziening binnen de aldus gereguleerde economische sectoren niet op basis van de voornoemde richtlijnen zou kunnen worden gegarandeerd.

- 16 Wat de niet-gereguleerde sectoren betreft, betoogt de Commissie dat de Italiaanse Republiek niets heeft aangevoerd dat de toepassing van de litigieuze criteria zou kunnen rechtvaardigen.
- 17 Zij merkt voorts op dat er geen enkel causaal verband bestaat tussen, enerzijds, de noodzaak om de energievoorziening te garanderen en openbare diensten te verrichten en, anderzijds, de controle over het aandeelhouderschap en het bestuur van een onderneming.
- 18 Volgens de Commissie vormt het besluit van 2004 derhalve een middel dat verder gaat dan noodzakelijk is om de openbare belangen waarop het doelt te beschermen.
- 19 De Italiaanse Republiek merkt in de eerste plaats op dat een groot deel van de analyse van de Commissie is gewijd aan de gestelde onrechtmatigheid van de bijzondere rechten waarvan het stelsel is vastgelegd in decreto-legge nr. 332/1994. De niet-nakoming die zowel in het beroep als in het met redenen omkleed advies aan de orde wordt gesteld, heeft evenwel enkel betrekking op het besluit van 2004, en niet op decreto-legge nr. 332/1994. Bijgevolg valt de gestelde onrechtmatigheid van het stelsel van bijzondere rechten, dat voortvloeit uit dit decreto-legge, buiten het onderhavige beroep.
- 20 Volgens deze lidstaat volgt hieruit dat de grieven die de Commissie in haar beroep aanvoert op alle wezenlijke punten moeten worden afgewezen. Dit geldt ook voor de grieven betreffende de beperkingen die de Italiaanse Republiek stelt aan de verwerving

van aandelen in de betrokken vennootschappen, welke grieven betrekking hebben op de eigendom van de aandelen, dat wil zeggen op de structuur van deze vennootschappen. De Commissie verwijt de Italiaanse Republiek namelijk hoofdzakelijk maatregelen ter controle van deze structuur te hebben ingevoerd, en niet maatregelen waarmee specifieke bestuursbesluiten kunnen worden gecontroleerd. Deze grieven hebben evenwel betrekking op decreto-legge nr. 332/1994, en niet op het besluit van 2004.

- 21 De Italiaanse Republiek concludeert derhalve tot afwijzing van de grieven met betrekking tot de onevenredigheid van de bepalingen inzake de bijzondere rechten, aangezien dit onderdeel van het beroep in feite gericht is tegen decreto-legge nr. 332/1994.
- 22 In de tweede plaats betwist de Italiaanse Republiek de opvatting van de Commissie voor zover deze haar grieven op wezenlijke punten baseert op een gestelde schending van artikel 56 EG inzake het vrije verkeer van kapitaal, maar daaraan toevoegt dat deze grieven evengoed kunnen zijn gebaseerd op een schending van artikel 43 EG inzake de vrijheid van vestiging. Volgens deze lidstaat volgt uit de rechtspraak van het Hof, en met name uit het arrest van 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, Jurispr. blz. I-7995), dat wanneer een vraag kan worden onderzocht vanuit het oogpunt van de vrijheid van vestiging, dit uitsluit dat zij valt onder het vrije verkeer van kapitaal. Aangezien de litigieuze maatregelen evenwel betrekking hebben op handelingen die bedoeld zijn om een doorslaggevende invloed uit te oefenen op het bestuur van de betrokken vennootschappen, zijn de artikelen 43 EG, 45 EG en 46 EG relevant. Dit punt is van belang aangezien deze artikelen minder strenge bepalingen bevatten dan de artikelen 56 EG en 58 EG.
- 23 In de derde plaats betwist de Italiaanse Republiek de gegrondheid van de grief inzake het discretionaire karakter dat de bepalingen van het besluit van 2004 zouden verlenen aan de bijzondere rechten die aan de nationale overheid zijn toegekend.
- 24 In de vierde plaats weerlegt deze lidstaat het betoog van de Commissie inzake de binnen de gereguleerde sectoren toepasselijke richtlijnen. Deze richtlijnen zouden namelijk slechts relevant zijn indien het beroep betrekking had op decreto-legge

nr. 332/1994, dat voorziet in structurele maatregelen. Het besluit van 2004 heeft geen enkele maatregel van dit type ingevoerd, maar enkel nader bepaald in welke gevallen en onder welke voorwaarden de in dit decreto-legge voorziene maatregelen kunnen worden genomen. De Italiaanse Republiek betoogt dat hoe dan ook niets de lidstaten verbiedt om binnen deze essentiële sectoren maatregelen te nemen waarbij interventierechten worden ingevoerd die verder gaan dan de bepalingen van voornoemde richtlijnen.

- 25 De Italiaanse Republiek voegt hieraan toe dat het subsidiariteitsbeginsel toepassing moet vinden. Nationale wetgeving is namelijk geschikter dan gemeenschapswetgeving om situaties te reglementeren die een risico vormen voor de vitale belangen van de staat, welke situaties enkel door laatstgenoemde voldoende tijdig en correct kunnen worden beoordeeld.
- 26 In de andere sectoren van de openbare dienstverlening, die nog niet zijn geharmoniseerd, zoals de sector van de nationale defensie, is een lidstaat gerechtigd om maatregelen te nemen om het hoofd te bieden aan situaties die een ernstig gevaar opleveren voor het algemeen belang.
- 27 Volgens de Italiaanse Republiek is het enige argument van het beroep dat in aanmerking moet worden genomen, de gestelde onvoorspelbaarheid van de concrete gevallen waarin een beroep kan worden gedaan op de bepalingen van decreto-legge nr. 322/1994. Zij stelt echter dat pas op het moment waarop een investeerder zich aandient alle specifieke omstandigheden kunnen worden bepaald en beoordeeld. Zij komt dan ook tot de slotsom dat de voorwaarden voor het uitoefenen van de bijzondere rechten niet nauwkeuriger kunnen worden bepaald dan in het besluit van 2004 is gebeurd.

*Beoordeling door het Hof*

## Voorwerp van het beroep

- 28 Volgens de Italiaanse Republiek betwist de Commissie met een aanzienlijk deel van haar argumenten in feite niet de criteria die zijn vermeld in het besluit van 2004, maar de bijzondere rechten die zijn ingevoerd bij decreto-legge nr. 332/1994, en vordert zij een verklaring voor recht dat deze rechten niet in overeenstemming zijn met het gemeenschapsrecht. Deze argumenten breiden dus het voorwerp van het geding uit en zijn derhalve niet-ontvankelijk.
- 29 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het voorwerp van een beroep wegens niet-nakoming wordt afgebakend door het met redenen omkleed advies en het verzoekschrift (zie in die zin met name arrest van 24 juni 2004, Commissie/Nederland, C-350/02, Jurispr. blz. I-6213, punt 20 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Aangezien deze twee handelingen in de onderhavige zaak enkel betrekking hebben op de in artikel 1, lid 2, van het besluit van 2004 opgestelde criteria, moet worden vastgesteld dat de Commissie het voorwerp van het geding niet heeft uitgebreid, zodat het beroep ontvankelijk is.
- 30 De Commissie formuleert weliswaar kritische argumenten tegen de bij decreto-legge nr. 332/1994 ingevoerde bijzondere rechten, maar stelt deze niet ter discussie en bestrijdt enkel de criteria voor de uitoefening ervan.
- 31 Aangezien de gestelde niet-nakoming enkel betrekking heeft op de criteria van artikel 1, lid 2, van het besluit van 2004, behoeft slechts uitspraak te worden gedaan over de overeenstemming van deze bepaling met het gemeenschapsrecht.

## Toepassing van de artikelen 43 EG en 56 EG

- 32 De Commissie is van mening dat de door haar gewraakte niet-nakoming moet worden getoetst aan artikel 43 EG inzake de vrijheid van vestiging en aan artikel 56 EG inzake het vrije verkeer van kapitaal.
- 33 Met betrekking tot de vraag of een nationale wettelijke regeling onder de ene of de andere vrijheid valt, blijkt uit vaste rechtspraak dat rekening dient te worden gehouden met het voorwerp van de wettelijke regeling in kwestie (zie arrest van 24 mei 2007, *Holböck*, C-157/05, Jurispr. blz. I-4051, punt 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 34 Nationale bepalingen die van toepassing zijn op de deelneming door een staatsburger van een lidstaat in het kapitaal van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap, waardoor hij een zodanige invloed op de besluiten van de vennootschap kan uitoefenen dat hij de activiteiten ervan kan bepalen, vallen binnen de materiële werkingssfeer van de bepalingen van het EG-Verdrag betreffende de vrijheid van vestiging (zie in die zin met name arresten van 13 april 2000, *Baars*, C-251/98, Jurispr. blz. I-2787, punt 22, en 23 oktober 2007, *Commissie/Duitsland*, C-112/05, Jurispr. blz. I-8995, punt 13).
- 35 Met name directe investeringen, te weten alle investeringen welke door natuurlijke of rechtspersonen worden verricht en welke 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, vallen onder de bepalingen van artikel 56 EG. Dit doel veronderstelt dat de aandelen een aandeelhouder de mogelijkheid bieden daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de zeggenschap over de betrokken vennootschap (zie arrest *Commissie/Duitsland*, reeds aangehaald, punt 18 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 36 Een nationale wettelijke regeling die niet alleen van toepassing is op deelnemingen waarmee een zodanige invloed op de besluiten van een vennootschap kan worden uitgeoefend dat de activiteiten ervan kunnen worden bepaald, maar die van toepassing

is ongeacht de grootte van de deelneming van de aandeelhouder in een vennootschap, kan zowel onder artikel 43 EG, als onder artikel 56 EG vallen (zie in die zin arrest *Holböck*, reeds aangehaald, punten 23 en 24). Anders dan de Italiaanse Republiek betoogt, wettigt het arrest *Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas*, reeds aangehaald, niet de conclusie dat in een dergelijk geval enkel artikel 43 EG relevant is. Zoals blijkt uit punt 32 ervan, heeft dat arrest immers enkel betrekking op een situatie waarin een vennootschap deelnemingen heeft die haar de controle over andere vennootschappen verleent (zie arrest van 17 juli 2008, *Commissie/Spanje*, C-207/07, punt 36).

- 37 In casu moet onderscheid worden gemaakt naargelang de criteria worden toegepast op de rechten van de staat om zich ertegen te verzetten dat deelnemingen in deze vennootschappen worden verworven en pacts worden gesloten tussen aandeelhouders die een bepaald percentage van de stemrechten vertegenwoordigen, dan wel op het recht om een veto te stellen tegen bepaalde besluiten van de vennootschap.
- 38 Aangaande, ten eerste, de in artikel 2, lid 1, sub a en b, van decreto-legge nr. 332/1994 bedoelde rechten van verzet, blijkt uit het dossier dat het percentage van ten minste 5 % van de stemrechten of, in voorkomend geval, het lagere percentage dat door de bevoegde minister wordt vastgesteld, belanghebbende in staat moet stellen op doeltreffende wijze deel te nemen aan het bestuur van een betrokken vennootschap, hetgeen onder de bepalingen van artikel 56 EG valt. Het is evenwel niet uitgesloten dat, wat de vennootschappen betreft waarvan de aandeelhouders over het algemeen sterk verspreid zijn, de houders van de met deze percentages corresponderende deelnemingen bij machte zijn om een zekere invloed op de besluiten van een dergelijke vennootschap uit te oefenen en de activiteiten ervan te bepalen, hetgeen valt onder de bepalingen van artikel 43 EG, zoals de Italiaanse Republiek betoogt. Bovendien is deze regeling, aangezien het decreto-legge nr. 332/1994 een minimumpercentage vaststelt, eveneens van toepassing op deelnemingen die dit percentage overstijgen en een duidelijk zeggenschapsrecht toekennen. Derhalve moeten de criteria betreffende de uitoefening van deze rechten van verzet uitsluitend worden getoetst aan die twee verdragsbepalingen.
- 39 Wat, ten tweede, het in artikel 2, lid 1, sub c, van decreto-legge nr. 332/1994 bedoelde vetorecht betreft, moet worden geconstateerd dat dit recht betrekking heeft op besluiten die deel uitmaken van het bestuur van de vennootschap en derhalve enkel aandeelhouders betreft die een zekere invloed kunnen uitoefenen op de betrokken vennootschappen, zodat de criteria inzake de uitoefening van dit recht moeten worden getoetst aan artikel 43 EG. Zo deze criteria overigens al het vrije verkeer van kapitaal

beperken, is dit het onvermijdelijke gevolg van een eventuele belemmering van de vrijheid van vestiging en rechtvaardigt dit in geen geval een afzonderlijke toetsing aan artikel 56 EG (zie arrest Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, reeds aangehaald, punt 33). Bijgevolg moeten de criteria inzake de uitoefening van het vetorecht uitsluitend worden getoetst aan artikel 43 EG.

Criteria van artikel 1, lid 2, van het besluit van 2004, voor zover zij betrekking hebben op de uitoefening van rechten van verzet

— Niet-nakoming van de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 56 EG

<sup>40</sup> Vooraf moet worden opgemerkt dat de hier onderzochte criteria de omstandigheden bepalen waaronder de rechten van de staat om zich te verzetten tegen de verwerving van bepaalde deelnemingen of het sluiten van bepaalde pacts tussen aandeelhouders van deze vennootschappen, kunnen worden uitgeoefend. Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat de uitoefening van dergelijke rechten in strijd kan zijn met de in artikel 56 EG gewaarborgde vrijheid van kapitaalverkeer (zie met name arrest van 13 mei 2003, Commissie/Verenigd Koninkrijk, C-98/01, Jurispr. blz. I-4641, punt 50, en arrest Commissie/Spanje, reeds aangehaald, punt 58). In de onderhavige zaak is de vraag aan de orde of deze criteria voorwaarden vastleggen die de uitoefening van dergelijke rechten kunnen rechtvaardigen.

<sup>41</sup> Dienaangaande zij eraan herinnerd dat het vrij verkeer van kapitaal kan worden beperkt door nationale regelingen die hun rechtvaardiging vinden in de in artikel 58 EG genoemde redenen of in dwingende redenen van algemeen belang, voor zover er geen communautaire harmonisatiemaatregelen bestaan die de ter bescherming van deze belangen noodzakelijke maatregelen voorschrijven (zie arrest Commissie/Duitsland, reeds aangehaald, punt 72 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 42 Bij gebreke van een dergelijke communautaire harmonisatie staat het in beginsel aan de lidstaten om te bepalen in welke mate zij dergelijke legitieme belangen willen beschermen en hoe dit moet worden bereikt. Zij moeten hierbij echter binnen de in het Verdrag aangegeven grenzen blijven en met name het evenredigheidsbeginsel eerbiedigen, dat vereist dat de genomen maatregelen geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel (zie arrest Commissie/Duitsland, reeds aangehaald, punt 73 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 43 Bovendien is het evenredigheidsbeginsel zelfs op de gebieden die zijn geharmoniseerd van toepassing in de gevallen waarin de gemeenschapswetgever de lidstaten een beoordelingsmarge heeft gelaten.
- 44 In casu zijn de Italiaanse Republiek en de Commissie het oneens over de vraag of de criteria die van toepassing zijn op de uitoefening van rechten om zich te verzetten tegen de verwerving van deelnemingen en het sluiten van pacten tussen aandeelhouders die ten minste 5 %, en in sommige gevallen zelfs een lager percentage, van de stemrechten vertegenwoordigen, van dien aard zijn dat deze uitoefening evenredig is aan de nagestreefde doelen en, derhalve, verenigbaar met de door artikel 56 EG gewaarborgde vrijheid.
- 45 Dienaangaande zij opgemerkt dat de litigieuze criteria algemene belangen beogen te beschermen, die inzonderheid betrekking hebben op de minimale voorziening in energiebronnen en goederen die essentieel zijn voor de samenleving, de continuïteit van de openbare dienst, de veiligheid van de installaties die worden gebruikt in het kader van de essentiële openbare diensten, de landsverdediging, de openbare orde en de openbare veiligheid, alsmede wanneer zich een noodsituatie voordoet op het gebied van de volksgezondheid. Het nastreven van deze belangen kan, mits in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel, bepaalde beperkingen op de uitoefening van fundamentele vrijheden rechtvaardigen (zie met name arrest van 14 februari 2008, Commissie/Spanje, C-274/06, punt 38).
- 46 Niettemin vereist, zoals in herinnering is gebracht in de punten 42 en 43 van dit arrest, de eerbiediging van het evenredigheidsbeginsel in de eerste plaats dat de genomen maatregelen geschikt zijn om de nagestreefde doelstellingen te bereiken.



- 47 De toepassing van de litigieuze criteria, zover deze betrekking hebben op het uitoefenen van rechten van verzet, is in casu evenwel niet geschikt om de nagestreefde doelstellingen te bereiken, aangezien er geen verband bestaat tussen die criteria en deze rechten.
- 48 Het Hof heeft immers reeds geoordeeld dat de enkele verwerving van een deelneming van meer dan 10 % in het maatschappelijk kapitaal van een vennootschap die actief is in de energiesector, of elke andere verwerving die een aanzienlijke invloed op deze vennootschap verleent, op zich in beginsel niet kan worden beschouwd als een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging van de zekerheid van de voorziening (zie arrest van 17 juli 2008, Commissie/Spanje, reeds aangehaald, punten 38 en 51).
- 49 In haar schrifturen heeft de Italiaanse Republiek geen enkel bewijs of zelfs maar een aanwijzing verstrekt dat met de toepassing van de litigieuze criteria voor de uitoefening van de rechten van verzet, de nagestreefde doelstellingen kunnen worden bereikt. Ter terechtzitting heeft deze lidstaat weliswaar enkele voorbeelden genoemd. Zo heeft hij gewezen op de mogelijkheid dat een buitenlandse marktdeelnemer die banden heeft met een terroristische organisatie, probeert om belangrijke deelnemingen te verwerven in nationale vennootschappen op een strategisch gebied. Ook heeft hij gewezen op de mogelijkheid dat een buitenlandse vennootschap die internationale energietransmissienetten controleert en die deze positie in het verleden zou hebben gebruikt om in aangrenzende landen ernstige bevoorradingsproblemen te creëren, optreedt als verwerfer van aandelen in een nationale vennootschap. Volgens deze lidstaat kan het bestaan van deze precedënten rechtvaardigen dat hij zich verzet tegen de verwerving door dergelijke investeerders van deelnemingen in de betrokken nationale vennootschappen.
- 50 Niettemin moet worden vastgesteld dat deze overwegingen niet te vinden zijn in het besluit van 2004, dat geen enkele specifieke en objectieve omstandigheid noemt.
- 51 Het Hof heeft eerder reeds geoordeeld dat interventiemogelijkheden van een lidstaat — zoals rechten van verzet, waarvoor de aan de orde zijnde criteria de uitoefeningsvoorwaarden vaststellen — die aan geen enkele voorwaarde zijn onderworpen, met uitzondering van een in algemene termen geformuleerde verwijzing naar de bescherming van nationale belangen, en waarbij de specifieke en objectieve omstandigheden waarin deze rechten zullen worden uitgeoefend niet worden gepreciseerd, een ernstige

aantasting vormen van het vrije verkeer van kapitaal (zie in die zin arrest van 4 juni 2002, Commissie/Frankrijk, C-483/99, Jurispr. blz. I-4781, punten 50 en 51).

- 52 Deze overwegingen zijn van toepassing op het onderhavige geval. De betrokken criteria zijn immers, ook al zijn zij gericht op verschillende soorten algemene belangen, in algemene termen en onnauwkeurig geformuleerd. Het ontbreken van een verband tussen deze criteria en de bijzondere rechten waarop zij betrekking hebben, versterkt bovendien de onzekerheid over de omstandigheden waarin deze rechten kunnen worden uitgeoefend en verleent deze bevoegdheden een discretionair karakter, gelet op de beoordelingsmarge waarover de nationale autoriteiten beschikken bij de uitoefening ervan. Een dergelijke beoordelingsmarge is onevenredig aan de nagestreefde doelstellingen.
- 53 Verder maakt de enkele vermelding in artikel 1, lid 1, van het besluit van 2004, dat de bijzondere rechten uitsluitend mogen worden uitgeoefend in overeenstemming met het gemeenschapsrecht, de uitoefening van deze criteria nog niet met dit recht verenigbaar. Het algemeen en abstract karakter van de criteria kan immers niet waarborgen dat de bijzondere rechten overeenkomstig de vereisten van het gemeenschapsrecht zullen worden uitgeoefend (zie in die zin arrest van 13 mei 2003, Commissie/Spanje, C-463/00, Jurispr. blz. I-4581, punten 63 en 64).
- 54 Ten slotte is de mogelijkheid dat de uitoefening van bijzondere rechten krachtens artikel 2, lid 1, sub a, b en c, van decreto-legge nr. 332/1994 aan het toezicht van de nationale rechter wordt onderworpen, weliswaar noodzakelijk voor de bescherming van personen bij de toepassing van de regels inzake het vrije verkeer van kapitaal, doch zij kan op zichzelf niet volstaan om de onverenigbaarheid van de criteria voor toepassing van de bijzondere rechten met deze regels op te heffen.
- 55 Bijgevolg moet worden vastgesteld dat de Italiaanse Republiek, door de bepalingen van artikel 1, lid 2, van het besluit van 2004 vast te stellen, de verplichtingen niet is

nagekomen die op haar rusten krachtens artikel 56 EG, voor zover deze bepalingen van toepassing zijn op de in artikel 2, lid 1, sub a en b, van decreto-legge nr. 332/1994 voorziene bijzondere rechten.

— Niet-nakoming van de verplichtingen van artikel 43 EG

<sup>56</sup> Voor zover de uitoefening van de rechten van verzet tevens betrekking heeft op deelnemingen waarmee de houder ervan zodanige invloed op het bestuur van de betrokken vennootschappen krijgt dat hij de activiteiten ervan kan bepalen, en deze uitoefening derhalve de vrijheid van vestiging kan beperken, moet, om dezelfde redenen als die welke zijn uiteengezet in het kader van het onderzoek van de vraag of de criteria genoemd in artikel 1, lid 2, van het besluit van 2004 verenigbaar zijn met artikel 56 EG, worden aangenomen dat deze criteria de Italiaanse autoriteiten een onevenredige beoordelingsmarge toekennen bij de uitoefening van de rechten van verzet.

<sup>57</sup> Bijgevolg moet worden vastgesteld dat de Italiaanse Republiek, door de bepalingen van artikel 1, lid 2, van het besluit van 2004 vast te stellen, de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens artikel 43 EG, voor zover deze bepalingen van toepassing zijn op de in artikel 2, lid 1, sub a en b, van decreto-legge nr. 332/1994 voorziene bijzondere rechten.

In artikel 1, lid 2, van het besluit van 2004 geformuleerde criteria, voor zover zij betrekking hebben op de uitoefening van het vetorecht

<sup>58</sup> Zoals vermeld in punt 39 van dit arrest, moet de toepassing van de in artikel 1, lid 2, van het besluit van 2004 gestelde criteria op het recht om een veto te stellen tegen bepaalde besluiten uitsluitend worden getoetst aan artikel 43 EG.

- 59 De Commissie meent dat deze criteria, voor zover zij op dit vetorecht van toepassing zijn, onevenredig zijn aan het nagestreefde doel en, derhalve, strijdig met artikel 43 EG. De Italiaanse Republiek betwist deze opvatting.
- 60 Met betrekking tot de betrokken vennootschappen moet worden vastgesteld dat de besluiten tot ontbinding ervan, tot overdracht van de onderneming, tot fusie, tot splitsing, tot overbrenging van de zetel van de vennootschap naar het buitenland of tot wijziging van het maatschappelijk doel, alsmede tot wijziging van de maatschappelijke statuten, waardoor de bijzondere rechten worden ingetrokken of gewijzigd, betrekking hebben op belangrijke aspecten van het bestuur van deze vennootschappen.
- 61 Het is mogelijk dat deze besluiten, die betrekking kunnen hebben op het voortbestaan zelf van deze vennootschappen, met name een aantasting vormen van de continuïteit van de openbare dienst of de instandhouding van de minimale nationale voorziening in goederen die essentieel zijn voor de samenleving, hetgeen de algemene belangen zijn waarop het besluit van 2004 doelt.
- 62 Er bestaat dus een verband tussen het bijzondere recht om een veto in te stellen en de in het besluit van 2004 vastgestelde criteria.
- 63 De omstandigheden waaronder dit recht kan worden uitgeoefend, zijn evenwel onnauwkeurig.
- 64 Het Hof heeft ten aanzien van een recht om zich te verzetten tegen bepaalde besluiten tot overdracht of het in zekerheid geven van activa van vennootschappen die actief zijn in de aardoliesector, geoordeeld dat, aangezien de uitoefening van dit recht niet verbonden is aan een voorwaarde die de discretionaire bevoegdheid van de minister met betrekking tot de controle van de identiteit van de houders van de activa van deze vennootschappen beperkt, de betrokken regeling verder gaat dan noodzakelijk is voor het bereiken van het genoemde doel, namelijk voorkomen dat in geval van een daadwerkelijke bedreiging de minimale bevoorrading met aardolieproducten, niet is gewaarborgd. Het Hof heeft hieraan toegevoegd dat bij het ontbreken van objectieve en

nauwkeurige criteria binnen de structuur van dit stelsel, de bedoelde regeling onevenredig is aan het genoemde doel (zie arrest Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald, punten 52 en 53).

- 65 Nagegaan moet worden of in casu dezelfde overwegingen gelden.
- 66 Het besluit van 2004 geeft niet aan onder welke omstandigheden de criteria voor de uitoefening van het in artikel 2, lid 1, sub c, van decreto-legge nr. 332/1994 bedoelde vetorecht toepassing vinden. Ook al kan dit recht, overeenkomstig artikel 1, lid 2, van voornoemd besluit, enkel worden uitgeoefend in situaties waarin sprake is van een ernstig en reëel gevaar of wanneer zich een noodsituatie voordoet op het gebied van de volksgezondheid, en met inachtneming van de in artikel 1, lid 1, van diezelfde bepaling bedoelde voorwaarden, te weten met name om redenen van openbare orde, openbare veiligheid, volksgezondheid en landsverdediging, dan nog weten de investeerders, bij het ontbreken van preciseringen omtrent de concrete omstandigheden waaronder het betrokken recht kan worden uitgeoefend, niet wanneer dit vetorecht toepassing kan vinden. Bijgevolg moet worden geconstateerd dat, zoals de Commissie stelt, de situaties op grond waarvan het vetorecht kan worden uitgeoefend potentieel talrijk, onbepaald en onbepaalbaar zijn, en dat zij de Italiaanse autoriteiten een ruime beoordelingsbevoegdheid laten.
- 67 De Italiaanse Republiek betoogt niettemin dat op de betrokken strategische gebieden het subsidiariteitsbeginsel van toepassing is en dat de lidstaten een ruime beoordelingsbevoegdheid moeten behouden, aangezien zij in de beste positie zijn om noodsituaties die vitale belangen van de staat aantasten, aan te pakken. De op de gereguleerde gebieden, zoals energie, ingevoerde richtlijnen, bevatten enkel minimumnormen met betrekking tot de inachtneming van de vereisten van openbardienstverlening.
- 68 Zoals reeds vastgesteld in punt 43 van dit arrest, moeten de bepalingen die de lidstaten vaststellen, ook wanneer deze richtlijnen hun een beoordelingsmarge laten om met name in noodsituaties maatregelen te nemen, binnen de in het Verdrag aangegeven grenzen blijven en met name het evenredigheidsbeginsel eerbiedigen.

- 69 Het Hof heeft met name erkend dat wat ondernemingen betreft die in de aardolie-, telecommunicatie- of elektriciteitssector actief zijn, 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 en bijgevolg een beperking van een fundamentele vrijheid kan rechtvaardigen (zie arrest van 13 mei 2003, Commissie/Spanje, reeds aangehaald, punt 71).
- 70 Het Hof heeft echter ook geoordeeld dat de lidstaten weliswaar in hoofdzaak vrij blijven de eisen van openbare orde en openbare veiligheid op hun nationale behoeften af te stemmen, maar dat die vereisten, als redenen om af te wijken van een fundamentele vrijheid, strikt moeten worden opgevat, zodat de draagwijdte ervan niet zonder controle van de instellingen van de Europese Gemeenschap eenzijdig kan worden bepaald. Zo kunnen de openbare orde en de openbare veiligheid slechts worden aangevoerd in geval van een werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging, die een fundamenteel belang van de samenleving aantast (zie met name arresten van 9 maart 2000, Commissie/België, C-355/98, Jurispr. blz. I-1221, punt 28; 14 maart 2000, Église de scientologie, C-54/99, Jurispr. blz. I-1335, punt 17, en 17 juli 2008, Commissie/ Spanje, reeds aangehaald, punt 47).
- 71 Het Hof heeft deze analyse toegepast op een stelsel van verzet dat in België van kracht was in de energiesector en dat betrekking had op bepaalde besluiten inzake de strategische activa van nationale vennootschappen, met name de energienetwerken, alsmede op de specifieke bestuursbesluiten betreffende deze vennootschappen, en waarbij de staat slechts kon optreden wanneer de doelstellingen van het energiebeleid gevaar liepen. Het Hof oordeelde dat dit stelsel beruiste op objectieve criteria die door de rechterlijke instanties konden worden gecontroleerd en dat de Commissie niet had aangetoond dat het nagestreefde doel met minder dwingende maatregelen kon worden bereikt (zie arrest van 4 juni 2002, Commissie/België, C-503/99, Jurispr. blz. I-4809, punten 50-53).
- 72 In casu geeft het besluit van 2004, zoals reeds is vastgesteld in punt 66 van het onderhavige arrest, niet aan onder welke concrete omstandigheden het vetorecht kan worden uitgeoefend, en berusten de in dit besluit genoemde criteria dus niet op objectieve en controleerbare voorwaarden.

73 Zoals in de punten 53 en 54 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht, kunnen de vermelding dat het vetorecht uitsluitend in overeenstemming met het gemeenschapsrecht mag worden uitgeoefend en de omstandigheid dat de uitoefening ervan aan het toezicht door de nationale rechter kan worden onderworpen, het besluit van 2004 niet verenigbaar maken met het gemeenschapsrecht.

74 Bijgevolg moet worden vastgesteld dat de Italiaanse Republiek, door de bepalingen van artikel 1, lid 2, van het besluit van 2004 vast te stellen, de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens artikel 43 EG, voor zover deze bepalingen van toepassing zijn op het in artikel 2, lid 1, sub c, van decreto-legge nr. 332/1994 voorziene bijzondere recht.

## Kosten

75 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd. Daar de Italiaanse Republiek in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie in de kosten te worden verwezen.

Het Hof van Justitie (Derde kamer) verklaart:

- 1) **Door de bepalingen van artikel 1, lid 2, van het decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, definizione dei criteri di esercizio dei poteri speciali, di cui all'art. 2 del decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474 (besluit van de voorzitter van de ministerraad, houdende definities van de criteria voor de uitoefening van de bijzondere rechten bedoeld in artikel 2 van decreto-legge nr. 332 van 31 mei 1994, omgezet, na wijzigingen, bij wet nr. 474 van 30 juli 1994), van 10 juni**

**2004 vast te stellen, is de Italiaanse Republiek de verplichtingen niet nagekomen die op haar rusten:**

- krachtens de artikelen 43 EG en 56 EG, voor zover deze bepalingen van toepassing zijn op de bijzondere rechten die zijn neergelegd in artikel 2, lid 1, sub a en b, van dit decreto-legge, zoals gewijzigd bij legge n. 350, disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2004) [wet nr. 350 inzake de jaar- en meerjarenbegroting van de staat (begrotingswet 2004)], van 24 december 2003, en
  
- krachtens artikel 43 EG, voor zover deze bepalingen van toepassing zijn op het in bovengenoemd artikel 2, lid 1, sub c, neergelegde bijzondere recht.

**2) De Italiaanse Republiek wordt verwezen in de kosten.**

ondertekeningen