

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ

Г-Н Р. MENGOZZI

представено на 2 декември 2009 година¹

I — Въведение

издаване на привилегировани акции, както следва:

1. С настоящия иск, предявен на 21 април 2008 г., Комисията на Европейските общности иска от Съда да установи, че като е запазила особени права на държавата и на други публичноправни субекти в Portugal Telecom SGPS SA (наричано по-нататък „Portugal Telecom“), предоставени във връзка с привилегировани акции („golden shares“) на държавата в Portugal Telecom SGPS SA, Португалската република не е изпълнила задълженията си по членове 56 ЕО и 43 ЕО.

„Със законодателния акт по член 4, параграф 1 (с който се одобрява уставът на предприятието, подлежащо на приватизация или на преобразуване в акционерно дружество) може по изключение, когато това се налага по съображения от национален интерес, да се предвиди и наличие на привилегировани акции, предназначени да останат собственост на държавата, които независимо от броя си ѝ дават правото на вето при изменения в устава и други решения, засягащи определена област, надлежно посочена в устава“.

II — Правна уредба

3. Член 20, параграф 1 от Декрет-закон № 44/95 от 22 февруари 1995 г. относно първия етап от приватизацията гласи:

2. Член 15, параграф 3 от Рамковия закон за приватизацията (Lei Quadro das Privatizações)² предвижда възможност за

„В случай че дружественият договор на Portugal Telecom предвижда наличието на акции, предоставящи особени права, различни от акциите с гарантиран дивидент, тези акции задължително трябва да бъдат мажоритарна собственост на държавата или други публични акционери.“

¹ — Език на оригиналния текст: френски.

² — Закон № 11/90 от 5 април 1990 г.

4. В член 4, параграф 2 от устава на Portugal Telecom, което представлява холдингово дружество за управление на дялови участия, се уточнява, че дружественият капитал е разпределен в 1 025 800 000 обикновени акции и 500 акции категория „А“.

5. Съгласно член 5 от устава на Portugal Telecom акциите от категория „А“ трябва да бъдат мажоритарна собственост на държавата или други публични акционери и предоставят определени привилегии под формата на особени права.

6. Уставът на Portugal Telecom изброява тези особени права по следния начин:

- най-малко една трета от членовете на управителните органи, включително председателят на управителния съвет, се избират с мнозинство от гласовете на акциите от категория „А“, тоест с гласовете на държавата и другите публични акционери,
- един или съответно двама от избраните в рамките на управителния съвет 5, съответно 7 изпълнителни членове се избират с мнозинство от гласовете на акциите от категория „А“,
- поне един от избраните да отговарят за отделни въпроси на управлението членове на управителните органи се

назначава с мнозинство от гласовете на акциите от категория „А“,

- решения на общото събрание в изброените по-долу области не могат да се вземат при отрицателен вот на мнозинството от гласовете на акциите от категория „А“:
- разпределението на печалбата за съответната година,
- изменението на устава и увеличението на капитала,;
- ограничаването и премахването на предимствата на акционерите при издаване на нови акции,
- определянето на условия за увеличаване на капитала,
- издаването на облигации и други ценни книжа и определянето на тяхната стойност, когато решението за издаването им се взема от управителния съвет, както и ограничаването или премахването на предимствата на акционерите при издаване на облигации, които могат да се превръщат в акции, и определянето от управителния съвет на условията за емитиране на облигации от този вид,

- преместване на седалището в друго населено място на територията на държавата,
- одобряването на придобиването на дял от обикновените акции, надхвърлящ 10% от капитала, от страна на акционери, чиито дейности са конкурентни на дейностите, осъществявани от дружествата, контролирани от Portugal Telecom, и

далекосъобщителен сектор. Този процес започва през 1992 г. с преобразуването на държавното предприятие Correios e Telecomunicações de Portugal в акционерно дружество, което е последвано от отделянето на далекосъобщителните дейности на дружеството и обособяването им в самостоятелно дружество, Telecom Portugal SA. През 1994 г. са слети няколко дружества, чийто капитал е изцяло собственост на държавата, и по-специално Telecom Portugal SA, Telefones de Lisboa e Porto SA и Teledifusora de Portugal SA, вследствие на което е образувано Portugal Telecom.

- освен това мнозинство от гласовете, съответстващи на посочените акции, е необходимо и при вземането на решения за одобряване на общите цели и основните принципи на политиката на Portugal Telecom, както и за определяне на общите принципи на политиката във връзка с придобиването на участие в капитала на дружества или групи дружества, придобиване и прехвърляне на предприятия, когато за това е необходимо предварително съгласие от общото събрание.

8. След 1995 г. Portugal Telecom е приватизирано на пет последователни етапа по реда на Рамковия закон за приватизацията.

9. През първия етап, уреден в Декрет-закон № 44/95, са прехвърлени около 27% от капитала на дружеството.

10. През втория етап, който протича от април 1996 г. до август 1997 г., са прехвърлени около 22% от капитала на дружеството, като по този начин участието на държавата в капитала е намалено до 51%.

III — Обстоятелства, предхождащи спора

7. Дружеството Portugal Telecom е учредено през 1994 г. и представлява крайния резултат от мащабен процес на реструктуриране на португалския

11. В рамките на третия етап, който започва през август 1997 г. и приключва през април 1999 г., е продаден допълнителен 26%-ен дял от капитала на дружеството.

12. Както се установява от доказателствата по делото, Португалската република запазва собствеността върху мажоритарния дял от обикновените акции на Portugal Telecom до края на 1997 г.

13. В края на четвъртия етап Португалската република намалява участието си в капитала на Portugal Telecom с допълнителен 13,5 %-ен дял от акциите.

14. На последно място, с приключването на петия етап от приватизацията е продадена и последната част от държавното участие в Portugal Telecom, с изключение на 500 акции, предоставящи особени права (акции категория „А“), които държавата си запазва.

IV — Досъдебна процедура

15. На 19 декември 2005 г. Комисията изпраща на Португалската република официално уведомително писмо, в което твърди, че последната не е изпълнила задълженията си по членове 56 ЕО и 43 ЕО, като е запазила собствеността на държавата и другите публични акционери върху

привилегираните акции от капитала на Portugal Telecom, предоставящи особени права.

16. Комисията упреква Португалската република, че си е запазила привилегираните акции („golden shares“) в Portugal Telecom, както и че е установила право на вето от страна на държавата при всяко придобиване на дял, надхвърлящ 10% от капитала на Portugal Telecom, от страна на акционери, чиято дейност е конкурентна на извършваната от дружеството.

17. Тъй като не е удовлетворена от отговора на Португалската република, изпратен с писмо от 21 февруари 2006 г., на 10 април 2006 г. Комисията ѝ изпраща мотивирано становище.

18. С писмо от 24 юли 2006 г. Португалската република отговаря на мотивираното становище, като оспорва твърденията за неизпълнение.

19. След като преценява, че Португалската република не е предприела необходимите мерки, за да се съобрази с мотивираното становище, на 21 април 2008 г. Комисията предявява настоящия иск.

V — Искания на страните

VI — По неизпълнението на задължения

20. Комисията моли Съда:

- да установи, че като е запазила особени права на държавата и на други публичноправни субекти в Portugal Telecom, предоставени във връзка с привилегирани акции („golden shares“) на държавата в Portugal Telecom SGPS SA, Португалската република не е изпълнила задълженията си по членове 56 ЕО и 43 ЕО, и

A — По допустимостта на иска

1. Доводи на страните

- да осъди Португалската република да заплати съдебните разноски.

21. Португалската република моли Съда:

- да отхвърли иска и
- да осъди Комисията да заплати съдебните разноски.

22. В писмения си отговор на исковата молба Португалската република изтъква, че искът е недопустим на две основания. На първо място, тя счита, че тъй като не е приложила към преписката нито нормативните актове, нито устава на Portugal Telecom, в които се съдържат разпоредбите, от които се установява твърдяното неизпълнение, Комисията е нарушила правилата относно доказателствената тежест и съответно не е доказала твърдяното от нея неизпълнение. На второ място, Португалската република изтъква, че в исковата молба Комисията е разширила предмета на спора, определен в досъдебната фаза на производството, доколкото тази институция понастоящем сочела доводи за съществуване на други особени права на държавата, а именно правото да определя един или двама от изпълнителните членове, които евентуално се избират в рамките на управителния съвет, както и правото на вето по отношение на някои стратегически решения, например разпореждането със значителни активи, сливането с други

дружества и решенията, водещи до промяна в собствеността на предприятието.

23. Комисията отхвърля всички тези твърдения.

2. Анализ

24. Считаю, че двете изтъкнати от Португалската република възражения за недопустимост, не могат да бъдат уважени.

25. По отношение на твърдението за задължение на Комисията да приложи към преписката релевантните нормативни актове и устава на Portugal Telecom, Португалската република не би могла да поддържа, че като е пропуснала да приложи тези документи към исковата молба, Комисията се основавала единствено на презумпция, без да представи на Съда необходимите доказателства, въз основа на които последният да провери дали е налице неизпълнение на задължения³.

26. Макар наистина да не е приложила посочените актове към своята искова молба,

Комисията все пак е възпроизвела съдържанието на релевантните нормативни актове и устава на Portugal Telecom както в документите от досъдебната фаза, така и в исковата си молба. По този начин Комисията е изпълнила в достатъчна степен задължението си да посочи разпоредбите, които според нея са довели до твърданото неизпълнение.

27. Нещо повече, според мен Португалската република никога не е оспорвала съществуването на тези разпоредби, нито обстоятелството, че те осигуряват на държавата привилегирани акции, предоставящи особени права, както Комисията е посочила и в досъдебната фаза, и пред Съда. Точно обратното, в отговорите си на официалното уведомително писмо и на мотивираното становище Португалската република многократно потвърждава, че именно на основание на тези текстове притежава 500 акции, категория „А“, в капитала на Portugal Telecom, които предоставят особени права.

28. При всяко положение, дори да се предположи, че Комисията не е изпълнила свое задължение, това според мен по никакъв начин не би могло да доведе до недопустимост на иска, тъй като такава последица е очевидно несъответстваща на тежестта на твърдения пропуск на Комисията. Впрочем Съдът вече донякъде е отхвърлил възражението на Португалската република, като ех officio е предприел мерки за организиране на съдебното производство, изразяващи се в съобщение до страните да представят устава на Portugal Telecom в секретариата, с което те са се съобразили. Отбелязвам също, че при прочита на

3 — Вж. в това отношение Решение от 6 ноември 2003 г. по дело Комисия/Обединено кралство (C-434/01, Recueil, стр. I-13239, точка 21).

устава на Portugal Telecom се потвърждава без всякакво съмнение съдържанието на релевантните разпоредби, възпроизведени от Комисията в мотивираното становище и в исковата молба.

Б — По съществуването на спора

1. Доводи на страните

29. Що се отнася до твърденията за разширяването на предмета на спора, съгласно които в исковата си молба Комисията се е позовала на допълнителни твърдения за нарушения, е важно да се отбележи, че според постоянната съдебна практика изискването да не се разширява или изменя предметът на спора, определен в мотивираното становище, все пак не налага винаги пълно съвпадение между формулировката на твърденията в официалното уведомително писмо, разпоредителната част на мотивираното становище и петитума на исковата молба⁴. Впрочем по мое мнение към обхвата на спора няма никакво отношение обстоятелството, че в исковата си молба Комисията уточнява твърденията за нарушения, които вече е изтъкнала пообщо в официалното уведомително писмо и мотивираното становище, като посочва допълнителни области, във връзка с които португалската държава има особени права в Portugal Telecom в качеството си на притежател на мажоритарен дял от акциите, категория „А“⁵.

30. Затова според мен настоящият иск е допустим.

31. На първо място, Комисията изтъква, че обстоятелството, че Португалската република разполага с посочените по-горе особени права по силата на притежавания мажоритарен дял от акциите от категория „А“ в Portugal Telecom, представлява ограничение на свободното движение на капитали, както и на свободата на установяване. Според нея в действителност тези особени права ограничават възможността обикновените акционери да участват ефективно в управлението и контрола на дружеството, съразмерно на стойността на техните акции, и освен това ги лишават от правото да вземат стратегическите решения, по отношение на които държавата има право на вето.

32. Нещо повече, притежаваните от Португалската република привилегировани акции можели също така да попречат на придобиването на контролен пакет в посоченото дружество, което било несъвместимо с член 43 ЕО.

33. По-нататък Комисията уточнява, че по две причини посочените привилегировани акции не може да се приравняват на акции на частноправни субекти. От една страна, въпреки че безспорно свързаните с тези акции особени права са уредени само в

4 — Вж. Решение от 29 септември 1998 г. по дело Комисия/Германия (С-191/95, Recueil, стр. I-5449, точка 56) и Решение от 11 юли 2002 г. по дело Комисия/Испания (С-139/00, Recueil, стр. I-6407, точка 19).

5 — По този повод вж. Решение от 27 ноември 2003 г. по дело Комисия/Финландия (С-185/00, Recueil, стр. I-14189, точка 87).

устава на Portugal Telecom, издаването им следвало да се преценява в светлината на относимите разпоредби на Рамковия закон за приватизацията, както и на Декрет-закон № 44/95, според които мажоритарният дял от тези привилегирани акции следва да бъде предоставен на държавата и да остане собственост на самата държава. От друга страна, посоченият устав бил приет след първия етап на приватизацията, и по-точно в период, когато държавата все още притежавала контролното участие в Portugal Telecom.

34. Ето защо според Комисията издаването на привилегирани акции в Portugal Telecom не следвало от обичайното прилагане на дружественото право, а при всяко положение представлявало държавна мярка и следователно попадало в приложното поле на член 56, параграф 1 ЕО.

35. Освен това Комисията изтъква, че предоставянето на привилегирани акции на държавата не може да се обоснове с член 295 ЕО, като се има предвид, че Съдът вече многократно е подчертавал, че държавите членки не могат да се позовават на своята правна уредба на собствеността, за

да обосновават налагането на пречки за предвидените в Договора за ЕО свободи чрез разрешителен административен режим, приложим спрямо приватизираните предприятия⁶. Според Комисията предоставянето на особени права на португалската държава, които ѝ дават възможност да наложи вето при приемането на определени решения, засягащи дружеството, съставлява разрешителен административен режим.

36. В писмената си реплика Комисията оспорва и твърдението на Португалската република, че правото да притежава акции, предоставящи особени права, следва да се квалифицира като основно право. Тя изтъква, че макар без съмнение свободата на сдружаване, правото на частна икономическа инициатива и правото на собственост да са основни права, това не се отнася до правото да се притежават привилегирани акции. По отношение на твърдяното нарушение на подобни основни права в случай на евентуална забрана държавен орган да притежава тези акции Комисията подчертава, че в съответствие с релевантните разпоредби на Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи, подписана в Рим на 4 ноември 1950 г. (наричана по-нататък „ЕКПЧ“) и Хартата на основните права на Европейския съюз, прогласена в Ница на 7 декември 2000 г.⁷, упражняването на горепосочените права може да бъде

6 — Комисията се позовава по-специално на Решение от 4 юни 2002 г. по дело Комисия/Португалия (С-367/98, Recueil, стр. I-4731, точка 48), Решение по дело Комисия/Франция (С-483/99, Recueil, стр. I-4781, точка 44), както и Решение от 13 май 2003 г. по дело Комисия/Испания (С-463/00, Recueil, стр. I-4581, точки 66 и 67).

7 — ОВ С 364, стр. 1.

подложено на ограничения в съответствие с цели от общ интерес.

37. На последно място, Комисията добавя, че ограниченията, произтичащи от особените права на Португалската република в Portugal Telecom, не могат да бъдат обосновани с посочените от последната цели от общ интерес и при всички положения не съответстват на принципа на пропорционалност.

38. Според нея необходимостта да се гарантира, че във всеки момент държавата ще разполага с далекосъобщителната мрежа, която има съществено значение по-специално в ситуации на криза, война или терористични действия, не може да се счита като легитимна цел от общ интерес, като се има предвид, че Португалската република не е доказала наличието на реална и достатъчно тежка заплаха, която засяга основен интерес на обществото по смисъла на практиката на Съда⁸.

39. Комисията отхвърля и довода на Португалската република, че доколкото Portugal Telecom е запазило фиксираните мрежи, както и всички дейности на едро и на дребно, притежаването на особени права в Portugal Telecom било оправдано

с цел да се гарантира известна степен на конкуренция на далекосъобщителния пазар предвид отсъствието на национална и общностна правна рамка, предоставяща подходящи правомощия на португалския орган за защита на конкуренцията, както и на секторния регулатор. Според Комисията тези доводи не следва да се приемат, доколкото това би означавало нарушение на общностното право (в случая на конкуренцията) да се обосновава с друго нарушение на същото право (а именно ограниченията на свободното движение на капитали и свободата на установяване).

40. Що се отнася до обосновката, че повдигането на въпроса относно правомощията на португалската държава в Portugal Telecom при сегашната конюнктура би създавало значителен риск от смущения на капиталовия пазар, Комисията се ограничава да припомни, че съгласно постоянната съдебна практика въвеждането на забранени от Договора пречки не може да се обосновава със съображения от икономическо естество⁹.

41. Комисията добавя, че при всяко положение предоставянето на особени права на Португалската република представлява мярка, която явно надхвърля необходимото за постигане на поставените цели. В действителност особените права се отнасяли не до конкретни управленски решения, а до основни решения за самото предприятие, а в същото време тяхното упражняване не било подчинено на никакви

⁸ — Вж. по-специално Решение от 13 май 2003 г. по дело Комисия/Испания, посочено по-горе (точка 72).

⁹ — Вж. по-специално Решение по дело Комисия/Португалия, посочено по-горе (точка 52).

условия, ограничаващи дискреционните правомощия на държавната власт, извън обстоятелството, че тези права трябва да се използват, когато това се налага по съображения от национален интерес.

42. На първо място, Португалската република изтъква, че правото да притежават акции, предоставящи особени права, е основно право на акционерите и като такава е общ принцип на общностното право, който общностните юрисдикции следва да защитават в съответствие с предвиденото в член 6 ЕС, както и в членове 12 и 14 от Хартата на основните права на Европейския съюз. Да се счита, както Комисията в случая, че е незаконосъобразно самото обстоятелство, че тези акции са притежавани от публичноправен субект, би довело до нарушение на някои от основните права, а именно правото на собственост, свободата на сдружаване и правото на частна икономическа инициатива.

43. По-нататък Португалската република оспорва наличието на ограничение, като изтъква, че издаването на привилегирани акции произтичало пряко и непосредствено от волята на самото Portugal Telecom, и следователно от обичайното прилагане на дружественото право.

44. Освен това тя счита, че дори да се предположи, че за издаването на посочените привилегирани акции е отговорна държавата, това изобщо не съставлявало нарушение на членове 56 ЕО и 43 ЕО, доколкото тези акции нямали за цел да засегнат оборота или да попречат на свободното движение на капитали. В действителност според Португалската република ставало дума за мярка, която засяга не условията за придобиване на дялово участие, а условията за управлението на тези участия, и която се прилага без дискриминация, така че следвало по аналогия да се приложи логическият подход от Решение по дело Keck и Mithouard¹⁰.

45. При всяко положение, като основава доводите си върху заключението на генералния адвокат Poiares Maduro по дело Federconsumatori и др.¹¹, Португалската република счита, че самото обстоятелство, че тя притежава особени права в Portugal Telecom, няма отрицателни последици за стойността на това дружество и следователно не прави по-малко привлекателно упражняването на свободата на движение на капитали от страна на инвеститори от други държави членки, по-специално поради факта, че до този момент португалската държава никога не се е възползвала от правото си на вето.

10 — Решение от 24 ноември 2003 г. (C-267/91 и C-268/91, Rescuel, стр. I-6097).

11 — Точка 25 от посоченото заключение (Решение от 6 декември 2007 г., C-463/04 и C-464/04, Сборник, стр. I-10419).

46. На последно място, Португалската република поддържа, че дори да се предположи, че държавата е отговорна за това съдържание на разпоредбите на устава на Portugal Telecom и че е налице ограничение на основните свободи — на движение на капитали и на установяване, тези пречки били обосновани с императивни съображения от общ интерес.

47. На първо място, обстоятелството, че Portugal Telecom е собственик на голяма далекосъобщителна инфраструктура, налагало държавата да си запази особени права, така че да може да поддържа предоставянето на далекосъобщителни услуги в случай на криза, война, терористични действия, природни бедствия, както и други нови заплахи. В това отношение Португалската република оспорва даденото от Комисията тълкуване на Решение от 13 май 2003 г. по дело Комисия/Испания¹², като изтъква, че Съдът не е възнамерявал да постави признаването на съображението за обществена сигурност в зависимост от условието да се докаже реална и достатъчно тежка заплаха за основен интерес на обществото.

48. На второ място, Португалската република се обосновава с необходимостта

да се гарантира предоставянето на универсалната далекосъобщителна услуга. В действителност тази универсална далекосъобщителна услуга била част от услугите с определено качество, които трябва да бъдат на разположение на всички крайни потребители на територията на страната, където и да се намират, и то на достъпна цена. Тъй като операторът, който е длъжен да осигури тези услуги, бил Portugal Telecom, значителната опасност тази универсална услуга да бъде застрашена, ако бъде оставена на волята единствено на частните акционери, оправдавала запазването на възможността за намеса на държавата в посоченото дружество чрез притежаваните от нея особени права.

49. На трето място, според Португалската република предоставените на държавата особени права били необходими и съразмерни предвид преследваните цели. Според нея предоставените ѝ особени права не се различават от режима на последващо одобрение, тоест правото да лиши от последици всяко решение, взето от обикновеното общо събрание в предварително определените в устава на Portugal Telecom случаи. От друга страна, тези права били ограничени до конкретни и предварително посочени положения. Ето защо режимът бил сравним с разглеждания по дело Комисия/Белгия¹³, за който Съдът е приел за установено, че е съвместим с Договора.

12 — Посоченото по-горе решение (точки 71—73).

13 — Решение от 4 юни 2002 г. по дело Комисия/Белгия (С-503/99, Recueil, стр. I-4809).

2. Анализ

а) Относно съществуването на ограничението на член 56 ЕО

50. За пореден път Съдът е изправен пред въпрос за съвместимостта с общностното право на правен режим, който вследствие на приватизационна процедура предоставя на държавата акции от дружество, даващи особени права („golden shares“), които ѝ позволяват да упражнява значително влияние върху дейността на засегнатото дружество¹⁴.

51. Подобна национална правна уредба винаги е била преценявана от Съда в светлината на свободното движение на капитали, чието нарушаване има за допълнителна последица и нарушаване на свободата на установяване.

52. На първо място, е уместно да отбележим, че според постоянната съдебна

практика член 56, параграф 1 ЕО забранява по общ начин ограниченията върху движението на капитали между държавите членки¹⁵.

53. Независимо че Договорът не дава определение за движение на капитали, приложение I към Директива 88/361/ЕИО на Съвета от 24 юни 1988 година за прилагане на член 67 от Договора [разпоредба, отменена с Договора от Амстердам] (ОВ L 178, стр. 5, Специално издание на български език, 2007 г., глава 10, том 1, стр. 10) съдържа примерен списък на операциите, които се считат за движение на капитали¹⁶. Така например за движение на капитали по смисъла на член 56, параграф 1 ЕО се считат по-специално инвестиции под формата на дялово участие, които предоставят право на ефективно участие в управлението и контрола на предприятието (преки инвестиции), както и придобиването на ценни книжа от капиталовия пазар единствено като финансова инвестиция и без намерение да се оказва влияние върху управлението и контрола (портфейлни инвестиции)¹⁷.

54. В това отношение Съдът потвърждава, че национална правна уредба, която може да възпреятства или ограничи

14 — Уместно е да отбележим, че пред Съда са висящи още две производства срещу Португалската република за неизпълнение на задължения от същото естество (дело Комисия/Португалия, C-543/08, отнасящо се до специални акции на държавата в дружеството Energias de Portugal, и дело Комисия/Португалия, C-212/09, отнасящо се до специални акции, притежавани от държавата в GALP Energia SGPS SA).

15 — Вж. по-специално Решение от 4 юни 2002 г. по дело Комисия/Франция, посочено по-горе (точки 35 и 40), Решение от 13 май 2003 г. по дело Комисия/Обединено кралство (C-98/01, Rescuil, стр. I-4641, точки 38 и 43), както и Решение от 28 септември 2006 г. по дело Комисия/Нидерландия (C-282/04 и C-283/04, Rescuil, стр. I-9141, точка 18).

16 — Вж. по-специално Решение по дело Комисия/Португалия, посочено по-горе (точка 37), и Решение от 23 октомври 2007 г. по дело Комисия/Германия (C-112/05, Сборник, стр. I-8995, точка 18).

17 — Вж. Решение от 16 март 1999 г. по дело Trummer и Mayer (C-222/97, Rescuil, стр. I-1661, точка 21), както и посочените по-горе Решение по дело Комисия/Франция (точки 36 и 37); Решение от 13 май 2003 г. по дело Комисия/Обединено кралство (точки 39 и 40) и Решение по дело Комисия/Нидерландия (точка 19).

придобиването на акции в засегнатите предприятия или да разубеди инвеститорите от други държави членки да инвестират в техния капитал, следва да се квалифицира като „ограничение“ по смисъла на член 56, параграф 1 ЕО¹⁸.

55. Португалската република оспорва на първо място наличието на ограничение на свободното движение на капитали, като изтъква, че издаването на посочените акции произтичало пряко и непосредствено от волята на самото Portugal Telecom, и следователно от обичайното прилагане на дружественото право. С други думи Португалската република не носела отговорност за издаването на спорните привилегирани акции и следователно то не представлявало държавна мярка по смисъла на член 56 ЕО.

56. Тези доводи са неубедителни.

57. Вярно е, че нито рамковият закон за приватизацията, нито останалите нормативни актове, които уреждат различните етапи от приватизацията на Portugal

Telecom, създават задължения да се предостави на държавата мажоритарният дял от привилегированите акции на това дружество. Декрет-закон № 44/95, който урежда първия етап на приватизацията, гласи единствено, че *ако дружественият договор предвижда издаването на акции, предоставящи особени права*, мажоритарният дял от тях трябва да е собственост на държавата или други публичноправни субекти. Именно в устава на Portugal Telecom изрично е уредено наличието на привилегирани акции от капитала на това дружество по смисъла на член 24 от Кодекса за търговските дружества.

58. Въпреки това е безспорно, че разпоредбите на устава на Portugal Telecom, по силата на които мажоритарният дял от привилегированите акции се предоставя на португалската държава, са приети на 4 април 1995 г., непосредствено след приemanето на Декрет-закон № 44/95, тоест в момент, когато държавата е имала мажоритарен контрол в предприятието, като впрочем в съдебното заседание Португалската република потвърждава, че към този момент държавата е притежавала 54,2% от капитала на Portugal Telecom.

59. Ето защо, докато в качеството си на законодател държавата е разрешила издаването на привилегирани акции от Portugal Telecom, пак тя, но в качеството си на мажоритарен акционер в това дружество, ги е въвела и на практика с промяната на устава на Portugal Telecom в съответствие с възможността, предоставена

18 — Вж. Решение по дело Комисия/Франция, посочено по-горе (точка 41), Решение от 13 май 2003 г. по дело Комисия/Испания, посочено по-горе (точка 61), Решение от 2 юни 2005 г. по дело Комисия/Италия (С-174/04, Recueil, стр. I-4933, точки 30 и 31), както и Решение от 14 февруари 2008 г. по дело Комисия/Испания (С-274/06, точка 20).

от Рамковия закон за приватизацията и Декрет-закон № 44/95¹⁹.

60. При това положение ми се струва невъзможно да се изтъква, че издаването на привилегировани акции произтичащо единствено от волята на Portugal Telecom.

61. Да се приеме обратното, би означавало да се позволи на държавите членки да избегнат прилагането на разпоредбите на член 56 ЕО с довода, че не „държавата законодател“, а „държавата акционер“ е издала привилегированите акции като последица от предоставеното ѝ от държавата законодател разрешение! Очевидно е, че подкрепата за тази линия на разсъждение би компрометирало сериозно полезното действие на предвидената в член 56, параграф 1 ЕО забрана.

62. Що се отнася до тази част от доводите на Португалската република, която се отнася до обстоятелството, че издаването на привилегированите акции произтичащо

единствено от обичайното прилагане на дружественото право, позволявам си да изтъкна, че съгласно член 15, параграф 3 от Рамковия закон за приватизацията тези акции са предназначени да останат собственост на държавата в отклонение от правилото на член 4 от Кодекса за търговските дружества, който всъщност гласи, че особени права в акционерните дружества могат да се предоставят само за определени категории акции и се прехвърлят заедно с тях²⁰.

63. Следователно, както уместно посочва Комисията в своята писмена реплика, без Португалската република да възрази, налице е дружествен договор, който следва модела на договорите на частното право, но на който националното законодателство придава дерогационни спрямо общото право последици като забраната за свободно движение на привилегированите акции.

64. Нещо повече, доводите на Португалската република, изведени от твърденията за релевантност на разграничението между привилегированите акции, издадени при обичайното прилагане на националното дружествено право, и привилегированите акции с публичноправен произход, не са убедителни.

19 — Интересният въпрос дали ако не е бил приет уставът на Portugal Telecom, би могло да се установи неизпълнение на произтичащи от общностното право задължения, е напълно теоретична хипотеза, тъй като в случая уставът на посоченото дружество е бил изменен непосредствено след приемането на Декрет-закон № 44/95 в указания от португалския законодател и регулаторния орган смисъл, а в съдебното заседание Комисията потвърждава, че твърдяното неизпълнение засяга цялата относима португалска правна уредба, включително препрращанията в нея към устава на Portugal Telecom.

20 — Уместно е да добавим, че член 328, параграф 2 от Кодекса за търговските дружества разрешава изключителни клаузи, които не допускат възможността за прехвърляне на акциите, и по-специално клаузи за съгласие от страна на дружеството, такива относно правата на останалите акционери за предпочитително изкупуване, както и такива, които поставят прехвърлянето в зависимост от определени условия. Безспорно е, че предвидената от Рамковия закон за приватизацията дерогация не попада в нито една от посочените по-горе категории.

65. В действителност, дори да се предположи, че произходът на тези акции следва да се търси в частното право, за тяхното издаване отново отговорност носи Португалската република. Според мен е извън всякакво съмнение, че държавите членки в качеството си на страни по Договора са длъжни да спазват правилата за основните свободи на движение, независимо дали действат в качеството си на публична власт или като частноправни субекти. Да се твърди обратното, би означавало да се предоставят на държавите членки начини да заобиколят тези правила, като се има предвид, че в качеството си на законодатели те биха могли без затруднение да изменят националното частно право, като наложат например на дружествата, в които имат дялово участие, да включат в уставите си разпоредби, които им предоставят определени особени права²¹.

66. От това следва, че за издаването на посочените привилегирани акции без съмнение отговорност носи Португалската република.

67. Що се отнася до ограничителния характер на португалската правна уредба, включително препращането в нея към устава на Portugal Telecom, е важно да се

посочи, че предоставените по този начин на държавата привилегирани акции ѝ позволяват да упражнява влияние, надхвърлящо действителната стойност на притежаваните от нея акции. Всъщност по силата на тези акции португалската държава не просто дава предварително разрешение за голям брой управленски решения, засягащи структурата на предприятието и съществени аспекти от неговата дейност, но и както се установява от изброяването в точка 6 от настоящото заключение, на такова предварително разрешение подлежи в определени случаи и самото придобиване на дялове от капитала на Portugal Telecom. Следователно португалската правна уредба установява режим на предварително административно разрешение за приемане на определени управленски решения и за придобиването на дялове в Portugal Telecom, както основателно го квалифицира Комисията.

68. Независимо от обстоятелството, че Португалската република никога не е упражнявала особените права, предоставени ѝ във връзка със собствеността на мажоритарния дял от привилегированите акции в капитала на Portugal Telecom, фактът, че приемането на решения от такова важно значение може да бъде поставено в зависимост от предварителното разрешение от държавата, в действителност може единствено да разколебае операторите от други държави членки да направят преки инвестиции в Portugal Telecom, като се има предвид, че при тези условия те не биха могли да получат съответстващи на стойността на техните акции възможности за управление и контрол на дружеството²².

21 — Вж. също в този смисъл точки 22 и 23 от заключението на генералния адвокат Poiares Maduro по дело Комисия/Нидерландия, посочено по-горе.

22 — Вж. в този смисъл Решение по дело Комисия/Нидерландия, посочено по-горе (точка 27).

69. Освен това предоставянето на тези особени права на държавата прави по-непривлекателни и портфейлните инвестиции, доколкото всеки частен акционер рискува борсовата цена на акциите му да намалее при евентуално упражняване от страна на държавата на правото на вето срещу решение, което е в интерес на Portugal Telecom.

70. Тези съображения според мен не се опровергават от останалите доводи на Португалската република.

71. На първо място, не е убедително възражението, че член 295 ЕО предоставя на държавата членка правото да притежава привилегирани акции от вида на посочените в настоящото дело.

72. В това отношение е достатъчно да се посочи, както основателно припомня Комисията²³, че не следва да се надценяват опасенията, които могат да оправдаят в зависимост от обстоятелствата запазването от страна на държавите членки на определено влияние в предприятията, които първоначално са били публични и впоследствие са приватизирани, когато тези предприятия осъществяват дейност в областта на услугите от общ интерес или в областта на стратегическите услуги. При всяко положение те не биха могли да позволят на държавите членки да черпят

възражения от системите си на собственост, посочени в член 295 ЕО, за да обосновават налагането на пречки за предвидените в Договора свободи, изразяващи се в разрешителен административен режим по отношение на приватизираните предприятия. Всъщност е безспорно, че посоченият член не води до изключване на съществуващите в държавите членки системи за собственост от основните норми на Договора²⁴.

73. На следващо място, неубедителен е и доводът на Португалската република, че Съдът следва да приложи по настоящото дело логическият подход от Решение по дело Keck и Mithouard, посочено по-горе.

74. В това отношение следва да се изтъкне, че транспониран към настоящия случай, този логически подход според Португалската република би наложил извода, че след като става дума за недискриминационни условия за управлението на тези дялови участия, а не условия за придобиването на същите, не било възможно да е налице нарушение на свободното движение на капитали.

75. От една страна, този довод не отговаря на фактите, тъй като е безспорно, че сред решенията, подлежащи на предварително разрешение от държавата, фигурира *придобиването* на акции, надхвърлящи прага от 10% от капитала на Portugal Telecom, от акционери, чиято дейност е конкурентна на дейностите на дружествата, контролирани от Portugal Telecom. Ето

23 — Вж. точка 35 от настоящото заключение.

24 — Вж. в този смисъл Решение по дело Комисия/Португалия, посочено по-горе (точки 47 и 48 и цитираната съдебна практика).

защо евентуалното неизпълнение от страна на Португалската република не е напълно изключено.

76. От друга страна, при всяко положение считам, че влиянието, което Португалската република упражнява върху управленските решения на Portugal Telecom благодарение на разглежданите в случая привилегирани акции, може също да е от естество да разубеди инвеститорите, установени в други държави членки, да придобият дялове в това дружество. Впрочем Съдът възприема именно този подход, за да отхвърли довода на Кралство Нидерландия по дело Комисия/Нидерландия, че не би могло да е налице каквото и да е ограничаване на свободата на движение на капитали, тъй като специалните акции, притежавани от нидерландската държава, давали възможност за влияние единствено върху управленските решения на разглежданите по това дело пощенски и далекосъобщителни предприятия²⁵.

77. На последно място, що се отнася до изтъкнатите от Португалската република твърдения за същността на притежаването на особените права като основно право, е важно да се отбележи, че основните права са неразделна част от общите принципи на правото, за чието спазване следи Съдът, който в това отношение се вдъхновява от общите конституционни традиции на

държавите членки, както и от международните актове за защита на правата на човека, към които държавите членки са се присъединили или в чието изготвяне са участвали, и по-специално ЕКПЧ²⁶. Установявам обаче, че Португалската република в нито един етап от настоящото производство не е изтъквала, че твърдяното от нея право да притежава особени права в приватизирано предприятие е сред общите конституционни традиции на държавите членки или се съдържа в поне един международен акт в областта на защитата на правата на човека.

78. Предвид гореизложените съображения считам, че предоставянето на държавата на мажоритарния дял от посочените привилегирани акции по принцип представлява ограничение по смисъла на член 56, параграф 1 ЕО.

б) По евентуалното обосноваване на ограниченията

79. Съгласно постоянната съдебна практика свободното движение на капитали

25 — Вж. посоченото по-горе решение (точки 16 и 24).

26 — Вж. в този смисъл Решение от 27 юни 2006 г. по дело Парламент/Съвет (С-540/03, Recueil, стр. I-5769, точка 35 и цитираната съдебна практика).

може да бъде ограничено от национални мерки, обосновани с упоменатите в член 58 ЕО съображения или с императивни съображения от общ интерес, доколкото не съществува общностна мярка за хармонизиране, която да предвижда необходимите мерки за осигуряване на защитата на тези интереси²⁷.

80. Когато липсва такова общностно хармонизиране, държавите членки трябва да определят степента на закрила, която възнамеряват да осигурят на тези законни интереси, както и начина, по който трябва да бъде постигната посочената степен, при спазване на Договора, и по-специално на принципа на пропорционалност, който изисква приетите мерки да са в състояние да гарантират осъществяването на преследваната цел и да не надхвърлят необходимостта за нейното постигане²⁸.

81. Португалската република счита, че в случая са налице множество цели от общ интерес, които обосновават ограниченията на свободата за движение на капитали, а именно съображения за обществена сигурност, нуждата да се гарантира предоставянето на универсална далекосъобщителна услуга, необходимостта да се осигури известна степен на конкуренция на далекосъобщителния пазар, както и да

27 — Вж. в този смисъл по-специално посочените по-горе Решение по дело Комисия/Португалия (точка 49) и Решение от 14 февруари 2008 г. по дело Комисия/Испания (точка 35).

28 — Вж. в това отношение Решение от 14 март 2000 г. по дело *Église de scientologie* (C-54/99, *Rescueit*, стр. I-1335, точка 18), както и посочените по-горе Решение по дело Комисия/Белгия (точка 45), Решение по дело Комисия/Португалия (точка 49) и Решение от 14 февруари 2008 г. по дело Комисия/Испания (точка 36).

се избегнат евентуални смущения на капиталовия пазар.

82. Що се отнася до последните две съображения за обосноваване, изтъкнати от Португалската република, Съдът не би следвало прекомерно да се спира на анализа им, тъй като според мен те дори не представяват легитимни цели от общ интерес, които да могат да обосноват ограниченията на свободното движение на капитали.

83. Всъщност, на първо място, рискът да се предизвикат смущения на капиталовия пазар е съображение от икономическо естество, с което според трайната практика на Съда не могат да се обосноват забранени от Договора ограничения²⁹.

84. На второ място, що се отнася до целта за осигуряване на известна степен на конкуренция на португалския далекосъобщителен пазар, който според Португалската република не бил напълно конкурентен, тъй като Portugal Telecom запазило собствеността върху фиксиранияте мрежи, както и всички дейности на едро и на дребно, е уместно да отбележим, че Съдът вече е имал повод да постанови, че интересът най-общо да се укрепи структурата на конкуренцията на даден пазар също не

29 — Вж. по-специално Решение по дело Комисия/Португалия, посочено по-горе (точка 52).

може надлежно да обоснове ограничения на свободата на движение на капитали³⁰.

85. При всяко положение твърденията, че запазването на привилегировани акции в Portugal Telecom, предоставящи особени права, било необходимо за постигането на тази цел, следва да бъдат отхвърлени, тъй като според мен би било достатъчно Португалската република да предостави необходимите правомощия на компетентните регулаторни органи³¹. В това отношение Португалската република не обяснява причините, поради които предоставянето на такива правомощия не би било възможно.

86. Що се отнася до двете валидни съображения за обосноваване, изведени съответно от изискването за защита на обществената сигурност и за гарантиране на универсалната далекосъобщителна услуга, предоставянето на държавата на привилегировани акции в капитала на Portugal Telecom не ми изглежда нито необходимо, нито съразмерно на някоя от тези цели.

30 — Вж. посочените по-горе Решение по дело Комисия/Португалия (точка 52), Решение по дело Комисия/Италия (точка 37) и Решение по дело Комисия/Испания (С-274/06, точка 44).

31 — Освен това, що се отнася до възражението на Португалската република, че вътрешната правна уредба не би могла да предостави на този орган адекватни правомощия за постигане на тази цел, ще се ограничи да цитирам трайно установената практика, съгласно която държава членка не може да се позовава на разпоредби, практики или фактически положения от вътрешния си правен ред, за да оправдае неспазването на задължения, които произтичат от общностното право: вж. по-специално Решение от 20 ноември 2008 г. по дело Комисия/Испания (С-94/08, точка 21) и Решение от 4 юни 2009 г. по дело Комисия/Гърция (С-568/07, Сборник, стр. I-4505, точка 50).

87. Що се отнася до първото посочено съображение за обосноваване, макар да е безспорно, че Portugal Telecom е собственик на голяма далекосъобщителна инфраструктура, която играе съществена роля при кризисни, военни или бедствени положения, това не променя обстоятелството, че съгласно постоянната практика на Съда изискванията, свързани с обществената сигурност като основания за дерогиране на принципа за свободно движение на капитали, следва да се тълкуват стриктно, така че позоваване на тях може да се прави само в случай на действителна и достатъчно сериозна заплаха, засягаща основен обществен интерес³². Португалското правителство обаче изобщо не доказва, че процедурата за предварително административно разрешение, произтичаща от притежаването на привилегировани акции в капитала на Portugal Telecom, би била задействана единствено в случай на „действителна и достатъчно сериозна“ заплаха срещу основен обществен интерес.

88. Що се отнася до изискването за гарантиране на универсалната далекосъобщителна услуга, притежаването от страна на Португалската република на привилегировани акции в Portugal Telecom, предоставящи особени права, не може да се счита за необходима мярка за постигането на тази цел. Всъщност по мое мнение въведените във всяка от държавите членки системи за компенсирание на разходите, извършени във връзка с предоставянето на универсалната далекосъобщителна услуга

32 — Вж. по-специално посочените по-горе Решение от 13 май 2003 г. по дело Комисия/Испания (точка 72) и Решение от 14 февруари 2008 г. по дело Комисия/Испания (точка 39).

в съответствие с вторичното общностно право³³, могат да осигурят по достатъчно ефикасен начин предоставянето на тази универсална услуга, което в случая е възложено на Portugal Telecom. Освен това не е нито основателно, нито логично Португалската република да изтъква, че привилегированите акции имали за цел да предотвратят риска тази универсална услуга да попадне изцяло в ръцете на частни акционери, при положение че тази държава членка напълно доброволно е решила да приватизира изцяло Portugal Telecom.

89. За мен това е достатъчно, за да приема, че спорният режим, установен от Португалската република, очевидно надхвърля необходимото за постигане на твърдените цели.

90. Трябва освен това да се отхвърлят твърденията на Португалската република, че притежаваните от нея особени права са аналогични на специалните права на Кралство Белгия, които са били предмет на дело Комисия/Белгия, посочено по-горе, и

33 — Вж. в това отношение Директива 96/19/ЕО на Комисията от 13 март 1996 година за изменение на Директива 90/388/ЕИО относно конкуренцията на пазарите за далекосъобщителни услуги (ОВ L74, стр. 13) и Директива 2002/22/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 7 март 2002 година относно универсалната услуга и правата на потребителите във връзка с електронните съобщителни мрежи и услуги (Директива за универсалната услуга) (ОВ L108, стр. 51, Специално издание на български език, 2007 г., глава 13, том 35, стр. 213).

за които Съдът е приел, че са съвместими с член 56 ЕО.

91. В действителност по това дело специалните акции, притежавани от Кралство Белгия в дружествата SNTC и Distrigaz, му предоставят правото да се *противопоставя a posteriori* на подробно изброени управленски решения единствено в случай че са застрашени целите на националната политика. Освен това упражняването на правото на противопоставяне е трябвало да бъде формално мотивирано и е подлежало на ефективен съдебен контрол³⁴.

92. Обратно, както вече посочих, по настоящото дело е налице режим на предварително административно разрешение. Впрочем това предварително разрешение засяга не определени управленски решения, а широк диапазон от основни решения, засягащи съществуването на дружеството, включително в определени случаи придобиването на дялови участия над 10% от капитала на Portugal Telecom. Освен това упражняването на посочените правомощия от държавата в конкретния случай се подчинява единствено на условието да „се налага по съображения от национален интерес“³⁵. Нещо повече, макар че наистина има възможност евентуално упражненото от държавата право на вето да бъде оспорено по съдебен ред, относимите нормативни актове не дават на националния съд достатъчно ясни критерии, така че да може ефективно да контролира

34 — Решение по дело Комисия/Белгия, посочено по-горе (точки 49—52).

35 — Вж. член 15, параграф 3 от Рамковия закон за приватизацията.

упражняването на дискреционното правомощие на държавата.

привилегировани акции, даващи особени права в приватизираното предприятие Portugal Telecom, представлява ограничение на движението на капитали по смисъла на член 56 ЕО.

93. Ето защо считам, че в случая Португалската република не може да се позовава на прилагането по аналогия на Решение по дело Комисия/Белгия, посочено по-горе.

в) По наличието на ограничения по член 43 ЕО

94. Следователно Португалската република не е доказала, че целите, които изтъква, за да обоснове въвеждането на спорния по настоящото дело режим на предварително административно разрешение, не могат да бъдат постигнати с по-малко ограничителни мерки, например режим на последващо деклариране³⁶.

96. Комисията изтъква, че предоставянето на португалската държава на посочените акции в капитала на Portugal Telecom водело също така и до нарушение на член 43 ЕО.

95. Предвид гореизложеното се налага изводът, че националната правна уредба (включително и преpraщането в нея към устава на Portugal Telecom), която предоставя на Португалската република

97. Според практиката на Съда, доколкото спорната правна уредба съдържа ограничения на свободата на установяване, тези ограничения са пряка последица от пречките пред свободното движение на капитали, с които те са неразривно свързани³⁷. Следователно не е необходимо спорният режим да се анализира от гледна точка на правилата на Договора относно свободата на установяване.

36 — В действителност Съдът приема, че режимът на последващо деклариране е по принцип мярка, която в по-малка степен ограничава свободното движение на капитали, стига да се основана на обективни, недискриминационни и предварително известни на засегнатите предприятия критерии и стига всяко лице, засегнато от такъв вид ограничителна мярка, да разполага с право на оспорване: вж. Решение по дело Комисия/Португалия, посочено по-горе (точка 50), Решение от 13 май 2003 г. по дело Комисия/Испания, посочено по-горе (точка 69) и Решение от 17 юли 2008 г. по дело Комисия/Испания (С-207/07, точка 48).

37 — Вж. по-специално Решение по дело Комисия/Белгия, посочено по-горе (точка 59), Решение от 23 май 2000 г. по дело Комисия/Италия (С-58/99, Recueil, стр. I-3811, точка 20), Решение от 13 май 2003 г. по дело Комисия/Испания, посочено по-горе (точка 86) и Решение по дело Комисия/Нидерландия, посочено по-горе (точка 43).

VII — Заключение

98. По тези съображения предлагам на Съда:

- да установи, че като е запазила особени права на държавата и на други публичноправни субекти в Portugal Telecom SGPS SA, предоставени във връзка с привилегирвани акции на държавата в Portugal Telecom SGPS SA, Португалската република не е изпълнила задълженията си по член 56 ЕО, и

- да осъди Португалската република да заплати съдебните разноски.