

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA

DÁMASA RUIZ-JARABA COLOMERA

přednesené dne 6. listopadu 2008¹

I – Úvod

1. Není všechno zlato, co se třpytí. William Shakespeare používá tuto větu v Kupci benátském², když marocký princ k získání Porciina srdce volí stříbrnou truhlu. V oblasti „zvláštních akcií“ („golden shares“) by toto přísloví již mělo být uloženo hluboko v myslích členských států, které ve svém úsilí o zastávání úlohy krále Midase proměňují v náhražku cenného kovu své kapitálové účasti v podnicích, jež působí ve strategických odvětvích nebo poskytují veřejné služby.

2. V této nevázané alchymistické práci však vlády často opomíjejí opravný účinek práva Společenství, jež ponechává bez hodnoty zvláštní, pečlivě zabezpečené výsady, jimiž se

hodlají vybavit, aby se ocitly nad běžnými akcionáři. Bezpochyby je k tomu vedou ty nejlepší úmysly zaštitěné ideou obecného zájmu, ale taková vůle neospravedlňuje žádnou odchylku od kázně, kterou prosazují pravidla Smlouvy o ES.

3. Tato žaloba Komise proti Italské republice zapadá do řady případů o tak zvaných „zvláštních akciích“, jimiž je od rozsudku ve věci Komise v. Německo³ třeba rozumět každou právní strukturu použitelnou jednotlivě na podniky, která zachovává nebo přispívá k uchování vlivu veřejné moci na tyto společnosti⁴. Orgán Společenství v podstatě žádá Soudní dvůr, aby určil neslučitelnost volného pohybu kapitálu a svobody usazování s kritérii obsaženými v nařízení o výkonu mimořádných pravomocí přiznaných zákonem určitým veřejným orgánům.

1 — Původní jazyk: španělština.

2 — Shakespearer, W., *Teatro completo*, vyd. Galaxia-Gutenberg/Circulo de lectores, „El mercader de Venecia“, španělský překlad Vicente Molina Fox; druhé dějství, sedmý výstup, s. 555.

3 — Rozsudek ze dne 23. října 2007 (C-112/05, Sb. rozh. s. I-8995) a mé stanovisko, přednesené dne 13. února 2007.

4 — Van Bekkum, J./Kloosterman, J./Winter, J., „Golden Shares and European Company Law: the Implications of Volkswagen“, v *European Company Law*, svazek 5/1, únor 2008, s. 8.

II – Právní rámec

státy a mezi členskými státy a třetími zeměmi.“

A – Právní úprava Společenství

4. Platnost vnitrostátních pravidel v oblasti zvláštních akcí, kterou Komise zpochybňuje, bývá obvykle Soudním dvorem zkoumána ve světle dvou základních svobod zakotvených Smlouvou o ES: svobody usazování a volného pohybu kapitálu. Pro první z nich je relevantní článek 43 ES, který zní:

„V rámci níže uvedených ustanovení jsou zakázána omezení svobody usazování pro státní příslušníky jednoho členského státu na území státu druhého. Stejně tak jsou zakázána omezení při zřizování zastoupení, poboček nebo dceřiných společností státními příslušníky jednoho členského státu usazenými na území druhého státu.“

5. Naproti tomu je volnému pohybu kapitálu věnován ve Smlouvě o ES čl. 56 odst. 1:

„V rámci této kapitoly jsou zakázána všechna omezení pohybu kapitálu mezi členskými

6. Vzhledem k významu, který má jeho vzetí v úvahu, je třeba zmínit rovněž článek 295 ES, který zní:

„Tato smlouva se nijak nedotýká úpravy vlastnictví, uplatňované v členských státech.“

7. V rámci sekundárního práva je třeba zmínit směrnici 88/361/EHS⁵, která ve své příloze I obsahuje klasifikaci, podle níž se třídí pohyby kapitálu uvedené v článku 1. Uvádí mimo jiné „účast v nových nebo stávajících podnicích s cílem vytvořit nebo udržet dlouhodobé hospodářské vztahy“ (přímé investice)⁶ a „koupí domácích cenných papírů, obchodovaných na burze, nerezidenty“ (portfoliové investice)⁷.

5 — Směrnice Rady ze dne 24. června 1988, kterou se provádí článek 67 Smlouvy (Úř. věst. L 178, s. 5; Zvl. vyd. 10/01, s. 10).

6 — –Bod I.2 uvedené přílohy.

7 — Bod III.A.1 téže přílohy.

B – *Italská právní úprava*

z následujících zvláštních pravomocí, vykonávaných se souhlasem ministra výrobních činností [.]“

8. Ustanovení čl. 4 odst. 227 až 231 italského zákona o rozpočtu na rok 2004 (dále jen „rozpočtový zákon“) ⁸ změnilo nařízení s mocí zákona č. 332 ze dne 31. května 1994 ⁹, které bylo s určitými změnami schváleno zákonem č. 474 ze dne 30. července 1994, jímž se zavádějí opatření ke zrychlení prodeje podílů státu a veřejných institucí v akciových společnostech ¹⁰.

10. Mimořádná oprávnění italského státu jsou postupně podrobně popsána v čl. 2 písm. a), b), c) a d) a lze je shrnout takto:

9. Článek 4 odst. 227 upravuje zvláštní pravomoci přiznané italskému státu vůči některým společnostem; hlavně odstavec 227 pododstavec 1 zakotvuje nové znění čl. 2 odst. 1 nařízení s mocí zákona č. 332, podle něhož:

„1. Nařízení předsedy Rady ministrů [...] určí mezi společnostmi přímo či nepřímo kontrolovanými státem, činnými v odvětví obrany, dopravy, telekomunikací, energetických zdrojů a jiných veřejných služeb, ty, do jejichž stanov je třeba včlenit rozhodnutím mimořádné valné hromady, dříve, než bude přijat jakýkoliv akt, jehož důsledkem by byla ztráta kontroly, ustanovení poskytující ministři hospodářství a financí jednu nebo více

- a) odpor vůči tomu, aby investoři nabývali významné podíly v těchto společnostech, které představují alespoň 5 % hlasovacích práv nebo nižší procento, jež ministr hospodářství a financí určí nařízením;
- b) odpor vůči dohodám mezi akcionáři, kteří drží alespoň 5 % hlasovacích práv nebo nižší procento, jež ministr hospodářství a financí určí nařízením;
- c) veto vůči rozhodnutím o zrušení společnosti, přenechání podniku, sloučení, rozdělení, přesunu sídla společnosti do zahraničí, změně stanov, která ruší nebo mění zvláštní pravomoci;

8 — Zákon č. 350/2003 ze dne 24. prosince 2003 (GURI č. 299 ze dne 27. prosince 2003).

9 — GURI č. 126 ze dne 1. června 1994.

10 — GURI č. 177 ze dne 30. července 1994.

- d) jmenování člena představenstva bez hlasovacího práva. „2. Anž by byl dotčen cíl uvedený v odstavci 1, vykonávají se zvláštní pravomoci, na něž se odvolává čl. 2 odst. 1 písm. a), b) a c) nařízení s mocí zákona č. 332 z roku 1994, jsou-li dány tyto okolnosti:

11. Dne 10. června 2004 vydal předseda italské Rady ministrů nařízení¹¹ uvedené v čl. 4 odst. 230 rozpočtového zákona; článek 1 odst. 1 tohoto nařízení stanoví:

„Zvláštní pravomoci uvedené v článku 2 nařízení s mocí zákona č. 332 z roku 1994 budou vykonávány výlučně tehdy, pokud budou dány zásadní a naléhavé důvody v obecném zájmu týkající se zejména veřejného pořádku, veřejné bezpečnosti, veřejného zdraví a obrany, způsobem pro ochranu těchto zájmů vhodným a přiměřeným, včetně vhodných lhůt, aniž by bylo dotčeno dodržování zásad vnitrostátního právního řádu a práva Společenství, zejména zásada zákazu diskriminace.“

12. Článek 1 odst. 2 nařízení nastavuje kritéria pro jednání veřejných orgánů v rámci výkonu zvláštních pravomocí takto:

- a) vážné a skutečné nebezpečí přerušení minimálního celostátního zásobování ropnými a energetickými produkty a dodávek spojených a odvozených služeb a obecně zásobování surovinami, společenskými základními statky nebo minimální úrovně telekomunikačních a dopravních služeb;
- b) vážné a skutečné nebezpečí pro kontinuitu výkonu povinnosti poskytovat společnosti veřejnou službu a pro výkon poslání svěřených společnosti v obecném zájmu;
- c) vážné a skutečné riziko pro bezpečnost zařízení a sítí základních veřejných služeb;

11 — GURI č. 139 ze dne 16. června 2004.

d) vážné a skutečné riziko pro národní obranu, vojenskou bezpečnost a veřejnou bezpečnost;

e) naléhavé zdravotní situace.“

15. Italské orgány uvedly v odpovědi z června 2003, že zmíněné nařízení rozvíjí rozsudek Soudního dvora ve věci C-58/99¹², a v odpovědi z listopadu 2003, že koncem téhož roku přijmou právní úpravu v souladu s právním řádem Společenství.

16. Po schválení oznámených změn informovala italská vláda v lednu 2004 Komisi o znění rozpočtového zákona na tento rok, který obsahoval pokyn, aby předseda Rady ministrů vydal ve lhůtě devadesáti dnů od vstupu tohoto zákona v účinnost nařízení obsahující kritéria pro výkon zvláštních pravomocí.

III – Postup před zahájením soudního řízení

13. Vzhledem k tomu, že italská vláda v žalobní odpovědi ani v duplice nezpochybňovala skutková tvrzení Komise, je namístě přijmout vylíčení skutkového základu sporu obsažené v žalobě, i když oprostěné od informací neužitečných pro rozhodnutí ve věci.

14. V únoru 2003 Komise upozornila výzvou dopisem italskou vládu na otázku slučitelnosti práva Společenství s článkem 66 rozpočtového zákona č. 488 ze dne 23. prosince 1999 a nařízením předsedy Rady ministrů ze dne 11. února 2000, o privatizaci veřejných podniků.

17. Dne 30. června 2004 byla tato prováděcí úprava v podobě napadeného nařízení oznámena Komisi.

18. Dne 22. prosince 2004 se uvedený orgán Společenství obrátil doplňující výzvou dopisem na italské orgány, neboť se domníval, že změněná ustanovení a nová kritéria výkonu zvláštních pravomocí neodstraňují porušení pravidel Smlouvy o ES ohledně volného pohybu kapitálu a svobody usazování.

12 — Rozsudek ze dne 23. května 2000, Komise v. Itálie (C-58/99, Recueil, s. I-3811).

19. Dne 24. května 2005 odpověděla italská vláda, že nařízení s mocí zákona č. 332 a nařízení ze dne 10. června 2004 zavádějí systém „zvláštních akcí“ v oblasti řízení společností s účastí státu, který vyhovuje požadavkům práva Společenství.

20. Komise se s touto argumentací nespokojila a dne 18. října 2005 poslala dotčené vládě odůvodněné stanovisko. Dne 20. prosince 2005 vyjádřily italské úřady nesouhlas s uvedeným stanoviskem, a proto se Komise rozhodla předložit spor k posouzení Soudnímu dvoru.

IV – Řízení před Soudním dvorem a návrhy účastníků řízení

21. Žaloba Komise byla zapsána do rejstříku tohoto Soudního dvora dne 13. července 2007 a žalobní odpověď italské vlády dne 5. října téhož roku.

22. Replika byla podána dne 16. listopadu 2007 a duplika dne 7. února 2008.

23. Komise se u Soudního dvora domáhá určení, že Italská republika nesplnila povinnosti, které pro ni vyplývají z článků 43 a 56 Smlouvy o ES, tím, že vydala čl. 1 odst. 2 nařízení ze dne 10. června 2004, jímž se určují kritéria pro výkon zvláštních pravomocí, na které se odvolává článek 2 nařízení s mocí zákona č. 332, které bylo s určitými změnami schváleno zákonem č. 474 ze dne 30. července 1999, ve znění změn provedených čl. 4 odst. 227 písm. a), b) a c) rozpočtového zákona. Navrhuje také, aby byla náhrada nákladů uložena italské vládě.

24. Posledně zmíněná žádá zamítnutí žaloby pro nesplnění povinnosti a uložení náhrady nákladů Komisi.

25. Na jednání konaném dne 2. října 2008 zástupci italské vlády a Komise přednesli svá stanoviska.

V – Analýza nesplnění povinnosti

A – Úvodní poznámky

1. K předmětu sporu

26. Ve svých procesních podáních¹³ italská vláda zmiňuje nepřipustnost, ne sice celé žaloby, ale většiny tvrzení, na nichž stojí vytýkané nesplnění povinnosti. Domnívá se, že ve skutečnosti kritika obsažená v žalobě a v replice nesměřuje tolik vůči napadenému nařízení, ale spíše vůči zvláštním pravomocem zakotveným v nařízení s mocí zákona č. 332; s ohledem na to, že ale odůvodněné stanovisko nenapadá tato oprávnění, Komise jí vytýká nesplnění povinnosti z důvodu úpravy těchto zvláštních pravomocí, čímž skrytě rozšiřuje předmět žaloby.

27. Žalobkyně v replice¹⁴ potvrzuje, že zpochybňuje toliko proporcionalitu čl. 1 odst. 2 sporného nařízení, zejména kritérií pro výkon mimořádných pravomocí italského státu; vytýká jim nedostatečnou konkrétnost, která by umožňovala investorům zjistit přesné okolnosti, za kterých veřejná správa může

využít takových mimořádných pravomocí. Uznává nicméně nutnost provést analýzu proporcionality ve vztahu k odůvodněnosti využití zvláštních pravomocí, včetně vhodnosti jejich využití¹⁵.

28. Podle ustálené judikatury je předmět řízení zahájeného podle článku 226 ES omezen postupem před zahájením soudního řízení stanoveným tímto ustanovením. V důsledku toho musejí být odůvodněné stanovisko Komise a žaloba založeny na stejných důvodech a tvrzeních, takže nelze zkoumat důvod, který nebyl uveden v odůvodněném stanovisku¹⁶. Z této judikatury vyplývá, že cílem tohoto překrývání fáze před zahájením soudního řízení a řízení u Soudního dvora je poskytnout dotyčnému členskému státu jednak příležitost splnit své povinnosti vyplývající z práva Společenství, a jednak efektivně uplatnit své prostředky obrany proti žalobním důvodům formulovaným Komisí.

29. Není namístě přijmout námitku italské vlády o nepřipustnosti, protože ze srovnání výzvy dopisem¹⁷, odůvodněného stanoviska¹⁸ a žaloby je patrné nejen to, že se Komise domáhá pouze posouzení napadeného nařízení, ale také to, že v posledním z těchto

¹⁵ — Bod 5 repliky.

¹⁶ — Například rozsudky ze dne 11. května 1989, Komise v. Německo (76/86, Recueil, s. 1021, bod 8); ze dne 20. března 1997, Komise v. Německo (C-96/95, Recueil, s. I-1653, bod 22); ze dne 11. června 1998, Komise v. Lucembursko (C-206/96, Recueil, s. I-3401, bod 13); a ze dne 24. června 2004, Komise v. Nizozemsko (C-350/02, Sb. rozh. s. I-6213, body 19 a 20).

¹⁷ — Dopis Komise Stálému zastoupení Italské republiky ze dne 6. února 2003.

¹⁸ — Dopis Komise tomuto stálému zastoupení ze dne 18. října 2005.

¹³ — Konkrétně v bodech 4 a 14 v opačném smyslu než v žalobní odpovědi a v bodech 2, 4 a 43 *in fine* dupliky.

¹⁴ — Body 3 a násl. tohoto podání.

dokumentů byl předmět řízení omezen na nařízení, zatímco písemnosti z doby před podáním žaloby obsahují určité prvky, které odporují platnosti zvláštních pravomocí jako takových¹⁹.

30. I kdyby se však jednalo o situaci omezení diskuse, stačí v každém případě uvést, že Soudní dvůr v rámci řízení o nesplnění povinnosti připustil takovou možnost a odlišil ji od rozšíření²⁰.

31. Navíc se argumentace italské vlády dopouští sofismu, když naznačuje, že Komise při kritice napadeného nařízení ve skutečnosti napadá povahu zvláštních pravomocí, neboť posuzování výkonu práv není v souladu s právem bez posouzení těchto práv. Přirovnáním zakotvení zvláštních pravomocí k jejich praktickému využití směřuje pravidlo, které je přiznává [čl. 2 odst. 1 písm. a), b), c) a d) nařízení s mocí zákona č. 332], s pravidlem, které upravuje jejich výkon [čl. 1 odst. 2 tohoto nařízení].

32. Mám-li to shrnout, rozsah sporu mezi Komisí a italskou vládou se soustřeďuje na proporcionalitu zmíněných ustanovení uvedeného nařízení, a veškerá tvrzení

Komise obsažená v procesních podáních si ponechávají platnost.

33. Existují sice pochybnosti ohledně platnosti zvláštních pravomocí zakotvených v nařízení s mocí zákona č. 332 ve světle ustanovení Smlouvy týkajících se volného pohybu, avšak zvláštnosti řízení o nesplnění povinnosti brání Soudnímu dvoru, aby se pustil do zkoumání takové slučitelnosti z moci úřední, neboť by to vedlo k rozhodování *ultra petita*.

34. Je tedy třeba označit okolnosti této žaloby za přinejmenším zvláštní: po Soudním dvoru se žádá, aby se vyslovil k proporcionalitě výkonu určitých zvláštních pravomocí, aniž by byl žádán o předchozí názor na slučitelnost takových oprávnění se základními svobodami zakotvenými ve Smlouvě o ES. Protože nelze vyloučit jinou žalobu na toto téma, vyzývám Komisi, aby svému vyšetřovacímu nasazení vtiskla určitou dávku konzistentnosti, která se projevuje rovněž v procesní ekonomii a zaručuje lepší využívání veřejných prostředků.

2. Relevance článku 295 ES

19 — V předposledním odstavci na straně 7 výzvy dopisem a v posledním odstavci na straně 6 odůvodněného stanoviska.

20 — Rozsudek ze dne 16. září 1997, Komise v. Itálie (C-279/94, Recueil, s. I-4743, bod 25).

35. Ačkoli se italská vláda při své obhajobě nedovolávala dodržování článku 295 ES, který byl podrobně zkoumán ve dvou spojených

stanoviscích, která jsem přednesl k věcem, v nichž byly vydány rozsudky Komise v. Portugalsko, Komise v. Francie a Komise v. Belgie²¹ na jedné straně a Komise v. Španělsko a Komise v. Spojené království²² na straně druhé, podoba zvláštních pravomocí vyzývá k tomu, abychom se zastavili u teze hájené v těchto stanoviscích.

36. I nadále tedy zastávám názor, že výraz „úprava vlastnictví“ uvedený v článku 295 ES neodkazuje na občanskoprávní systém majetkových vztahů, nýbrž na ideální soubor norem nejrůznější povahy včetně práva veřejného, které mohou přiznat kontrolu podniku, tj. umožnit tomu, kdo jej vlastní, vykonávat rozhodující vliv na definici a realizaci veškerých svých cílů nebo některých z nich. Z teleologického výkladu tohoto ustanovení rovněž vyplývá, že rozlišení mezi veřejnoprávními a soukromoprávními podniky pro účely Smlouvy nemůže být založeno na pouhém složení akcionářské základny, ale závisí na tom, zda má stát možnost prosadit určité cíle hospodářské politiky, které se odlišují od pouhého dosahování maximálního zisku, což je znakem soukromé činnosti.

21 — Rozsudky ze dne 4. června 2002, Komise v. Portugalsko (C-367/98, Recueil, s. I-4731); Komise v. Francie (C-483/99, Recueil, s. I-4781); a Komise v. Belgie (C-503/99, Recueil, s. I-4809), u nichž bylo stanovisko předneseno dne 3. července 2001.

22 — Rozsudky ze dne 13. května 2003, Komise v. Španělsko (C-463/00, Recueil, s. I-4581) a Komise v. Spojené království (C-98/01, Recueil, s. I-4641); stanovisko bylo předneseno dne 6. února 2003.

37. Opakuji tedy svůj názor, že respekt, který Smlouva vyjadřuje ve vztahu k úpravě vlastnictví ve vnitrostátních právních rádech a který je zakotven v článku 295 ES, se musí vztahovat na každé opatření, které prostřednictvím zásahu ve veřejném sektoru, v ekonomickém smyslu tohoto pojmu, umožňuje státu přispět k nastavení hospodářské činnosti země, zejména v rámci procesu privatizace podniků působících v odvětvích považovaných za „strategická“, jejichž liberalizace byla uskutečňována postupně²³. Konkrétně mám na mysli zásahy orgánů veřejné moci do některých, pro národ životně důležitých, činností, které sleduje realizace strategie hospodářské politiky.

38. Kritika vyjádřená v mých stanoviscích ve věcech C-463/00 a C-98/01 ohledně toho, že rozsudky bez vysvětlení pomíjejí použití a rozsah působnosti článku 295 ES, zůstává i nadále aktuální v tomto kontextu, neboť ani později vynesené rozsudky tento článek nevyložily; Soudní dvůr se omezil na zmínku, že je třeba brát do úvahy obavy, které za určitých okolností mohou odůvodnit to, že si členské státy podrží určitý vliv ve společnostech, které byly původně veřejné a následně byly zprivatizovány, pokud jsou tyto společnosti činné v oblasti základních služeb nebo v oblastech poskytování služeb všeobecného zájmu²⁴.

23 — Též mé stanovisko ve věci, v níž byl vydán rozsudek Komise v. Německo, uvedený v poznámce pod čarou 3, body 47 a násl.

24 — Například v rozsudcích Komise v. Španělsko, uvedený výše, bod 66; a ze dne 6. prosince 2007, Federconsumatori a další (C-463/04 a C-464/04, Sb. rozh. s. I-10479, bod 41).

39. Tento Soudní dvůr nicméně dodal, že tyto obavy neumožňují členským státům dovolávat se vlastního systému vlastnických vztahů na základě článku 295 ES, a tak odůvodnit překážky výkonu svobod zaručených evropským právem, které vyplývají z výsad, jež jim jako akcionářům byla přiznána v privatizovaných podnicích, protože uvedený článek nevyjímá úpravu vlastnictví v členských státech ze systému základních pravidel Smlouvy²⁵.

40. Moje postupná stanoviska, která jsem již zmiňoval, obsahují dosti podobné tvrzení, když uvádějí, že klauzule o neutralitě obsažená v článku 295 ES v žádném případě neznamená vynětí z kogentních pravidel Smlouvy a zejména ze zákazu diskriminace na základě státní příslušnosti. Trvám na tom, že článek 295 ES neruší tato základní pravidla Smlouvy, ale brání tomu, aby byla taková opatření sama o sobě považována za neslučitelná se Smlouvou, neboť jsou nadána „domněnkou platnosti“, kterou jim přiznává právní základ v článku 295 ES²⁶.

41. Je pravda, že podle teze, kterou obhajují, představují zvláštní oprávnění orgánů veřejné moci diskutovaná v tomto řízení o porušení

povinnosti právní úpravu veřejných zásahů do činnosti určených podniků za účelem vynucování cílů hospodářské politiky a je třeba je přirovnat k formám držení podniků, jejichž nastavení přísluší členským státům podle článku 295 ES; jejich existence není sama o sobě v rozporu se základními svobodami zakotvenými ve Smlouvě, ačkoli se do takového rozporu může dostat jejich konkrétní výkon.

42. Na jedné straně tedy v tomto sporu Komise ve světle Smlouvy o ES kritizuje jen nedostatek proporcionality určitých aspektů napadeného nařízení týkajících se výkonu zvláštních pravomocí přiznaných italskému státu nařízením s mocí zákona č. 332. Na druhé straně zásada proporcionality, zběžně chápaná jako prvek, který přizpůsobuje regulační zásah státu sledovanému cíli²⁷, náleží mezi obecné zásady právního řádu Společenství, v souladu s nímž musí být poměřována zákonnost těchto mimořádných pravomocí v rukou členských států. Ve dřívějších stanoviscích jsem totiž obhajoval, že vlády, které brání právní úpravu „zvláštních akcí“, musí prokázat, že státní přítomnost v liberalizovaných podnicích je přizpůsobena sledovanému cíli²⁸. Nyní, v logickém souladu s mým uvažováním vysvětleným na předcházejících stránkách, se domnívám, že nic nebrání tomu, aby byla taková právní úprava podrobena zkoumání pod úhlem uvedené zásady proporcionality.

25 — Výše uvedené rozsudky Komise v. Španělsko, bod 67; Komise v. Francie, bod 44; a Komise v. Belgie, bod 44.

26 — Stanovisko přednesené ve věcech Komise v. Portugalsko, Komise v. Francie a Komise v. Belgie, uvedené výše, bod 67, a ve věcech Komise v. Španělsko a Komise v. Spojené království, zmiňované dříve, bod 37.

27 — Schwarze, J., *European Administrative Law*, vyd. Sweet & Maxwell, 1. opravené vydání, Londýn, 2006, s. 679.

28 — Stanovisko v uvedených věcech Komise v. Španělsko a Komise v. Spojené království, bod 37.

3. Článek 43 ES *versus* článek 56 ES

43. Žalobkyně navrhuje, aby bylo určeno, že Italská republika porušila svobodu usazování a volný pohyb kapitálu.

44. V tomto ohledu zastávám i nadále názor, že přirozený a vhodný rámec, v němž je třeba posuzovat jednotlivá omezení, která vyplývají z toho, co se velmi nepřesně označuje jako „zvláštní akcie“, je rámec svobody usazování, neboť dotčený členský stát usiluje obvykle o kontrolu tím, že používá pravomoc zasáhnout do struktury akcionářské základny, tvorby společenské vůle privatizovaných podniků (prostřednictvím zásahů do složení akcionářské základny nebo konkrétních manažerských rozhodnutí), což je aspekt, který s volným pohybem kapitálu souvisí jen vzdáleně²⁹.

45. Tyto pravomoci však mohou mít vliv na svobodu usazování, neboť ji činí méně zajímavou, a to jak přímo, když se týkají přístupu

k základnímu kapitálu, tak nepřímo, když sníží její přitažlivost omezeními týkajícími se možností nakládat s majetkem či možností řízení orgánů společnosti³⁰. Na rozdíl od toho, jak rozhodl Soudní dvůr³¹, trvám na tom, že překážka volnému pohybu kapitálu, která z toho plyne, je podružná, a nikoli nevyhnutelná. Již jsem uvedl, že toto tvrzení je správné, pokud jde o opatření, která mají vliv na složení akcionářské základny, ale ještě ve větší míře platí pro opatření, která omezují přijetí rozhodnutí v rámci společností (např. změna předmětu podnikání nebo převod aktiv), jako jsou opatření, která jsou předmětem sporu v projednávané věci, jejichž vztah k volnému pohybu kapitálu je jen hypotetický nebo velmi slabý³².

46. Rozlišení nabývá na praktické relevanci prvního řádu, je-li brán zřetel na to, že volný pohyb kapitálu platí nejen mezi členskými státy, ale také mezi nimi a třetími zeměmi³³. Z toho se odvozuje, že ačkoli by opatření, jako je veto vůči rozhodnutí o rozpuštění společnosti ve strategickém odvětví, bylo prohlášeno za neslučitelné s článkem 43 ES, bylo by možné jej uplatnit vůči akcionářům ze třetích zemí.

29 — Stanovisko ve věci, v níž byly vydány zmíněné rozsudky Komise v. Španělsko a Komise v. Spojené království, bod 36; taktéž mé stanovisko ve věci Komise v. Německo, uvedené v poznámce pod čarou 3, body 58 a 59.

30 — Velasco San Pedro, L.A. a Sánchez Felipe, J.M., „La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El Estado de la cuestión después de la SE“, v *Revista de derecho de sociedades*, č. 19, ročník 2002-2, s. 31.

31 — Rozsudky Komise v. Portugalsko a Komise v. Francie, uvedené výše, bod 56. Také rozsudek Komise v. Nizozemsko, bod 43.

32 — Uvedené stanovisko ve věci, v níž byly vydány zmínované rozsudky Komise v. Španělsko a Komise v. Spojené království, bod 36.

33 — Například nedávný rozsudek ze dne 17. července 2008, Komise v. Španělsko (C-207/07, bod 31).

47. Kdybychom naproti tomu navzdory vedlejšímu charakteru finančního toku pocházejícího ze třetích zemí, nezbytného pro nabytí množství cenných papírů, které umožňují kontrolovat řízení obchodní činnosti, považovali takovou mimořádnou pravomoc za neslučitelnou s článkem 56 ES, ponechávali bychom volnou cestu těmto akcionářům ze zemí mimo Společenství, aby uskutečněním rozpuštění společnosti poškodili zájmy členského státu na kontinuitě poskytování veřejné služby, kterou podnik zabezpečoval.

48. Nepopírám, že jsou určitá opatření, která lze hodnotit podle parametrů obou zmiňovaných základních svobod; chci pouze upozornit na skutečnost, že existuje jiný typ zvláštních pravomocí, jejichž vnitřní spjatost s řízením podniků natolik oslabuje jejich vazbu na volný pohyb kapitálu, že by jejich prohlášení za neplatné vedlo k příliš širokému pojetí článku 56 ES.

49. Stavím se tedy za přesnější vymezení oblastí působnosti těchto dvou základních svobod, které jde do střetu se současnou *atraktivitou* volného pohybu kapitálu vycházející z judikatury Soudního dvora. Ponechávám tuto poznámku jen v nástinu, aniž by to bylo na újmu jejího pozdějšího rozvinutí při podrobném zkoumání nařízení ze dne 10. června 2004. Uvádím však již nyní, že důvod pro hodnocení namítaného nesplnění povinnosti odděleně v písmenech a) a b) bodu 2 písmene B) tohoto stanoviska odpo-

vidá tomu, ve světle které základní svobody je třeba zkoumat sporné nařízení.

50. Nakonec je namístě uvést, že se v řízení ukazuje, že právě obava z investic směřujících k usazení vedla italský stát k vydání právní úpravy, kterou Komise napadá. Byť se nejedná o jediný důvod, stojí za tím přání bránit tomu, aby podniky ve strategických odvětvích nepadly do rukou finančním skupinám ze zemí mimo Společenství, jejichž platební schopnost je pochybná, a které patrně sledují cíle neslučitelné s politikou členských států.

B – *K proporcionalitě napadeného nařízení*

1. Nástin sporu

51. Komise zakládá svoji žalobu na tom, že napadené nařízení nevymezuje dostatečné kritéria využití mimořádných pravomocí, takže investorovi není známa situace, ve které je vláda zamýšlí využít. V tomto kontextu tvrdí, že s ohledem na velmi obecné znění těchto kritérií bude stát zasahovat, jen pokud se investor pokusí dosáhnout na významný balík akcií podniků v odvětvích, jichž se týkají příslušné hospodářské činnosti

(obrana, doprava, telekomunikace, energetika a jiné veřejné služby)³⁴, což předpokládá, že rozhodnutí bude subjektivní a vedené výlučně vlastnostmi investora.

52. Dodává, že výrazy „vážné a skutečné nebezpečí“ nebo „naléhavá zdravotní situace“ postrádají objektivitu a vymezení odpovídající popisu okolností, za kterých bude přistoupeno k těmto mimořádným pravomocem, a ponechávají italským orgánům široký prostor pro uvážení, a brzdí nebo odrazují investory, zejména ty, kteří usilují o usazení se v Itálii s cílem, aby ovlivňovali řízení podniku.

53. Dále orgán Společenství uvádí, že vnitrostátní soud pověřený rozhodováním eventuálního sporu, v konkrétním případě výkonu zvláštních pravomocí, také nedisponuje kritérii pro kontrolu uvážení správního orgánu.

54. Nakonec, Komise připomíná nedostatek příčinné souvislosti mezi nezbytnou zárukou zásobování energetickými produkty, poskytováním veřejných služeb a kontrolou akcionářské základny podniků, zejména v neharmonizovaných odvětvích. V oblastech s určitou mírou sblížení vnitrostátních práv-

34 — Podle Komise, jejíž tvrzení italská vláda nevyvracela, bylo ustanovení týkající se výkonu zvláštních pravomocí vloženo do stanov společnosti ENI Spa (energie a petrochemie), Telecom Italia (telekomunikace), Enel Spa (elektrina) a Finmeccanica Spa (obrana).

ních úprav se Komise odvolává na směrnice 2003/54/ES³⁵, 2003/55/ES³⁶ a 2002/21/ES³⁷ (dále jen „směrnice o elektřině“, „směrnice o plynu“ a „telekomunikační směrnice“), které obsahují opatření na ochranu nepřerušovaného zásobování na celostátní úrovni v těchto oblastech hospodářství.

55. Vedle tvrzení týkajících se předmětu sporu, o nichž již bylo pojednáno, trvá italská vláda na soustředění diskuse do rámce svobody usazování, nikoli volného pohybu kapitálu, protože jsou napadené akty určeny k rozhodujícím zásahům do řízení podniků.

56. Odmítá také přiznat relevanci směrnícím o elektřině a plynu, protože napadené nařízení nezavádí žádné strukturální opatření.

35 — Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2003/54/ES ze dne 26. června 2003 o společných pravidlech pro vnitřní trh s elektřinou a o zrušení směrnice 96/92/ES – [Prohlášení o činnostech k rozebírání odpadů a nakládání s nimi] (Úř. věst. L 176, s. 37; Zvl. vyd. 12/02, s. 211).

36 — Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2003/55/ES ze dne 26. června 2003 o společných pravidlech pro vnitřní trh se zemním plynem a o zrušení směrnice 98/30/ES (Úř. věst. L 176, s. 57; Zvl. vyd. 12/02, s. 230).

37 — Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2002/21/ES ze dne 7. března 2002 o společném předpisovém rámci pro sítě a služby elektronických komunikací (rámcová směrnice) (Úř. věst. L 108, s. 33; Zvl. vyd. 13/29, s. 349), kterou Komise uvádí spolu se směrnicí Evropského parlamentu a Rady 2002/22/ES ze dne 7. března 2002 o univerzální službě a právech uživatelů týkajících se sítí a služeb elektronických komunikací (směrnice o univerzální službě) (Úř. věst. L 108, s. 51; Zvl. vyd. 13/29, s. 367).

57. Na podporu tvrzení, že je vnitrostátní zákonodárství v lepším postavení pro řešení situací těžce poškozujících národní zájmy jak v oblasti veřejných služeb, tak v oblasti obranných záležitostí, rovněž uvádí zásadu subsidiarity.

60. V tomto smyslu nabízí nyní diskutovaná italská právní úprava řadu možností, jak omluvit narušení, které výkon zvláštních pravomocí může vyvolat na vnitřním trhu, neboť se výslovně dovolává zabezpečení energetických dodávek a poskytování veřejných služeb, na bezpečnost zařízení, na nichž je založeno, na národní obranu, veřejný pořádek a na naléhavé zdravotní situace³⁸.

2. Hodnocení

a) Úvodní úvahy

58. Před zahájením přezkumu žalobních důvodů je namístě nastínit parametry, podle nichž k němu přistoupíme.

61. Zadrhé, když se jedná o hodnocení slučitelnosti Smlouvy a národních právních úprav, které zasahují do základních svobod, zásada proporcionality vychází z toho, že je sledována integrace trhů, a Soudní dvůr ji používá striktnějším způsobem než ve vztahu k pravidlům vydávaným orgány Společenství³⁹.

59. Zaprvé, s ohledem na to, že Komise do své žaloby nezahrnula zvláštní pravomoci podle čl. 2 odst. 1 nařízení s mocí zákona č. 332, opakují, že je třeba je považovat za slučitelné se svobodou usazování a volným pohybem kapitálu zaručenými Smlouvou o ES. Navíc s ohledem na to, že kritizuje výlučně nedostatek proporcionality cílů upravených v uvedeném nařízení, požaduje, aby bylo jejich odůvodnění zkoumáno s ohledem na tyto svobody.

62. Navíc, u své metodologie trvám na tom, že otázka úpravy výkonu zvláštních pravomocí v napadeném nařízení podle situací uvedených v čl. 2 odst. 1 písm. a) a b) nařízení s mocí zákona č. 332 na jedné straně a v písmenu c) téhož ustanovení na druhé

38 — Článek 2 odst. 1 písm. a), b), c), d) a e) napadeného nařízení.

39 — Tridimas, T., *The General Principles of EU Law*, 2. vyd., vyd. Oxford University Press, Oxford, 2006, s. 193; Galetta, D.-U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 1998, s. 103 a násl.

straně vyvstává, protože platnost ustanovení prvních dvou písmen je třeba posuzovat podle článku 56 ES, zatímco platnost ustanovení třetího z nich podle článku 43 ES.

b) Proporcionalita napadeného nařízení, pokud jde o pravomoci obsažené v čl. 2 odst. 1 písm. a) a b) nařízení s mocí zákona č. 332

63. V těchto dvou písmenech uvedeného ustanovení se zakládá oprávnění ministra hospodářství v dohodě s ministrem výrobních činností odporovat tomu, aby investoři nabyvali významné podíly ve společnostech působících ve výše zmiňovaných odvětvích, které představují alespoň 5 % hlasovacích práv [písmeno a)], a odporovat dohodám mezi akcionáři, kteří drží alespoň 5 % hlasovacích práv [písmeno b)]⁴⁰.

64. Do dnešní doby při neexistenci definice pojmu „pohyb kapitálu“ ve Smlouvě o ES uznala judikatura informativní hodnotu kvalifikace uvedené v příloze ke směrnici 88/361/EHS⁴¹, podle které jsou pohyby kapi-

tálu přímé investice, tj. nabytí účasti v podniku prostřednictvím vlastnictví akcií, které umožňují se podílet na jeho řízení a kontrole, a nepřímé investice, jako koupě cenných papírů na kapitálovém trhu za účelem finanční investice uskutečněné bez úmyslu ovlivňovat řízení a kontrolu podniku (též označované za „portfoliové“ investice)⁴².

65. Soudní dvůr se zabýval těmito typy operací a kvalifikoval je jako „omezení“ ve smyslu čl. 56 odst. 1 ES vnitrostátní opatření, která brání nebo ztěžují nabytí akcií dotčených společností nebo která odrazují hospodářské subjekty z jiných členských států od investování do kapitálu těchto společností⁴³.

66. Ačkoli jsem již upozornil na to, že v tomto řízení nejsou zkoumány zvláštní pravomoci svěřené uvedeným ministrům, výše uvedená vysvětlení potvrzují, že jak odporování koupi balíků akcií, které představují alespoň 5 % kapitálu podniku, tak odporování dohodám, které držitelé těchto akcií mohou uzavřít se třetími subjekty, je třeba z hlediska jejich

40 — V obou případech je ministr hospodářství zmocněn snížit toto procento nařízením.

41 — Směrnice Rady 88/361/EHS ze dne 24. června 1988, kterou se provádí článek 67 Smlouvy, uvedená výše (článek zrušený Amsterdamskou smlouvou) (Úř. věst. L 178, s. 5; Zvl. vyd. 10/01, s. 10).

42 — Rozsudek ze dne 16. března 1999, Trummer a Mayer (C-222/97, Recueil, s. I-1661, bod 21); a výše uvedené rozsudky Komise v. Francie, body 36 a 37, a Komise v. Spojené království, body 39 a 40.

43 — Rozsudky Komise v. Francie, bod 41; ze dne 2. června 2005, Komise v. Itálie (C-174/04, Sb. rozh. s. I-4933, body 30 a 31); a ze dne 19. ledna 2006, Bouanich (C-265/04, Sb. rozh. s. I-923, body 34 a 35).

souladu s právem Společenství hodnotit ve světle článku 56 ES, neboť jimi vyvolávaný rušivý vliv je zřejmý na koupi akcií, včetně vlivu spočívajícího v pouhém odrazování.

67. Vlastnictví takového objemu cenných papírů není samo o sobě dostatečné k zajištění kontroly nad společnostmi, přestože rozptýlení akcionářské základny velkých akciových společností umožňuje, aby se skupiny investorů s poměrně malým procentem akcií účastnily na řízení podniku.

68. Při soustředění analýzy na proporcionalitu italského nařízení není obtížné odvážit se tvrzení, že by neobstálo ani v kritériu vhodnosti⁴⁴, protože podle tvrzení Komise není patrná žádná logická souvislost mezi odporovacími pravomocemi podle čl. 2 odst. 1 písm. a) a b) nařízení s mocí zákona č. 332 a podmínkami jejich výkonu podle tohoto nařízení.

69. Není tak srozumitelný způsob, kterým může nabytí akcií nebo dohoda mezi akcionáři vyvolat vážné a skutečné nebezpečí, že bude přerušeno zásobování energetickými produkty nebo že bude rovněž závažným

44 — Vycházím z obecně přijímané myšlenky, že proporcionalita zahrnuje dvě kritéria: kritérium vhodnosti zkoumané normy ve vztahu ke sledovaným cílům a kritérium nezbytnosti této normy, který se v právu Společenství obvykle nazývá „[kritérium] méně omezujícího opatření“; v této linii, Sarmiento Ramírez-Escudero, D., *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, vyd. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, s. 641 a násl.

a jistým způsobem narušena kontinuita veřejných služeb; není také zřejmé, co znamená vážná a skutečná hrozba pro bezpečnost zařízení a sítě strategických veřejných služeb ani pro národní obranu nebo veřejnou bezpečnost, a tím méně, co předpokládá naléhavá zdravotní situace, ať už nabývající investoři nebo strany dohody mezi akcionáři trpí jakoukoli chorobou.

70. Italská vláda nepřinesla žádný důkaz ani neuvedla žádný náznak něčeho, co by bylo s to vyvrátit pochybnosti Komise, které se tak jeví jako opodstatněné. Toto negativní hodnocení ještě vyostřuje skutečnost, že jsou příslušní ministři bez jakéhokoli odůvodnění zmocnění ke snížení hranice 5 %, protože pod tímto prahem se zvyšuje pocit naprosté libovůle, jíž podléhá výkon takového práva veta⁴⁵.

71. V důsledku toho ztrácí na významu rozbor tvrzení ohledně použitelnosti směrnic o elektrině a plynu a telekomunikační směrnice, protože by nedošlo ke zhojení počáteční vady spočívající v nedostatku logického vztahu mezi pravomocemi a úpravou jejich výkonu v napadeném nařízení; navíc je namísto se obávat, že tyto právní předpisy

45 — Nutnost učinit takovou poznámku překvapuje, když se v italském právu zásada proporcionalitativy obvykle spojuje se zásadou racionality, podle Fromont, M., *Droit administratif des États européens*, Thémis droit puif, Paris, 2006, s. 294.

nejsou relevantní, protože se omezují na regulační aspekty na jednotlivých trzích a obsahují pouze minimální pravidla společná pro splnění požadavků veřejné služby⁴⁶.

72. Pokud jde o tezi italské vlády, která se na ochranu platnosti nařízení uchyluje k zásadě subsidiarity jako záruky zásahu členských států na obranu svých životních zájmů, stojí za to poznamenat, že její praktické uplatňování se musí provádět, slovy samotné Smlouvy o ES, při zohlednění jejich obecných ustanovení a cílů, zejména pokud jde o důsledné dodržování *acquis communautaire*⁴⁷.

73. Navíc, Soudní dvůr rozhodl, že ačkoli členské státy mohou v zásadě i nadále svobodně podle svých vnitrostátních potřeb stanovit, co vyžadují veřejný pořádek a veřejná bezpečnost, v evropském kontextu se tyto požadavky vykládají striktním způsobem, takže nedochází k jednostrannému stanovování jejich dosahu bez kontroly orgánů Unie⁴⁸.

46 — Článek 3 odst. 2 ve spojení s bodem 27 odůvodnění směrnice o plynu a článek 3 ve spojení s bodem 26 odůvodnění směrnice o elektřině; navíc směrnice 2002/22/ES se týká univerzální služby a povinností, které z ní vyplývají, což představuje jen odvětví veřejné služby. Rovněž, Piefscalla, M., *Golden Aktien aus EG-rechtlicher Sicht – Eine Untersuchung staatlicher und privater Sonderrechte in Wirtschaftsgesellschaften unter besonderer Berücksichtigung der Kapitalverkehrsfreiheit*, vyd. Dr. Kovac, Hamburg, 2006, s. 202.

47 — Protokol o používání zásad subsidiarity a proporcionality, připojený ke Smlouvě o ES Amsterodamskou smlouvou, bod 2.

48 — Rozsudek ze dne 28. října 1975, Rutili (36/75, Recueil, s. 1219, body 26 a 27).

74. Rovněž tak dodal, že systém předchozího povolení u přímých zahraničních investic⁴⁹ nebo systém následného veta⁵⁰, které se omezují na globální definici finančních operací, na něž se vztahují tím, že se dotýkají veřejného pořádku nebo veřejné bezpečnosti, neumožňují, aby dotčené osoby znaly zvláštní okolnosti, za kterých je nezbytný předchozí souhlas nebo za kterých bude vznesen odpor; samotný Soudní dvůr kritizoval takovou nepřesnost práv a povinností jednotlivců, které vyplývají ze článku 56 ES, pro její rozpor se zásadou právní jistoty.

75. Lze to shrnout tak, že použití zásady subsidiarity tak vágním způsobem by naráželo na právní jistotu, kterou Soudní dvůr ukládá za účelem obehnutí tvrdosti závazků přijatých členskými státy ve Smlouvě.

76. Ve světle uvedených vysvětlení navrhuje Soudnímu dvoru, aby určil, že Italská republika tím, že vydala ustanovení, která jsou obsažena v čl. 1 bodu 2 nařízení předsedy Rady ministrů ze dne 10. června 2004 ve spojení se čl. 4 odst. 227 písm. a) a b) rozpočtového zákona, nesplnila povinnosti, které pro ni vyplývají ze článku 56 Smlouvy o ES.

49 — Rozsudek ze dne 14. března 2000, Église de scientologie a Scientology International (C-54/99, Recueil, s. I-1335, body 19 až 23).

50 — Již zmíněné věci C-483/99, Komise v. Francie, body 50 a 52, a C-463/00, Komise v. Španělsko, bod 74.

c) Proporcionalita napadeného nařízení, pokud jde o pravomoci obsažené v čl. 2 odst. 1 písm. c) nařízení s mocí zákona č. 332

77. Připomínám, že diskutované ustanovení podřizuje vetu ministrů hospodářství a výrobních činností rozhodnutí o zrušení společnosti, přenechání podniku, sloučení, rozdělení, přesunu sídla společnosti do zahraničí, změně stanov, která ruší nebo mění zvláštní pravomoci v dotčených veřejných podnicích.

78. V bodu 49 tohoto stanoviska jsem se věnoval jasnějšímu vymezení případů, k nimž se vztahuje volný pohyb kapitálu, a těch, která spadají do oblasti svobody usazování, a popíral jsem tedy jejich automatické srovnávání při jejich zkoumání ve světle základních svobod zaručených ve Smlouvě o ES.

79. V tomto kontextu jsem přesvědčen, že opatření, o nichž se zmiňuje čl. 2 odst. 1 písm. c) nařízení s mocí zákona č. 332, spadají do sféry svobody usazování. Samotná judikatura Soudního dvora totiž upozorňuje na to, že ke zjištění, zda určitá vnitrostátní právní úprava spadá pod tu nebo onu svobodu pohybu, je nezbytné se zaměřit na předmět takové úpravy⁵¹, a dodává, že do věcné působnosti svobody usazování náleží vnitrostátní ustanovení, která se uplatní v případě, kdy státní příslušník dotyčného členského státu vlastní podíl na základním kapitálu společnosti usazené v jiném členském státě umožňující mu vykonávat určitý vliv na rozhodování této společnosti a určovat její činnost⁵².

80. Kdo tedy vyvolává nebo uskutečňuje taková rozhodnutí, musí držet dostatečný počet akcií, aby ve svůj prospěch dosáhl souhlasu valné hromady akcionářů, protože jen v takové pozici by bylo dosaženo nezbytné většiny k natolik intenzivnímu vlivu na život podniku; některé takové rozhodnutí by

51 — Rozsudky ze dne 12. září 2006, Cadbury Schweppes a Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, Sb. rozh. s. I-7995, body 31 až 33); ze dne 3. října 2006, Fidium Finanz (C-452/04, Sb. rozh. s. I-9521, body 34 a 44 až 49); ze dne 12. prosince 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, Sb. rozh. s. I-11673, body 37 a 38); a ze dne 17. července 2008, Komise v. Španělsko, uvedený výše, bod 35.

52 — Rozsudky ze dne 13. dubna 2000, Baars (C-251/98, Recueil, s. I-2787, bod 22); ze dne 21. listopadu 2002, X a Y (C-436/00, Recueil, s. I-10829, bod 37), a ze dne 12. září 2006, již zmíněný, Cadbury Schweppes a Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, Sb. rozh. s. I-7995, bod 31).

fakticky mohlo ohrozit existenci společnosti, a proto vnitrostátní zákonodárné orgány zavedly pro jeho přijetí podmínku dosažení kvalifikované většiny kapitálu zastoupeného na valné hromadě akcionářů⁵³.

81. V každém případě se přeshraniční peněžní tok, který umožnil nabytí balíku cenných papírů, uskutečnil dříve, aniž by způsobil jakékoli narušení, čímž vazbu k volnému pohybu kapitálu zcela odložil do roviny školské hypotézy. Navíc, přestože nelze vyloučit určitou odrazující podobu právní úpravy (která vede k tomu, že se zahraniční investor přestane zajímat o každý podnik, který do svých stanov vloží klauzuli toho typu, kterou právě zkoumáme), velká část opatření, o která se jedná, byla ve Společenství harmonizována v rámci svobody usazování, konkrétně na základě článku 44 odst. 2 písm. g) ES⁵⁴. Není nic logičtějšího než

zohlednit pojítka rozhodnutí předpokládáných v čl. 2 odst. 1 písm. c) nařízení s mocí zákona č. 332 s touto základní svobodou zaručenou ve Smlouvě.

82. V každém případě nestojí za námahu důkladněji studovat zařazení těchto opatření, protože není zpochybňována jejich platnost, ale platnost kritérií jejich výkonu v souladu s napadeným nařízením. Chtěl bych nicméně zopakovat své naprosté přesvědčení, že je třeba tyto typy jednání orgánů společnosti řadit do působnosti svobody usazování podle článku 43 ES, nikoli do působnosti volného pohybu kapitálu, jehož relevance mi není zřejmá, i kdybychom předpokládali odrazující sílu těchto opatření vůči zahraničním fondům, a to pro vzdálenou povahu jejich vztahu.

53 — Článek 59 odst. 1 nařízení Rady (ES) č. 2157/2001 ze dne 8. října 2001 o statutu evropské společnosti (SE) (Úř. věst. L 294, s. 1; Zvl. vyd. 06/04, s. 291); čl. 39 odst. 1 třetí změny návrhu páté směrnice Rady k provedení článku 54 Smlouvy o EHS týkající se struktury akciových společností a pravomocí a povinností jejich orgánů [KOM(1991) 372 konečné znění]; jako příklady vnitrostátních úprav také články 153 a 239 francouzského zákona č. 66-537 ze dne 24. července 1966, o obchodních společnostech; články 179 (II), 182 (I), 193 (I) a 262 (I), č. 2, mimo jiné, německého zákona o akciových společnostech (Aktiengesetz) ze dne 6. září 1965 (BGBl. I, s. 1089); články 2364 a 2368 až 2369 bis italského občanského zákoníku a čl. 144 odst. 1 a čl. 260 odst. 1 pododst. 1 konsolidovaného znění španělského zákona o akciových společnostech, schváleného královským nařízením s mocí zákona 1564/1989 ze dne 22. prosince 1989.

54 — Jde v zásadě o následující předpisy, jejichž přesný název vypouštím, abych tuto poznámku pod čarou příliš neprodužoval, a omezím se na uvedení jejich čísla a odkazu na zveřejnění v Úředním věstníku: směrnice 68/151/EHS (Úř. věst. L 65, s. 8; Zvl. vyd. 17/01, s. 3); směrnice 77/91/EHS (Úř. věst. L 26, s. 1; Zvl. vyd. 17/01, s. 8); směrnice 78/855/EHS (Úř. věst. L 295, s. 36; Zvl. vyd. 17/01, s. 42); směrnice 78/660/EHS (Úř. věst. L 222, s. 11; Zvl. vyd. 17/01, s. 21); směrnice 82/891/EHS (Úř. věst. L 378, s. 47; Zvl. vyd. 17/01, s. 50); směrnice 83/349/EHS (Úř. věst. L 193, s. 1; Zvl. vyd. 17/01, s. 58); směrnice 84/253/EHS (Úř. věst. L 126, s. 20; Zvl. vyd. 17/01, s. 75); směrnice 89/666/EHS (Úř. věst. L 395, s. 36; Zvl. vyd. 17/01, s. 100); směrnice 89/667/EHS (Úř. věst. L 395, s. 40; Zvl. vyd. 17/01, s. 104); směrnice 2004/25/ES (Úř. věst. 142, s. 12; Zvl. vyd. 17/02, s. 20); směrnice 2005/56/ES (Úř. věst. L 310, s. 1); směrnice 2007/36/ES (Úř. věst. L 184, s. 17); a směrnice 2007/63/ES (Úř. věst. L 300, s. 47).

83. Mám-li se vrátit ke zkoumání proporcionality uvedeného nařízení, domnívám se, že s výjimkou změny stanov, která ruší nebo mění zvláštní pravomoci ve veřejných podnicích, zdá se být veto vůči ostatním jednáním jako vhodné pro dosažení sledovaného cíle, neboť například zrušení společnosti a změna předmětu jejího podnikání mohou způsobit přerušeni bezpečnosti energetického zásobování a/nebo poskytování jiných veřejných služeb v rozporu s legitimním a životním zájmem členského státu spojeným s úrovní blahobytu jeho občanů.

84. Přesto ale chovám vážné pochybnosti ohledně jejich nezbytnosti, protože existují

řešení, která méně zatěžují fungování společného trhu a která poskytují úkonům zahraničních investorů větší předvídatelnost: mám konkrétně na mysli to, že by si italský stát ponechal blokační menšinu ve společnostech, ve kterých by považoval za vhodné zachovat svoji přítomnost.

85. Zmínil jsem jednomyslné kritérium v evropském právu společností, které podřizuje účinnost rozhodnutí, jako jsou ta uvedená v čl. 2 odst. 1 písm. c) nařízení s mocí zákona č. 332, požadavkům nejen silnější nebo kvalifikované většiny na (obvykle mimořádné) valné hromadě akcionářů, ale také kvóta.

86. V tomto kontextu a za předpokladu, že není zneužíváno, má zachování dostatečného balíku cenných papírů pro překážení každého pokusu o podřízení společností poskytujících veřejné služby společenské smlouvě s dosahem těch, které jsou zde sporné, nepochybnou výhodu v tom, že uzpůsobí obecné zájmy sledované danou správní úpravou modelu vnitrostátního práva společností, aniž by bylo porušeno právo Společenství. Navíc prakticky ve všech případech takové řešení nepřináší žádné dodatečné náklady pro stát, neboť se nejedná o nabytí konkrétního objemu kapitálu, ale o to, že z důvodu zvláštní povahy těchto společností, které byly ještě donedávna pod naprostou kontrolou vlády, se veřejné orgány zřeknou pouze takového množství akcií, aby i nadále řídily osudy těchto podniků.

87. Ostatně jelikož je legitimní, aby stát považoval za nutné kontrolovat kontinuitu a stabilitu dodávek a poskytování veřejných služeb, nic mu nebrání v tom, aby vybavil orgány regulující energetický trh, telekomunikační trh a trh v jiných oblastech pravomocemi k tomu, aby dohlížely například na to, aby zrušení společnosti vyrábějící elektřinu, které by vyvolalo ztrátu poskytovatele tak důležitých výrobků nebo služeb, nedopadlo na občany.

88. Mám-li to shrnout, napadené nařízení není přiměřené ve vztahu k pravomocem, o úpravu jejich výkonu usiluje, ani ve vztahu k právu Společenství. V důsledku toho navrhuji Soudnímu dvoru, aby určil, že Italská republika tím, že vydala ustanovení, která jsou obsažena v čl. 1 bodu 2 ve spojení s čl. 4 odst. 227 písm. c) rozpočtového zákona, nesplnila povinnosti, které pro ni vyplývají z článku 43 ES.

d) Doslov

89. Žaloba podaná Komisí proti Italské republice se obzvláště týká přebírání podílů určitého objemu investory ze zemí mimo Společenství ve společnostech, které působí ve strategických odvětvích nebo v odvětvích veřejných služeb, což občas vyvolává obavy evropských vlád. Tento aspekt zřetelně vystu-

puje v písemné žalobní odpovědi italské vlády, když upozorňuje na to, že kritéria (napadeného nařízení) se mohou uplatnit pouze v závislosti na charakteristikách nabyvatele akcií⁵⁵.

90. Bylo dokonce poukázáno na to, že ústřední myšlenka zákonodárství v oblasti „zvláštních akcií“ se vztahuje k podmínkám, za kterých mohou neevropské subjekty požívat výhod vyplývajících z vlastnictví podniků v nejcitlivějších odvětvích při vyloučení řešení, jako je vzájemnost, a při upřednostnění dohod, které zavádějí zvláštní akcie do stanov se souhlasem akcionářské většiny⁵⁶.

91. V této situaci se mi jeví teze, kterou obhajují, jako dostatečně respektující obavy, jež členské státy zažívají vůči investičním skupinám ze třetích zemí. Při kvalifikaci vnitrostátního nařízení o výkonu zvláštních pravomocí uvedených v čl. 4 odst. 227 písm. a) a b) rozpočtového zákona za nepřiměřené a v konečném důsledku za rozporné se článkem 56 ES nemůže Italská republika vztáhnout kritizovanou úpravu na příslušníky členských států ani na příslušníky třetích zemí

s ohledem na použitelnost volného pohybu kapitálu vně Společenství, jak bylo vysvětleno.

92. Naproti tomu si vlády ponechávají určitý prostor pro uvážení k brzdění investorů se spornými nároky pocházejícími zpoza hranic Společenství při omezení jejich jednání vyjmenovaných v čl. 4 odst. 227 písm. c) rozpočtového zákona; s ohledem na jejich zkoumání cestou článku 43 ES totiž neslučitelnost veta vůči těmto strukturálním rozhodnutím pro život podniku se svobodou usazování nebrání tomu, aby jej členské státy používaly vůči velkým akcionářům ze země mimo Společenství, protože jim nesvědčí základní svoboda usazování.

VI – K nákladům řízení

93. Podle čl. 69 odst. 2 jednacího řádu se účastníku řízení, který neměl úspěch ve věci, uloží náhrada nákladů řízení, pokud to účastník řízení, který měl ve věci úspěch, požadoval. Vzhledem k tomu, že Komise požadovala náhradu nákladů řízení a Italská republika neměla ve věci úspěch, je namístež posledně uvedené uložit náhradu nákladů řízení.

55 — Body 26 a násl. žalobní odpovědi.

56 — Goldschmidt, P.N., „Editorial – Golden Shares“, v *Cahiers de droit européen*, 2007, č. 3/4, s. 297. Naproti tomu ve prospěch vzájemnosti se vyslovuje Weiss, M., „Staatlicher Schutz vor Investitionen nach dem Urteil zum VW-Gesetz“, v *EWS*, 2008, č. 1/2, s. 20.

VII – Závěry

94. Z důvodů výše uvedených navrhuji Soudnímu dvoru, aby:

- 1) Určil, že Italská republika tím, že vydala ustanovení čl. 1 odst. 2 nařízení ze dne 10. června 2004, kterým se stanoví určitá kritéria pro výkon zvláštních pravomocí, na něž se odvolává čl. 2 nařízení s mocí zákona č. 332, schváleného s určitými změnami zákonem č. 474 ze dne 30. července 1994, ve znění změn provedených rozpočtovým zákonem, nesplnila povinnosti, které pro ni vyplývají z článku 56 odst. 1 ES ve vztahu k ustanovení čl. 4 odst. 227 písm. a) a b) rozpočtového zákona a z článku 43 ES ve vztahu k písmenu c) téhož ustanovení rozpočtového zákona.

- 2) Uložil Italské republice náhradu procesních nákladů vyvolaných v tomto řízení.