

DOMSTOLENS DOM

13. maj 2003 *

I sag C-463/00,

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber først ved M. Patakia og M. Desantes, derefter ved M. Patakia og G. Valero Jordana, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

Kongeriget Spanien ved N. Díaz Abad, som befuldmægtiget, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

* Processprog: spansk.

støttet af

Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland ved R. Magrill, som befuldmægtiget, bistået af D. Wyatt, QC, og barrister J. Crow, og med valgt adresse i Luxembourg,

intervenient,

angående en påstand om, at det fastslås, at artikel 2 og artikel 3, stk. 1 og 2, sammenholdt med artikel 1 i Ley 5/1995 de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas (lov 5/1995 af 23.3.1995 om den retlige regulering af overdragelsen af det offentliges andele i visse selskaber) (BOE nr. 72 af 25.3.1995, s. 9366), og de kongelige gennemførelsesdekreter hertil, der er vedtaget i medfør af lovens artikel 4 (kongeligt dekret nr. 3/1996 af 15.1.1996 om Repsol SA (BOE nr. 14 af 16.1.1996, s. 1133), kongeligt dekret nr. 8/1997 af 10.1.1997 om Telefónica de España SA og Telefónica Servicios Móviles SA (BOE nr. 10 af 11.1.1997, s. 907), kongeligt dekret nr. 40/1998 af 16.1.1998 om Corporación Bancaria de España SA (Argentaria) (BOE nr. 15 af 17.1.1998, s. 1851), kongeligt dekret nr. 552/1998 af 2.4.1998 om Tabacalera SA (BOE nr. 80 af 3.4.1998, s. 11370) og kongeligt dekret nr. 929/1998 af 14.5.1998 om Endesa SA (BOE nr. 129 af 30.5.1998, s. 17939)), er uforenelige med artikel 43 EF og artikel 56 EF, idet der herved indføres en ordning med administrativ forhåndsgodkendelse, som

— ikke er begrundet i tvingende almene hensyn

— ikke anvender faste, objektive kriterier, som er offentliggjort

— ikke er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet,

har

DOMSTOLEN

sammensat af præsidenten, G.C. Rodríguez Iglesias, afdelingsformændene J.-P. Puissochet, M. Wathelet og R. Schintgen samt dommerne C. Gulmann, D.A.O. Edward, A. La Pergola, P. Jann (refererende dommer), V. Skouris, F. Macken, N. Colneric, S. von Bahr og A. Rosas,

generaladvokat: D. Ruiz-Jarabo Colomer
justitssekretær: ekspeditionssekretær L. Hewlett,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der er afgivet mundtlige indlæg af parterne i retsmødet den 5. november 2002, hvorunder Kommissionen var repræsenteret ved M. Patakia og G. Valero Jordana, Kongeriget Spanien ved N. Díaz Abad og Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland ved J.E. Collins, som befuldmægtiget, bistået af D. Wyatt og J. Crow,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 6. februar 2003,

afsagt følgende

Dom

- 1 Ved stævning indleveret til Domstolens Justitskontor den 21. december 2000 har Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber i medfør af artikel 226 EF anlagt sag med påstand om, at det fastslås, at artikel 2 og artikel 3, stk. 1 og 2, sammenholdt med artikel 1 i Ley 5/1995 de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas (lov 5/1995 af 23.3.1995 om den retlige regulering af overdragelsen af det offentlige andele i visse selskaber) (BOE nr. 72 af 25.3.1995, s. 9366), og de kongelige gennemførelsesdekreter hertil, der er vedtaget i medfør af lovens artikel 4 (kongeligt dekret nr. 3/1996 af 15.1.1996 om Repsol SA (BOE nr. 14 af 16.1.1996, s. 1133), kongeligt dekret nr. 8/1997 af 10.1.1997 om Telefónica de España SA og Telefónica Servicios Móviles SA (BOE nr. 10 af 11.1.1997, s. 907), kongeligt dekret nr. 40/1998 af 16.1.1998 om Corporación Bancaria de España SA (Argentaria) (BOE nr. 15 af 17.1.1998, s. 1851), kongeligt dekret nr. 552/1998 af 2.4.1998 om Tabacalera SA (BOE nr. 80 af 3.4.1998, s. 11370) og kongeligt dekret nr. 929/1998 af 14.5.1998 om Endesa SA (BOE nr. 129 af 30.5.1998, s. 17939)), er uforenelige med artikel 43 EF og artikel 56 EF, idet der herved indføres en ordning med administrativ forhåndsgodkendelse, som

— ikke er begrundet i tvingende almene hensyn

— ikke anvender faste, objektive kriterier, som er offentliggjort

— ikke er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

- 2 Ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 1. juni 2001 har Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland fået tilladelse til at intervenere til støtte for Kongeriget Spaniens påstande.

Relevante retsfor skrifter

Fællesskabsbestemmelser

- 3 Artikel 56, stk. 1, EF lyder:

»Inden for rammerne af bestemmelserne i dette kapitel er alle restriktioner for kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne indbyrdes og mellem medlemsstaterne og tredjelande forbudt.«

4 Artikel 58, stk. 1, litra b), EF bestemmer:

»Bestemmelserne i artikel 56 griber ikke ind i medlemsstaternes ret til:

[...]

b) at træffe de nødvendige foranstaltninger for at hindre overtrædelser af deres nationale ret og forskrifter, især på skatte- og afgiftsområdet og i forbindelse med tilsynet med finansielle institutioner, eller til af administrative eller statistiske hensyn at fastlægge procedurer for anmeldelse af kapitalbevægelser eller til at træffe foranstaltninger, der er begrundet i hensynet til den offentlige orden eller den offentlige sikkerhed.«

5 Bilag I til Rådets direktiv 88/361/EØF af 24. juni 1988 om gennemførelse af traktatens artikel 67 (EFT L 178, s. 5) indeholder en nomenklatur for kapitalbevægelser omhandlet i direktivets artikel 1. Bilaget opregner bl.a. følgende kapitalbevægelser:

»I. Direkte investeringer [...]

1) Etablering eller udvidelse af filialer eller nye virksomheder, som udelukkende tilhører investoren, og fuldstændig overtagelse af bestående virksomheder

- 2) Erhvervelse af kapitalinteresser i nye eller bestående virksomheder med henblik på etablering eller opretholdelse af varige økonomiske forbindelser

[...]«

- 6 Ifølge de forklarende bemærkninger bagest i bilag I til direktiv 88/361 forstås ved »direkte investeringer«:

»Investeringer af enhver art foretaget af fysiske personer, erhvervs- eller finansieringsvirksomheder, som har til formål at etablere eller opretholde varige og direkte forbindelser mellem investoren og den virksomhedsleder eller den virksomhed, for hvem disse midler er bestemt med henblik på udøvelse af erhvervsvirksomhed. Dette begreb skal således forstås i videste forstand.

[...]

Kapitalindsud i de af de under punkt I 2 i nomenklaturen nævnte virksomheder, der er oprettet som aktieselskaber, anses som en direkte investering, når den aktiepost, der indehaves af en fysisk person, en anden virksomhed eller enhver anden indehaver, enten i henhold til de for aktieselskaber gældende nationale lovforskrifter eller af andre grunde, giver disse aktionærer mulighed for faktisk deltagelse i selskabets drift eller i kontrollen hermed.

[...]«

7 Nomenklaturen i bilag I til direktiv 88/361 omhandler ligeledes følgende kapitalbevægelser:

»III. Transaktioner vedrørende værdipapirer, der normalt handles på kapitalmarkedet [...]

[...]

A. Transaktioner vedrørende værdipapirer, der handles på kapitalmarkedet

1) Valutaudlændinges erhvervelse af børsnoterede indenlandske værdipapirer [...]

[...]

3) Valutaudlændinges erhvervelse af ikke børsnoterede indenlandske værdipapirer [...]

[...]«

8 Artikel 295 EF bestemmer:

»De ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne berøres ikke af denne traktat.«

Nationale bestemmelser

9 Lov 5/1995 fastsætter betingelserne for privatisering af virksomheder inden for den offentlige sektor i Spanien. Lovens artikel 1 til 4 bestemmer:

»Artikel 1. Personelt anvendelsesområde

Denne lov finder anvendelse på:

1. Forretningsdrivende enheder, hvis selskabskapital på tidspunktet for denne lovs ikrafttræden direkte eller indirekte ejes med mere end 25% af staten, og som på en af de måder, der er fastsat i erhvervslovgivningen, kontrolleres af staten som selskabsdeltager, og under forudsætning af, at den virksomhed, som udøves af enheden selv eller sammen med andre, er kendetegnet ved et af følgende elementer:

a) der udbydes vigtige tjenester eller offentlige tjenester, som formelt er udpeget som sådanne

- b) der udøves en lovreguleret virksomhed, som af hensyn til den almene interesse er undergivet en særlig administrativ kontrolordning, navnlig for så vidt angår de personer, som udøver virksomheden

- c) virksomheden er helt eller delvis fritaget for den frie konkurrence i henhold til artikel 90 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab.

2. Forretningsdrivende enheder, der indgår i en koncern i henhold til artikel 4 i lov 24/1988 af 28. juli 1988 om markederne for værdipapirer, i hvilken en eller flere af de forretningsdrivende enheder som omhandlet i stk. 1 ovenfor indtager en dominerende stilling, under forudsætning af, at de opfylder en eller flere af de betingelser, der er nævnt i stk. 1, litra a), b) og c).

Artikel 2. Anvendelsesbetingelser

Ordningen med administrativ forhåndsgodkendelse i medfør af artikel 3 ff. i denne lov finder anvendelse, når den offentlige statslige kapitalandel i de forretningsdrivende enheder, der er omfattet af foregående artikel, opfylder en af følgende betingelser:

1. Når statens andel gennem en eller flere efter hinanden følgende overdragelseshandlinger reduceres med 10% eller mere af selskabskapitalen, og statens direkte eller indirekte andel af denne kapital bliver mindre 50%.

2. Når statens andel som en direkte eller indirekte følge af en enhver handling eller transaktion reduceres til mindre end 15% af selskabskapitalen.

Artikel 3. Administrativ forhåndsgodkendelse

1. Er en af betingelserne for anvendelse, der er nævnt i foregående artikel, opfyldt, og foreligger der den fornødne hjemmel herfor i det kongelige dekret, der er henvist til i denne lovs artikel 4, kan der kræves indhentet en administrativ forhåndsgodkendelse, før følgende beslutninger træffes af selskabsorganerne i de forretningsdrivende enheder, der er omhandlet i denne lovs artikel 1:

- a) frivillig opløsning, opsplitning eller fusion af enheden

- b) alle former for overdragelse eller pantsætning af aktiver eller selskabsandele, som er nødvendige for varetagelsen af virksomhedens formål, og som er udpeget til dette formål

- c) ændringer af virksomhedens formål.

2. Når en af de betingelser for anvendelse, der er nævnt i denne lovs artikel 2, ligeledes er opfyldt, kan der i overensstemmelse med de betingelser, der fastsættes i det kongelige dekret, der omhandles i denne lovs artikel 4, kræves indhentelse af administrativ forhåndsgodkendelse af følgende transaktioner:

- a) transaktioner, som består i overdragelse af selskabskapital ved en eller flere efter hinanden følgende handlinger, og som indebærer, at statens andel i den forretningsdrivende enhed, der er omfattet af det særlige system, der er indført med nærværende lov, reduceres med 10% eller mere

- b) direkte eller indirekte erhvervelse, herunder også gennem selvstændige forvaltningsinstitutter eller mellemænd, af aktier eller andre værdipapirer, som kan give direkte eller indirekte ret til tegning eller erhvervelse af disse andele, når overtagelsen medfører rådighed over mindst 10% af selskabskapitalen.

[...]

Artikel 4. Ordningen med administrativ godkendelse

1. Ordningen med administrativ godkendelse fastsættes ved kongeligt dekret, som vedtages af regeringen efter forslag fra den kompetente minister og efter udtalelse fra Statsrådet.

2. Det kongelige dekret, hvorved ordningen som omhandlet i denne artikel fastsættes, skal være trådt i kraft, inden de transaktioner, der er nævnt i artikel 2, foretages. I dekretet fastsættes bestemmelser om:

- a) ordningens personelle anvendelsesområde
- b) de handlinger blandt de i artikel 3 nævnte, der konkret kræver administrativ forhåndsgodkendelse
- c) hvilket organ der skal have kompetence til at udstede godkendelser

d) tidspunktet for udløbet af ordningen med administrativ godkendelse.

3. Med undtagelse af det tilfælde, der er nævnt i stk. 2, litra d), ovenfor, skal ordningen med administrativ forhåndsgodkendelse ændres eller ophæves efter den samme procedure som den, der er fastsat i stk. 1 i denne artikel.«

- 10 De generelle gennemførelsesbestemmelser vedrørende lov 5/1995 blev fastsat i kongeligt dekret nr. 1525/1995 af 15. september 1995 (BOE nr. 230 af 26.9.1995, s. 28616, herefter »kongeligt dekret nr. 1525/1995«).
- 11 Desuden er det under henvisning til lovens artikel 4 bestemt i de kongelige dekreter nr. 3/1997, 8/1997, 40/1998, 552/1998 og 929/1998, at godkendelsesordningen finder anvendelse på enheder, der driver virksomhed inden for henholdsvis olie-, telekommunikations-, bank-, tobak- og elektricitetssektorerne. Disse kongelige dekreter indeholder hver især, i overensstemmelse med artikel 4, stk. 2, i lov 5/1995, bestemmelser om deres respektive personelle anvendelsesområde under henvisning til denne lov, hvilke handlinger der er undergivet kravet om godkendelse, hvilket administrativt organ der er kompetent til at udstede godkendelsen, og ordningens ophørstidspunkt, der i henhold til det enkelte dekret indtræder mellem den 5. oktober 2000 og den 8. juni 2008.

Den administrative procedure

- 12 Ved skrivelse af 26. oktober 1998 meddelte Kommissionen den spanske regering, at den anså ordningen med administrativ forhåndsgodkendelse som indført ved lov 5/1995 og kongeligt dekret nr. 3/1996, nr. 8/1998, nr. 40/1998, nr. 552/1998 og nr. 929/1998 for at være i strid med EF-traktatens bestemmelser om frie kapitalbevægelser og etableringsfrihed. Kommissionen opfordrede derfor regeringen til at fremsætte sine bemærkninger hertil inden for en frist på to måneder.

- 13 Den spanske regering besvarede denne åbningsskrivelse ved skrivelse af 27. januar 1999, hvori den gjorde gældende, at de omtvistede foranstaltninger var i overensstemmelse med fællesskabsretten. I en skrivelse af 18. marts 1999 begrundede regeringen sit synspunkt nærmere.
- 14 Da Kommissionen fandt, at disse besvarelser ikke var tilfredsstillende, fremsatte den en begrundet udtalelse over for Kongeriget Spanien, hvori den opfordrede denne medlemsstat til at efterkomme den begrundede udtalelse inden for en frist på to måneder.
- 15 Den spanske regering besvarede den begrundede udtalelse ved skrivelse af 3. november 1999. I denne skrivelse gjorde Kongeriget Spanien rede for detaljerne i den spanske ordning for privatisering af visse selskaber, der driver virksomhed inden for den offentlige sektor, og det gentog sit synspunkt om, at de omtvistede foranstaltninger er i overensstemmelse med fællesskabsretten, navnlig med artikel 43 EF og 56 EF, såvel som med artikel 295 EF.
- 16 Dette svar fandt Kommissionen ikke tilfredsstillende, hvorfor den har anlagt nærværende sag.

Formaliteten

Parternes anbringender og argumenter

- 17 Den spanske regering har gjort tre formalitetsindsigelser gældende.

- 18 For det første har regeringen gjort gældende, at ordningerne indført ved kongeligt dekret nr. 40/1998, såvel som ved kongeligt dekret nr. 552/1998, som ændret ved kongeligt dekret nr. 67/2000 af 21. januar 2000 (BOE nr. 28 af 2.2.2000, s. 4700), er ophørt henholdsvis den 17. februar 2001 og 5. oktober 2000. Søgsmålet skal således afvises for så vidt angår disse to ordninger.
- 19 For så vidt angår ordningerne indført ved kongeligt dekret nr. 3/1996, nr. 8/1997 og nr. 929/1998, der endnu er i kraft, har den spanske regering for det andet gjort gældende, at søgsmålet skal afvises, idet Kommissionen ikke på korrekt måde har henvist til de relevante bestemmelser i lovgivningen i sin stævning. Kommissionen har nemlig kun henvist til artikel 1, stk. 1, i lov 5/1995, selv om det i virkeligheden er i henhold til denne artikels stk. 2 — som angår koncerner — at de nævnte ordninger finder anvendelse.
- 20 Den spanske regering har for det tredje gjort gældende, at søgsmålet skal afvises for så vidt angår artikel 3, stk. 1, i lov 5/1995, som angår de beslutninger, der træffes af selskabsorganerne, idet Kommissionen i sine indlæg har henvist til »transaktioner« som omhandlet i artikel 3, stk. 2, og ikke til de pågældende beslutninger.
- 21 Kommissionen har nedlagt påstand om, at formalitetsindsigelserne forkastes.
- 22 For så vidt angår de ordninger, der blev indført med kongeligt dekret nr. 40/1998 og nr. 552/1998 som ændret, har Kommissionen gjort gældende, at ordningerne ophørte efter udløbet af den frist på to måneder for at efterkomme den begrundede udtalelse, der var fastsat heri, dvs. efter den 2. oktober 1999. Det følger af fast retspraksis, at spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger et traktatbrud, skal vurderes på grundlag af den situation, der forelå ved udløbet af denne frist.

- 23 For så vidt angår den hævdede manglende henvisning i stævningen til artikel 1, stk. 2, i lov 5/1995 har Kommissionen gjort gældende, at den ved flere lejligheder har henvist til denne bestemmelse generelt, uden på nogen måde at sondre mellem de to stykker. Selv om Domstolen måtte finde, at koncerner ikke er omfattet af søgsmålet, indebærer det ikke, at søgsmålet også må afvises for så vidt angår moderselskaber. For så vidt angår kongeligt dekret nr. 8/1997 om Telefónica de España SA og Telefónica Servicios Móviles SA vedrører dette dekret under alle omstændigheder ikke hele koncernen, men angår udtrykkeligt to virksomheder inden for koncernen.
- 24 For så vidt angår beslutningerne truffet af selskabsorganerne er der henvist til artikel 3, stk. 1 og 2, i lov 5/1995 på såvel første side af stævningen som i stævningens konklusion. Desuden er der i selve stævningens tekst specifikt henvist til selskabsbeslutninger eller henvist mere generelt til samtlige de transaktioner, der er undergivet krav om godkendelse. Det kan således ikke med rette gøres gældende, at søgsmålet ikke er tilstrækkelig præcist.

Domstolens bemærkninger

- 25 For så vidt angår den første formalitetsindsigelse er det tilstrækkeligt at bemærke, at det følger af Domstolens praksis, at spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger traktatbrud, skal vurderes på baggrund af forholdene i medlemsstaten, som de var ved udløbet af fristen i den begrundede udtalelse, og at ændringer af forholdene i tiden derefter ikke kan tages i betragtning af Domstolen (jf. bl.a. dom af 5.12.2002, sag C-174/01, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 11171, præmis 18). I lyset af, at den begrundede udtalelse blev fremsat den 2. august 1999, og at fristen til at efterkomme den var to måneder, kan udløbet henholdsvis den 17. februar 2001 og 5. oktober 2000 af de ordninger, der blev indført ved kongeligt dekret nr. 40/1998 og nr. 552/1998 som ændret, ikke være relevant for, om der eventuelt forelå et traktatbrud, da fristen udløb.
- 26 Den første formalitetsindsigelse må derfor forkastes.

- 27 For så vidt angår den anden og den tredje formalitetsindsigelse skal det bemærkes, at procesreglementets artikel 38, stk. 1, litra c), bestemmer, at stævningen skal angive søgsmålets genstand og indeholde en kort fremstilling af søgsmålsgrundene. I nærværende sag fremgår det på tilstrækkelig måde af stævningen, at søgsmålet navnlig angår de kongelige gennemførelsesdekreter, der er udstedt i henhold til lov 5/1995, hvoraf nogle angår enkelte virksomheder og andre angår koncerner, og lovens bestemmelser er alene citeret, i det omfang de udgør hjemmelen for de pågældende dekreter. Det er således uden betydning, at Kommissionen ikke hver gang udtrykkeligt har henvist til artikel 1, stk. 1 eller stk. 2, i lov 5/1995. For så vidt angår de af selskabsorganerne truffne beslutninger, som omhandles i lovens artikel 3, stk. 1, fremgår det klart af stævningen, at den angår de foranstaltninger, der træffes i medfør af lovens artikel 3, stk. 1, på samme måde som den, der træffes i medfør af samme artikels stk. 2. Stævningen er således klar og utvetydig.
- 28 Den anden og den tredje formalitetsindsigelse skal således forkastes.
- 29 Det følger heraf, at søgsmålet kan antages til realitetsbehandling i sin helhed.

Realiteten

Parternes anbringender og argumenter

- 30 I stævningen har Kommissionen indledningsvis henvist til sin meddelelse 97/C 220/06 af 19. juli 1997 om visse juridiske aspekter ved EU-interne investeringer (EFT C 220, s. 15, herefter »meddelelsen fra 1997«). I meddelelsen har Kommissionen tilkendegivet sin opfattelse vedrørende fortolkningen af traktatens

bestemmelser om de frie kapitalbevægelser og etableringsfriheden på dette område i forbindelse med privatiseringen af en offentlig virksomhed.

- 31 Det fremgår af punkt 7 i meddelelsen fra 1997, at enhver foranstaltning, der betinger retten til at erhverve bestemmende indflydelse, den samlede udøvelse af de stemmerettigheder, der er forbundet hermed, og driften af en virksomhed, af administrativ forhåndsgodkendelse, må betragtes som en begrænsning af de direkte investeringsmuligheder for statsborgere fra andre medlemsstater, og som en hindring af porteføljeinvesteringer, i det omfang godkendelsesprocedurerne kunne benyttes til at hindre porteføljeinvestorer i at erhverve mindretalsinteresser ud over en vis grænse.
- 32 Kommissionen har gjort gældende, at den mulighed, som følger af den omtvistede nationale lovgivning, for at undergive visse handlinger et krav om administrativ forhåndsgodkendelse ikke opfylder de betingelser, der er angivet i meddelelsen fra 1997, og således er i strid med artikel 43 EF og 56 EF.
- 33 Hvad nærmere angår de frie kapitalbevægelser har Kommissionen henvist til dom af 14. marts 2000, *Église de scientologie* (sag C-54/99, Sml. I, s. 1335, præmis 14), hvoraf det fremgår, at en national bestemmelse, hvorefter en direkte, udenlandsk investering kræver en forhåndsgodkendelse, udgør en restriktion for kapitalbevægelserne.
- 34 Ganske vist kan medlemsstaterne i medfør af de undtagelser, der er fastsat i traktaten, under visse omstændigheder, der er knyttet til udøvelsen af offentlig myndighed, til offentlig orden, til beskyttelsen af den offentlige sikkerhed og til

beskyttelsen af folkesundheden, fastsætte restriktioner for disse friheder, men disse undtagelser skal fortolkes indskrænkende, og deres rækkevidde kan ikke ensidigt fastsættes af medlemsstaterne. I øvrigt skal de opfylde kriteriet om forholdsmæssighed, være i overensstemmelse med retssikkerhedsprincippet og må ikke udelukkende iværksættes for at tjene økonomiske formål (jf. dom af 31.3.1993, sag C-19/92, Kraus, Sml. I, s. 1663, og af 30.11.1995, sag C-55/94, Gebhard, Sml. I, s. 4165).

- 35 Rent økonomiske eller administrative hensyn kan under alle omstændigheder ikke udgøre tvingende almene hensyn, der kan begrunde en hindring for de traktatbestemte friheder. Således kan tobaksvirksomheden Tabacalera SA og bankforbundet Corporación Bancaria de España SA (Argentaria) uden videre udelukkes fra at være omfattet af den begrundelse, der omfatter tvingende almene hensyn. Godkendelsesordningerne, der gælder for de øvrige virksomheder, fastsætter ingen betingelser og kan finde anvendelse i enhver situation efter administrationens skøn. For så vidt angår Telefónica de España SA og Telefónica Servicios Móviles SA omfatter kongeligt dekret nr. 8/1997 i øvrigt ligeledes mobiltelefonitjenester uden for Spanien. For så vidt angår Endesa SA bemærker Kommissionen, at dette selskab er etableret navnlig med henblik på at skabe udviklingsmuligheder for den koncern, som det er del af, på de internationale markeder og navnlig i Sydamerika. Endesa bidrager således helt åbenbart ikke til varetagelsen af en tjeneste af strategisk betydning for den spanske økonomi.
- 36 Kommissionen har anført, at den omtvistede ordning, navnlig artikel 3, stk. 2, i lov 5/1995, men også lovens artikel 3, stk. 1, under alle omstændigheder ikke er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet. En ordning med administrativ forhåndsgodkendelse, som nødvendigvis er mere indgribende end en ordning med efterfølgende kontrol, må undergives meget strenge betingelser. Det er imidlertid ikke tilfældet i nærværende sag: Den omtvistede ordning er ikke gennemskuelig, betingelserne for godkendelse er hverken defineret eller forudseelige, og ordningen gør det ikke muligt for borgerne at kende den nøjagtige udstrækning af deres rettigheder og forpligtelser.

- 37 Den spanske regering har ikke godtgjort, at ordningen med administrativ forhåndsgodkendelse er det mindst indgribende middel, den har til rådighed, eller at det er den eneste effektive måde at overvåge, kontrollere eller eventuelt forbyde visse investeringer, der er i strid med de formål, der forfølges. Desuden giver ordningen administrationen mulighed for vilkårligt at forskelsbehandle investorer, der er hjemmehørende i andre medlemsstater.
- 38 Under retsmødet har Kommissionen bemærket, at den støtter den vurdering, som Domstolen anlagde i nogle domme, der efter anlæggelsen af nærværende sag er afsagt i sager vedrørende sammenlignelige forhold, nemlig domme af 4. juni 2002, Kommissionen mod Portugal (sag C-367/98, Sml. I, s. 4731), Kommissionen mod Frankrig (sag C-483/99, Sml. I, s. 4781) og Kommissionen mod Belgien (sag C-503/99, Sml. I, s. 4809). Domstolen fastslog i disse domme, at ordninger med forhåndsgodkendelse som den, der er genstand for nærværende sag, er uforenelige med de frie kapitalbevægelser.
- 39 Den spanske regering har — subsidiært, eftersom den påstår sagen afvist — gjort gældende, at Kommissionens opfattelse er uden grundlag, og har nedlagt påstand om frifindelse. Den spanske regering har for det første i detaljer redegjort for processen frem mod privatisering af sektoren for offentlige virksomheder i Spanien, såvel som for den forfatningsmæssige ramme for denne privatisering med henblik på at godtgøre, at privatiseringen er fuldt ud i overensstemmelse med national ret. Kongeriget Spanien har alene vedtaget supplerende foranstaltninger i begyndelsen af privatiseringsprocessen med henblik på at sikre, at den særlige opgave, der var pålagt de pågældende virksomheder, ville blive varetaget på korrekt måde.
- 40 Den spanske regering har videre henvist til kongeligt dekret nr. 1525/1995, som i præambelen anfører, at »godkendelsesordningen indført ved lov 5/1995 af 23. marts, og derfor også nærværende kongelige dekret, skal anvendes i overensstemmelse med bestemmelserne i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab om etableringsret og frie kapitalbevægelser«. Det følger heraf, at fællesskabsretten fuldt ud er overholdt.

- 41 Den spanske regering har derudover henvist til det princip om traktatens neutralitet i forhold til de ejendomsretlige ordninger, der er fastsat i artikel 295 EF. Regeringen deler den opfattelse, der blev udtrykt af generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer i hans forslag til afgørelse i forbindelse med de ovennævnte domme i sagerne Kommissionen mod Portugal, Kommissionen mod Frankrig og Kommissionen mod Belgien, hvorefter tilsvarende ordninger, der var i kraft i Portugal, Frankrig og Belgien, skulle antages at være i overensstemmelse med fællesskabsretten i henhold til artikel 295 EF. Den spanske regering har gjort gældende, at i det omfang medlemsstaterne gyldigt kan vælge at privatisere virksomheder inden for den offentlige sektor, skal det juridiske princip om »det mindre i det mere« finde anvendelse.
- 42 Under alle omstændigheder er den ordning med administrativ forhåndsgodkendelse, der blev indført ved lov 5/1995, i overensstemmelse med principperne om frie kapitalbevægelser og etableringsfrihed. For så vidt angår de beslutninger, der træffes af selskabsorganerne, og som omhandles i lovens artikel 3, stk. 1, angår de alle varetagelsen af virksomhedens formål eller opretholdelsen af virksomhedens formue og er således begrundet i hensynet til virksomhedens fortsatte drift. Desuden er de betingelser, hvorunder en investor, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, kan erhverve bestemmende indflydelse, og som er fastsat i denne artikels stk. 2, de samme som dem, der gælder for spanske statsborgere. Den omtvistede ordning indebærer således ikke forskelsbehandling på grundlag af nationalitet.
- 43 Selv hvis den omtvistede ordning eventuelt kan have en virkning for etableringsfriheden, indebærer den ikke restriktioner for de frie kapitalbevægelser. Ordningen med administrativ forhåndsgodkendelse har nemlig ikke til formål at hindre adgangen for kapital fra andre medlemsstater til de nationale finansmarkeder eller at gribe ind i den retlige ordning, der gælder for sådanne transaktioner. Den til enhver tid gældende lovgivning i den enkelte medlemsstat er blot et af vilkårene på markedet og kan ikke antages at være i strid med de frie kapitalbevægelser. Desuden angår den omtvistede ordning alene aktionærernes politiske rettigheder som eksempelvis deres stemmerettigheder og ikke deres økonomiske rettigheder.
- 44 Ordningen med administrativ forhåndsgodkendelse er under alle omstændigheder begrundet i tvingende almene hensyn til strategiske behov og behovet for at

sikre den fortsatte ydelse af offentlige tjenester. I hvert af de pågældende kongelige dekreter er der henvist til dette behov. Det påhviler nemlig medlemsstaterne at garantere forsyningssikkerhed, den økonomiske solidaritet såvel som beskyttelsen af forbrugernes interesser.

- 45 Den omtvistede ordning er ligeledes i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet. Garantien for den fortsatte ydelse af offentlige tjenester er et klart, objektivt og ikke-diskriminerende kriterium, som ligeledes er i overensstemmelse med princippet om retssikkerhed, selv om det indebærer anvendelsen af en vis skønsbeføjelse. Desuden er administrationen altid undergivet retsregler, når den udøver denne beføjelse.
- 46 En udtømmende liste over grunde til nægtelse af den pågældende administrative godkendelse som Kommissionen har krævet, er ikke nødvendig, men ville lamme administrationens virksomhed.
- 47 Desuden er alle beslutninger, der træffes til gennemførelse i medfør af den omtvistede lovgivning, undergivet en national domstolskontrol, der tilmed har hjemmel i artikel 9, stk. 3, artikel 103 og 106 i den spanske forfatning. Den i sagen omhandlede ordning er således ikke uigennemskuelig.
- 48 Den spanske regering har endelig henvist til artikel 86, stk. 2, EF. Den har ikke udviklet sin argumentation i enkeltheder, men har gjort gældende, at denne bestemmelse er den generelle regel, der giver medlemsstaterne mulighed for at vedtage foranstaltninger, der ikke blot fraviger traktatens konkurrenceregler, men ligeledes andre af dens bestemmelser.

- 49 Det Forenede Kongeriges regering, der er indtrådt til støtte for den spanske regerings påstande, har gjort gældende, at der må sondres mellem den retlige beføjelse til at kræve forhåndsgodkendelse af erhvervelse af kapitalandele, som har hjemmel i artikel 3, stk. 2, i lov 5/1995, og beføjelsen til at modsætte sig selskabets beslutninger vedrørende overdragelse af ejendom eller aktiver eller andre beslutninger vedrørende den daglige drift, hvor hjemmelen findes i artikel 3, stk. 1. I modsætning til en beføjelse af den førstnævnte art, kan den anden med sikkerhed ikke udgøre en hindring for etableringsfriheden eller de frie kapitalbevægelser og kræver derfor ingen særlig begrundelse.
- 50 Kommissionens vurdering er fejlagtig, når den antager, at enhver foranstaltning, der gør udøvelsen af de traktatbestemte friheder vanskeligere eller mindre attraktiv, ikke blot skal være fri for enhver diskriminerende virkning, men også skal være begrundet i rimelige hensyn til lovbestemte krav. Det følger klart af Domstolens praksis, at foranstaltninger, der ikke hindrer adgangen til markedet, ikke skal begrundes (jf. navnlig dom af 24.11.1993, forenede sager C-267/91 og C-268/91, Keck og Mithouard, Sml. I, s. 6097, præmis 17).

Domstolens bemærkninger

Artikel 56 EF

- 51 Det skal indledningsvis bemærkes, at artikel 56, stk. 1, EF iværksætter de frie kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne indbyrdes og mellem medlemsstaterne og tredjelande. Bestemmelsen fastsætter i dette øjemed, at inden for rammerne af bestemmelserne i traktatens kapitel med overskriften »Kapital og betalinger« er alle restriktioner for kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne indbyrdes og mellem medlemsstaterne og tredjelande forbudt.

- 52 Selv om traktaten ikke definerer begreberne kapitalbevægelser og betalinger, er det ubestridt, at direktiv 88/361 sammen med nomenklaturen, som er indeholdt i direktivets bilag, udgør en vejledning hvad angår definitionen af begrebet kapitalbevægelser (jf. dom af 16.3.1999, sag C-222/97, Trummer og Mayer, Sml. I, s. 1661, præmis 20 og 21).
- 53 Af punkt I og III i nomenklaturen i bilag I til direktiv 88/361 og af de forklarende bemærkninger i bilaget fremgår det, at direkte investeringer ved erhvervelse af kapitalinteresser i en virksomhed i form af aktier samt erhvervelse af værdipapirer, der handles på kapitalmarkedet, udgør kapitalbevægelser i artikel 56 EF's forstand. Ifølge de forklarende bemærkninger er navnlig direkte investeringer karakteriseret ved muligheden for faktisk deltagelse i et selskabs drift og i kontrollen hermed.
- 54 I lyset af disse betragtninger skal det undersøges, om det udgør en hindring for de frie kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne, at ordningen, der er indført i medfør af lov 5/1995 samt kongeligt dekret nr. 3/1996, nr. 8/1997, nr. 40/1998, nr. 552/1998 og nr. 929/1998, indebærer et krav om forhåndsgodkendelse fra nationale myndigheder af forretningsdrivende enheders beslutninger vedrørende:

— opløsning, opsplittning eller fusion af virksomhed

— overdragelse eller pantsætning af aktiver eller selskabsandele, som er nødvendige for varetagelsen af virksomhedens formål

— en ændring af virksomhedens formål

- overdragelse af selskabskapital, der indebærer, at statens deltagelse mindskes med 10% eller mere, og

- erhvervelse af kapitalandele, der medfører besiddelse af mindst 10% af selskabskapitalen,

når statens deltagelse i selskabskapitalen er blevet reduceret med mindst 10% og er blevet mindre end 50%, eller denne deltagelse er blevet reduceret til mindre end 15% af selskabskapitalen.

- 55 Den spanske regering har indledningsvis gjort gældende, at foranstaltningerne i medfør af i artikel 3, stk. 2, i lov 5/1995 finder anvendelse uden forskel for så vidt angår nationalitet. Der er således ikke tale om diskriminerende behandling af statsborgere fra andre medlemsstater. Følgelig udgør de anfægtede foranstaltninger ikke en restriktion for de frie kapitalbevægelser.
- 56 Dette argument kan ikke tages til følge. Det fremgår nemlig af henholdsvis præmis 44 og 40 i de ovennævnte domme i sagerne Kommissionen mod Portugal og Kommissionen mod Frankrig, at forbuddet i artikel 56 EF rækker længere end en ophævelse af en ulige behandling af aktørerne på det finansielle marked på grundlag af deres nationalitet.
- 57 En ordning som den, der er følger af artikel 3, stk. 2, i lov 5/1995, og som begrænser erhvervelse af kapitalandele, udgør en hindring for de frie kapitalbevægelser.

- 58 For så vidt angår de foranstaltninger, der er omfattet af artikel 3, stk. 1, i lov 5/1995, har Det Forenede Kongeriges regering, som herved har henvist til Keck og Mithouard-dommen, gjort gældende, at de ikke begrænser adgangen til markedet og derfor ikke kan hindre de frie kapitalbevægelser.
- 59 Denne argumentation kan ikke tages til følge. De foranstaltninger, der er tale om i nærværende sag, svarer ikke til de bestemmelser, som i Keck og Mithouard-dommen blev anset for at falde uden for anvendelsesområdet for EF-traktatens artikel 30 (efter ændring nu artikel 28 EF).
- 60 Ifølge denne dom er anvendelsen på varer fra andre medlemsstater af nationale bestemmelser, som på importmedlemsstatens område begrænser eller forbyder bestemte former for salg, ikke egnet til at hindre handelen mellem medlemsstaterne, forudsat at bestemmelserne for det første finder anvendelse på alle berørte erhvervsdrivende, der driver virksomhed i indlandet, og for det andet, at de såvel retligt som faktisk påvirker afsætningen af indenlandsk fremstillede varer og varer fra andre medlemsstater på samme måde. Begrundelsen herfor er, at en sådan anvendelse ikke kan antages at hindre de sidstnævnte varers adgang til importmedlemsstaten eller medføre større ulemper i denne henseende end for indenlandsk fremstillede varer (dom af 10.5.1995, sag C-384/93, Alpine Investments, Sml. I, s. 1141, præmis 37).
- 61 Selv om de omtvistede restriktioner vedrørende foretagelse af investeringer finder anvendelse uden forskel på såvel hjemmehørende som ikke-hjemmehørende personer, kan det dog konstateres, at de påvirker situationen for den, der erhverver en kapitalandel som sådan, og derfor kan afholde investorer fra andre medlemsstater fra at foretage sådanne investeringer, og at de følgelig opstiller betingelser for adgangen til markedet (jf. ligeledes dom af dags dato, sag C-98/01, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, trykt i dette bind af Samling af Afgørelser, præmis 47).

- 62 Under disse omstændigheder skal det fastslås, at ordningen, der er fastsat dels på grundlag af artikel 3, stk. 2, i lov 5/1995, dels på grundlag af lovens artikel 3, stk. 1, udgør en restriktion for kapitalbevægelserne i artikel 56 EF's forstand.
- 63 Denne vurdering ændres ikke af den omstændighed, som den spanske regering har henvist til, nemlig at kongeligt dekret nr. 1525/1995 i præamblen bestemmer, at den anfægtede ordning skal anvendes i overensstemmelse med fællesskabsretten.
- 64 Denne betragtning kan nemlig i mangel af en passende begrundelse ikke gøre et krav om forhåndsgodkendelse foreneligt med fællesskabsretten. For det andet kan en sådan generel regel ikke med sikkerhed garantere, at den konkrete anvendelse af den omtvistede ordning altid sker i overensstemmelse med fællesskabsrettens krav.
- 65 Det skal således undersøges, om og i givet fald på hvilke betingelser den anfægtede hindring kan anses for begrundet for så vidt angår de forskellige virksomheder, der er omfattet af de pågældende kongelige dekreter.
- 66 Som Domstolen har fastslået (jf. dommene i sagerne Kommissionen mod Portugal, præmis 47, Kommissionen mod Frankrig, præmis 43, og Kommissionen mod Belgien, præmis 43), kan man ikke afvise, at medlemsstaterne ud fra visse betænkeligheder kan være berettiget til at bevare en vis indflydelse i

virksomheder, der oprindeligt var offentlige og derefter er blevet privatiseret, når disse virksomheder præsterer tjenesteydelser på områder, der er af almen eller strategisk interesse.

- 67 Disse betænkeligheder kan imidlertid ikke give medlemsstaterne adgang til at påberåbe sig deres ejendomsretlige ordning, der er omhandlet i artikel 295 EF, som begrundelse for hindringer af traktatens friheder, når disse hindringer er et resultat af privilegier, som de forbeholder sig i kraft af deres stilling som aktionær i en privatiseret virksomhed. Denne artikel fører nemlig ikke til, at eksisterende ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne ikke er omfattet af traktatens grundlæggende principper (jf. dommene i sagerne Kommissionen mod Frankrig, præmis 44, og Kommissionen mod Belgien, præmis 44).
- 68 De frie kapitalbevægelser kan som et grundlæggende princip i traktaten kun begrænses ved en national ordning, der er begrundet i de i artikel 58, stk. 1, EF nævnte hensyn, eller begrundet i tvingende almene hensyn. For at være begrundet må de nationale regler desuden udgøre et passende middel til at sikre gennemførelsen af det tilstræbte mål og for at opfylde kriteriet om forholdsmæssighed ikke gå videre end nødvendigt for at nå dette mål (jf. i samme retning dommene i sagerne Kommissionen mod Portugal, præmis 49, Kommissionen mod Frankrig, præmis 45, og Kommissionen mod Belgien, præmis 45).
- 69 For så vidt angår en ordning med administrativ forhåndsgodkendelse, som den i denne sag omhandlede, har Domstolen allerede fastslået, at den skal være forholdsmæssig ud fra det tilstræbte mål på en sådan måde, at det samme mål ikke kan realiseres ved mindre restriktive foranstaltninger, navnlig ved en ordning med efterfølgende anmeldelser (jf. i samme retning dom af 14.12.1995, forenede sager C-163/94, C-165/94 og C-250/94, Sanz de Lera m.fl., Sml. I, s. 4821, præmis 23-28, og af 20.2.2001, sag C-205/99, Analir m.fl., Sml. I, s. 1271, præmis 35, samt dommene i sagerne Kommissionen mod Portugal, præmis 50, og Kommissionen mod Frankrig, præmis 46). En sådan ordning skal bygge på objektive kriterier, der ikke er udtryk for forskelsbehandling og på forhånd er kendt af de berørte virksomheder, og enhver person, der udsættes for en sådan restriktiv foranstaltning, skal kunne have retsmidler til rådighed (jf. Analir m.fl.-dommen, præmis 38, og dommene i sagerne Kommissionen mod Portugal, præmis 50, og Kommissionen mod Frankrig, præmis 46).

- 70 I nærværende sag har den spanske regering gjort gældende, at den omtvistede ordning er begrundet i tvingende almene hensyn til strategiske behov såvel som til behovet for at garantere den fortsatte ydelse af offentlige tjenester. I den forbindelse skal det bemærkes, at virksomheden Tabacalera SA, som fremstiller tobak, og koncernen Corporación Bancaria de España SA (Argentaria), som er en koncern bestående af kommercielle banker, der udøver virksomhed inden for den traditionelle banksektor og hvorom det ikke er blevet hævdet, at den udfører opgaver, der svarer til dem, der varetages af en centralbank eller et lignende organ, ikke er enheder, der har til opgave at udføre offentlige tjenester. Idet den spanske regering blot har henvist til »visse aktiviteter«, som tidligere henhørte under de offentlige sparekassers kompetence, har den ikke godtgjort, at der foreligger særlige omstændigheder, som fører til, at bankkoncernen kan antages at have en offentlig tjenestefunktion. Det følger heraf, at ordningerne for så vidt angår Tabacalera SA og Corporación Bancaria de España SA (Argentaria) ikke er begrundede.
- 71 For så vidt angår de tre øvrige enheder, der er omhandlet i sagen, og som udøver virksomhed inden for olie-, telekommunikations- og elektricitetssektorerne, kan det ikke bestrides, at målet, som er at garantere forsyningssikkerheden med disse produkter eller leveringen af disse tjenesteydelser på den pågældende medlemsstats område i en krisesituation, udgør et legitimt alment hensyn, der kan berettige en hindring for de frie kapitalbevægelser (jf. vedrørende tilsvarende situationer dommene i sagerne Kommissionen mod Frankrig, præmis 47, og Kommissionen mod Belgien, præmis 46).
- 72 Imidlertid har Domstolen ligeledes fastslået, at de krav, der følger af den offentlige sikkerhed, især som en fravigelse af det grundlæggende princip om frie kapitalbevægelser, skal fortolkes strengt, således at deres rækkevidde ikke ensidigt kan fastlægges af den enkelte medlemsstat uden fællesskabsinstitutionernes kontrol. Den offentlige sikkerhed kan således kun påberåbes, når der foreligger en virkelig og tilstrækkelig alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn (jf. bl.a. Église de scientologie-dommen, præmis 17, og dommene i sagerne Kommissionen mod Frankrig, præmis 48, og Kommissionen mod Belgien, præmis 47).

- 73 Det skal således undersøges, om de omtvistede bestemmelser vedrørende disse tre enheder i tilfælde af en virkelig og alvorlig trussel gør det muligt at garantere en minimumsforsyning med olieprodukter og elektricitet såvel som et minimum af telekommunikationstjenester i den pågældende medlemsstat og ikke går videre end nødvendigt med henblik herpå.
- 74 I den forbindelse skal det bemærkes, for så vidt angår Kommissionens klagepunkt vedrørende artikel 3, stk. 2, i lov 5/1995, at efter den ordning, der er indført i medfør af denne bestemmelse, skal en repræsentant for staten give tilladelse til dels overdragelse af selskabskapital, der medfører en reduktion med 10% eller mere af statens kapitalandel, for så vidt denne andel er blevet lavere end 50%, eller andelen er blevet reduceret til mindre end 15% af selskabskapitalen, dels til erhvervelse af kapitalandele, der fører til besiddelse af mindst 10% af selskabskapitalen. Statens udøvelse af denne ret er i henhold til de herom fastsatte bestemmelser ikke undergivet nogen betingelser. De berørte investorer modtager ingen oplysninger om de særlige og objektive omstændigheder, hvorunder en forhåndsgodkendelse bliver tildelt eller nægtet.
- 75 En sådan ubestemthed giver ikke borgerne mulighed for at kende omfanget af deres rettigheder og pligter i henhold til artikel 56 EF, således at en sådan ordning er i strid med retssikkerhedsprincippet (jf. dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 50).
- 76 Administrationen råder således over et særligt vidt skøn på området, hvilket udgør et alvorligt indgreb i de frie kapitalbevægelser og kan føre til, at disse helt ophæves. Den omtvistede ordning går således videre end nødvendigt med henblik på at sikre det formål, som den spanske regering har henvist til, nemlig at forebygge forstyrrelser af olie- og elektricitetsforsyningen samt telekommunikationstjenester.

- 77 For så vidt angår Kommissionens klagepunkt vedrørende artikel 3, stk. 1, i lov 5/1995, som vedrører administrativ forhåndsgodkendelse af beslutninger om opløsning, opsplitning eller fusion af enheden, om afhændelse eller pantsætning af de aktiver eller kapitalandele, der er nødvendige med henblik på at sikre varetagelsen af virksomhedernes formål, samt beslutninger om ændring af selskabsformålet, har den spanske regering under retsmødet gjort gældende, at den således indførte ordning må godkendes, fordi den har ligheder med den ordning, der var genstand for dommen i sagen Kommissionen mod Belgien, og som Domstolen godkendte, idet ordningen alene vedrørte visse af de pågældende selskabers aktiver og visse driftsspørgsmål, men ikke indeholdt begrænsninger vedrørende de personer, der investerer, eller deres kapitalandele som sådan.
- 78 I den forbindelse skal det bemærkes, at det for det første fremgår af præmis 49 til 52 i dommen i sagen Kommissionen mod Belgien, at den ordning, der blev taget stilling til i dommen, var en efterfølgende indsigelsesordning, der er mindre restriktiv end en ordning med forhåndsgodkendelse som den i nærværende sag omhandlede (jf. i samme retning dom af 5.3.2002, forenede sager C-515/99, C-519/99 til C-524/99 og C-526/99 til C-540/99, Reisch m.fl., Sml. I, s. 2157, præmis 37). Endvidere var den belgiske ordning karakteriseret ved, at den på udtømmende måde opregnede de berørte strategiske aktiver såvel som de beslutninger vedrørende driften, der konkret kunne anfægtes. Endelig var myndighedernes indgreb snævert begrænset til situationer, hvor målsætningerne for energipolitikken var i fare. Indgrebene skulle endvidere formelt begrundes og var underlagt en effektiv domstolskontrol.
- 79 Disse betingelser er ikke opfyldt i den ordning, der følger af artikel 3, stk. 1, i lov 5/1995, sammenholdt med de kongelige dekreter vedrørende de pågældende virksomheder inden for olie-, telekommunikations- og elektricitetssektorerne. »De aktiver eller selskabsandele, som er nødvendige med henblik på varetagelsen af virksomhedens formål, og som er udpeget til dette formål«, der nævnes i lovens artikel 3, stk. 1, litra b), er nemlig kun defineret på præcis måde i visse af dekreterne. Frivillig opløsning, opsplitning eller fusion af virksomheden eller ændringer af dens formål, som omhandlet i dette stykkes litra a) og c), er ikke, i modsætning til de beslutninger, der var tale om i dommen i sagen Kommissionen

mod Belgien (præmis 50), konkrete beslutninger vedrørende driften, men grundlæggende beslutninger i virksomhedens tilværelse. På samme måde er de administrative myndigheders indgreb — i modsætning til forholdene som de forelå i sagen mod Kongeriget Belgien — ikke undergivet nogen betingelser, der indskrænker disse myndigheders skønsbeføjelser. Den omstændighed, at der muligvis er adgang til prøvelse ved domstolene af sådanne beslutninger, kan ikke ændre denne vurdering, eftersom hverken loven eller dekreterne giver en national domstol tilstrækkeligt præcise kriterier, der gør det muligt for den at kontrollere de administrative myndigheders udøvelse af skønsbeføjelsen.

80 I mangel af objektive og præcise kriterier i den omtvistede ordning må det fastslås, at ordningen går videre end nødvendigt med henblik på at sikre det formål, den spanske regering har henvist til.

81 Denne vurdering ændres ikke af den omstændighed, at de tre pågældende kongelige dekretter indfører en ordning, der er begrænset til ti år. Det forhold, at en tilsidesættelse af forpligtelserne i henhold til traktaten er tidsbegrænset, ændrer ikke dens karakter af traktatbrud.

82 Denne vurdering ændres heller ikke af den spanske regerings henvisning til artikel 86, stk. 2, EF. I den forbindelse bemærkes det, at formålet med denne bestemmelse, læst i sammenhæng med artiklens stk. 1, ganske vist er at forlige medlemsstaternes interesse i at anvende visse, navnlig offentlige, virksomheder som økonomiske eller socialpolitiske instrumenter med Fællesskabets interesse i, at konkurrencereglerne overholdes, og at fællesmarkedets enhed bevares (dom af 19.3.1991, sag C-202/88, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 1223, præmis 12, og af 23.10.1997, sag C-157/94, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 5699, præmis 39), men det gælder ikke desto mindre, at det påhviler medlemsstaten detaljeret at redegøre for grundene til, at en opfyldelse på økonomisk acceptable vilkår af de opgaver af almindelig økonomisk interesse, som den har overdraget en virksomhed, efter dens opfattelse ville blive hindret,

såfremt de anfægtede foranstaltninger blev ophævet (dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 58).

- 83 Den spanske regering har imidlertid ikke på nogen måde forklaret, at dette skulle være tilfældet i nærværende sag. Argumentet vedrørende artikel 86, stk. 2, EF skal således ligeledes forkastes.
- 84 Det skal således fastslås, at Kongeriget Spanien har tilsidesat de forpligtelser, der påhviler det i medfør af artikel 56 EF, idet det har opretholdt artikel 2 og artikel 3, stk. 1 og 2, i lov 5/1995, såvel som kongeligt dekret nr. 3/1996, nr. 8/1997, nr. 40/1998, nr. 552/1998 og nr. 929/1998, idet der herved indføres en ordning med administrativ forhåndsgodkendelse.

Artikel 43 EF

- 85 Kommissionen har desuden nedlagt påstand om, at der fastslås en tilsidesættelse af artikel 43 EF, nemlig af etableringsfriheden, for så vidt denne angår virksomheder.
- 86 Det bemærkes i denne forbindelse, at for så vidt som de omtvistede bestemmelser indebærer restriktioner for etableringsfriheden, er disse restriktioner en direkte følge af de ovenfor behandlede hindringer for de frie kapitalbevægelser, som de er uløseligt forbundet med. Da det er fastslået, at artikel 56 EF er tilsidesat, er det således ufornuddent at foretage en særskilt prøvelse af foranstaltningerne i lyset af traktatens bestemmelser om etableringsfrihed.

Sagens omkostninger

- 87 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har nedlagt påstand om, at Kongeriget Spanien tilpligtes at betale sagens omkostninger, og Kongeriget Spanien har tabt sagen, bør det pålægges det at betale sagens omkostninger. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 4, bærer Det Forenede Kongerige, der er indtrådt i sagen, sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN

- 1) Kongeriget Spanien har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 56 EF, idet det har opretholdt artikel 2 og artikel 3, stk. 1 og 2, i Ley 5/1995 de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas (lov 5/1995 om den retlige regulering af overdragelsen af det offentliges andele i visse selskaber) af 23. marts 1995 såvel som kongeligt dekret nr. 3/1996 af 15. januar 1996 om Repsol SA, kongeligt dekret nr. 8/1997 af 10. januar 1997 om Telefónica de España SA og Telefónica Servicios Móviles SA, kongeligt dekret nr. 40/1998 af 16. januar 1998 om

Corporación Bancaria de España SA (Argentaria), kongeligt dekret nr. 552/1998 af 2. april 1998 om Tabacalera SA og kongeligt dekret nr. 929/1998 af 14. maj 1998 om Endesa SA, idet der herved indføres en ordning med administrativ forhåndsgodkendelse.

- 2) Kongeriget Spanien betaler sagens omkostninger.

- 3) Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland bærer sine egne omkostninger.

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

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 13. maj 2003.

R. Grass
Justitssekretær

G.C. Rodríguez Iglesias
Præsident