

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

P. MENGOZZI

fremsat den 2. december 2009¹

I – Indledning

indeholder mulighed for at udstede præferenceaktier. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

1. I denne sag, der er anlagt den 21. april 2008, har Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber nedlagt påstand om, at det fastslås, at Den Portugisiske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 56 EF og 43 EF, idet den i Portugal Telecom SGPS SA (herefter »Portugal Telecom«) har opretholdt særlige rettigheder for staten og andre offentlige enheder, tildelt i tilknytning til præferenceaktier (»golden shares«), som staten ejer i Portugal Telecom.

»Den bestemmelse, som er nævnt i artikel 4, stk. 1 (om godkendelse af vedtægterne for den virksomhed, som skal privatiseres eller omdannes til et aktieselskab), kan desuden undtagelsesvist, når nationale hensyn tilsiger det, foreskrive, at der skal findes præferenceaktier, som skal forblive statens ejendom, og som uanset deres antal giver staten en vetoret med hensyn til vedtægtsændringer og andre beslutninger vedrørende et bestemt område, som er nærmere afgrænset i vedtægterne.«

II – Retsforskrifter

3. Artikel 20, stk. 1, i lovdekret nr. 44/95 af 22. februar 1995 om privatiseringens første etape bestemmer:

2. Artikel 15, stk. 3, i Lei Quadro das Privatizações (rammeloven om privatisering)²

»Hvis vedtægterne for Portugal Telecom indeholder bestemmelser om aktier, bortset fra aktier, som giver fortrinsret til udbytte, hvortil der er knyttet særlige rettigheder, skal flertallet af disse aktier ejes af staten eller andre offentlige aktionærer.«

1 — Originalsprog: fransk.

2 — Lov nr. 11/90 af 5.4.1990.

4. Det præciseres i artikel 4, stk. 2, i vedtægterne for Portugal Telecom, som er et holdingselskab, som forvalter kapitalandele, at selskabskapitalen består af 1 025 800 000 almindelige aktier og 500 A-aktier.

5. I henhold til artikel 5 i vedtægterne for Portugal Telecom skal flertallet af A-aktierne ejes af staten eller andre offentlige aktionærer, og der er til disse aktier knyttet visse privilegier i form af særlige rettigheder.

6. Vedtægterne for Portugal Telecom opregner disse særlige rettigheder på følgende måde:

- Mindst en tredjedel af det samlede antal bestyrelsesmedlemmer, inkl. bestyrelsesformanden, vælges med et flertal af de stemmer, som er tillagt A-aktierne, dvs. med de stemmer, som tilhører staten og de andre offentlige aktionærer.

- Blandt de fem eller syv medlemmer af direktionen, som vælges blandt bestyrelsen, skal henholdsvis et eller to medlemmer vælges med et flertal af de stemmer, som er tillagt A-aktierne.

- Udnævnelsen af mindst et af de bestyrelsesmedlemmer, som er valgt til særligt at tage sig af visse forvaltningsspørgsmål,

skal ske på grundlag af et flertal af de stemmer, som er tillagt A-aktierne.

- Generalforsamlingen kan ikke træffe nogen beslutning vedrørende de emner, som er nævnt nedenfor, dersom et flertal af de stemmer, som er tillagt A-aktierne, er imod en sådan beslutning:

- fordeling af årets overskud

- ændring af vedtægterne og kapitalforhøjelser

- begrænsning i eller ophævelse af fortegningsretten

- fastsættelse af betingelserne for kapitalforhøjelser

- udstedelse af obligationer og andre værdipapirer og fastsættelse af værdien af dem, som bestyrelsen kan tillade, samt begrænsning eller ophævelse af fortrinsretten ved udstedelse af obligationer, der kan konverteres til aktier, og fastsættelse ved bestyrelsen af betingelserne for udstedelse af denne type obligationer

- flytning af hovedsædet til ethvert andet sted inden for det nationale område
- godkendelse af erhvervelsen af et antal almindelige aktier, som overstiger 10% af selskabskapitalen ved aktionærer, som udøver en virksomhed, som er konkurrerende med den virksomhed, der udøves af selskaber, som kontrolleres af Portugal Telecom.

Correios e Telecomunicações de Portugal til et aktieselskab og videreførtes med en udskillelse af telekommunikationsvirksomheden, som blev placeret i et selvstændigt selskab, Telecom Portugal SA. I 1994 fusioneredes herefter flere offentligt ejede kapitalvirksomheder, nemlig Telecom Portugal SA, Telefones de Lisboa e Porto SA og Teledifusora de Portugal SA, og dannede Portugal Telecom.

- Et flertal af de stemmer, som er tillagt A-aktierne, er også nødvendigt hvad angår beslutninger vedrørende godkendelse af Portugal Telecoms generelle formål og de grundlæggende principper for Portugal Telecoms politikker samt definitionen af de generelle principper hvad angår erhvervelse af andele i selskaber eller koncerner, erhvervelser og salg, hvis en forudgående godkendelse fra generalforsamlingen er nødvendig.

8. Startende i 1995 blev Portugal Telecom privatiseret i fem på hinanden følgende etaper inden for rammerne af rammeloven om privatisering.

9. I den første etape, som var fastsat i lovdekret nr. 44/95, blev omkring 27% af selskabskapitalen overdraget.

10. I den anden etape, som fandt sted i perioden fra april 1996 til august 1997, blev omkring 22% af selskabskapitalen overdraget, hvorved statens deltagelse reduceredes til 51% af selskabskapitalen.

III – Tvistens baggrund

7. Portugal Telecom, som blev dannet i 1994, er resultatet af en større omstrukturering af den portugisiske telekommunikationssektor. Denne proces påbegyndtes i 1992 med omdannelsen af den offentlige virksomhed

11. I forbindelse med den tredje etape, som påbegyndtes i august 1997 og afsluttedes i april 1999, blev yderligere 26% af selskabskapitalen solgt.

12. Det fremgår af sagsakterne, at Den Portugisiske Republik bibeholdt størstedelen af de almindelige aktier i Portugal Telecom indtil slutningen af 1997.

offentlige aktionærer i selskabet Portugal Telecom ejede præferenceaktier, hvortil der var knyttet særlige rettigheder.

13. Ved afslutningen af den fjerde etape havde Den Portugisiske Republik reduceret sin selskabsdeltagelse i Portugal Telecom med yderligere 13,5% af selskabsandelene.

16. Kommissionen foreholdt Den Portugisiske Republik at eje præferenceaktier i Portugal Telecom (»golden shares«) samt at have indført en vetoet for staten med hensyn til alle erhvervelser af selskabsandele, som overstiger 10% af selskabskapitalen i Portugal Telecom, ved aktionærer, som udøver virksomhed, der er konkurrerende med dette selskabs virksomhed.

14. Endelig blev ved afslutningen af den femte etape af privatiseringen den resterende del af de selskabsandele, som ejedes af det offentlige i Portugal Telecom, solgt, med undtagelse af 500 aktier, hvortil der var knyttet særlige rettigheder (A-aktier), som staten beholdt.

17. Da Kommissionen ikke var tilfreds med det af Den Portugisiske Republik i dens skrivelse af 21. februar 2006 afgivne svar, fremsendte den den 10. april 2006 en begrundet udtalelse til medlemsstaten.

IV – Den administrative procedure

18. Den Portugisiske Republik besvarede den begrundede udtalelse ved skrivelse af 24. juli 2006 og bestred, at der var tale om et traktatbrud.

15. Den 19. december 2005 fremsendte Kommissionen en åbningsskrivelse til Den Portugisiske Republik, hvorved den foreholdte medlemsstaten at have tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 56 EF og 43 EF under henvisning til, at staten og andre

19. Da Kommissionen ikke anså Den Portugisiske Republik for at have truffet de nødvendige foranstaltninger for at efterkomme den begrundede udtalelse, besluttede den den 21. april 2008 at anlægge denne sag.

V – Parternes påstande

20. Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

- Det fastslås, at Den Portugisiske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 56 EF og 43 EF, idet den i Portugal Telecom har opretholdt særlige rettigheder for staten og andre offentlige enheder, tildelt i tilknytning til præferenceaktier (»golden shares«), som staten ejer i Portugal Telecom.

- Den Portugisiske Republik tilpligtes at betale sagens omkostninger.

21. Den Portugisiske Republik har nedlagt følgende påstande:

- Frifindelse.
- Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

VI – Traktatbruddet*A – Formaliteten***1. Parternes argumenter**

22. Den Portugisiske Republik har i svarskriftet gjort gældende, at søgsmålet skal afvises af to grunde. For det første er det dens opfattelse, at Kommissionen, da den hverken har tilført sagsakterne lovteksterne om eller vedtægterne for Portugal Telecom, som indeholder de bestemmelser, som ville kunne konkretisere det foreholdte traktatbrud, ikke har overholdt bevisbyrdereglerne og derfor ikke har ført bevis for det påståede traktatbrud. Den Portugisiske Republik har for det andet anført, at Kommissionen i stævningen har udvidet sagens genstand som defineret under den administrative procedure, idet den nu gør gældende, at staten besidder andre særlige kompetencer, nemlig kompetence til at udpege et eller to medlemmer af direktionen, som eventuelt skal udpeges blandt medlemmerne af bestyrelsen, samt en veto ret vedrørende visse strategiske beslutninger, såsom salg af vigtige aktiver, fusioner med

andre selskaber og beslutninger, som indebærer ændringer i ejerskabet af virksomheden.

23. Kommissionen har bestridt samtlige disse påstande.

2. Bedømmelse

24. Det er min opfattelse, at de to indsigelser til støtte for sagens afvisning, som Den Portugisiske Republik har påberåbt sig, ikke skal tages til følge.

25. Hvad angår den pligt til som bilag til vedlægge de relevante lovtekster samt vedtægterne for Portugal Telecom, som angiveligt skulle påhvile Kommissionen, kan Den Portugisiske Republik ikke med rette anføre, at Kommissionen, fordi den har undladt at vedlægge disse dokumenter som bilag til stævningen, udelukkende baserer sin sag på en formodning uden for Domstolen at fremlægge de elementer, som er nødvendige for at afgøre, om der foreligger et traktatbrud³.

26. Selv om det er korrekt, at Kommissionen ikke som bilag til stævningen har vedlagt de

nævnte tekster, har den gengivet indholdet af bestemmelserne i de relevante lovtekster og i vedtægterne for Portugal Telecom såvel i de dokumenter, som er blevet fremlagt under den administrative procedure, som i stævningen. Derved har Kommissionen i tilstrækkelig grad opfyldt sin pligt til at angive de bestemmelser, som efter dens opfattelse ligger til grund for det foreholdte traktatbrud.

27. Det bemærkes desuden, at Den Portugisiske Republik aldrig har bestridt, at disse bestemmelser eksisterer, eller at disse bestemmelser tildeler staten præferenceaktier, hvortil er knyttet særlige rettigheder som angivet af Kommissionen såvel under den administrative procedure som for Domstolen. Tværtimod har Den Portugisiske Republik i sine svar på åbningsskrivelsen og den begrundede udtalelse ved flere lejligheder bekræftet, at den netop på grundlag af disse bestemmelser i Portugal Telecom ejede 500 A-aktier, hvortil der var knyttet særlige rettigheder.

28. Under alle omstændigheder indebærer dette, selv om det lægges til grund, at Kommissionen har tilsidesat en pligt, som påhvilede den, efter min opfattelse på ingen måde, at søgsmålet må afvises, idet en sådan konsekvens ville være åbenlyst uforholdsmæssig set i forhold til den påståede tilsidesættelse. Desuden har Domstolen allerede delvist forkastet Den Portugisiske Republiks indsigelse ved ex officio at træffe en foranstaltning til sagens tilrettelæggelse, hvorved tvistens parter opfordredes til at indgive vedtægterne for Portugal Telecom til justitssekretæren, hvilket parterne har efterkommet. Det bemærkes desuden, at det ved gennemgangen af vedtægterne for

³ — Jf. herved dom af 6.11.2003, sag C-434/01, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. I, s. 13239, præmis 21.

Portugal Telecom konstateres, at disse uden den mindste tvivl bekræfter indholdet af de relevante bestemmelser, som Kommissionen har gengivet i den begrundede udtalelse og i stævningen.

B – Om realiteten

1. Parternes argumenter

29. Hvad angår påstanden om en udvidelse af sagsgenstanden, fordi Kommissionen har baseret sig på yderligere klagepunkter i stævningen, bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at kravet om ikke at udvide eller ændre sagsgenstanden som defineret i den begrundede udtalelse ikke indebærer, at der under alle omstændigheder skal være fuldstændigt sammenfald mellem klagepunkterne i åbningsskrivelsen, konklusionen i den begrundede udtalelse og de i stævningen nedlagte påstande⁴. Den omstændighed, at Kommissionen i stævningen detaljeret har angivet de klagepunkter, som den mere generelt havde gjort gældende i åbningsskrivelsen og i den begrundede udtalelse, idet den har angivet yderligere områder, hvor den portugisiske stat som indehaver af flertallet af A-aktierne råder over særlige rettigheder i Portugal Telecom, har efter min opfattelse ikke nogen indflydelse på sagens omfang⁵.

30. Det er derfor min opfattelse, at den foreliggende sag kan antages til realitetsbehandling.

31. Kommissionen har for det første gjort gældende, at den omstændighed, at Den Portugisiske Republik råder over de ovennævnte særlige rettigheder qua ejerskabet af flertallet af A-aktierne i Portugal Telecom udgør en restriktion for de frie kapitalbevægelser og for etableringsfriheden. Ifølge Kommissionen begrænser disse særlige rettigheder almindelige aktionærers mulighed for reelt at kunne deltage i forvaltningen af og kontrollen med selskabet i forhold til værdien af deres aktier og fratager dem desuden kompetencen til at træffe strategiske beslutninger, over for hvilke staten råder over en vetoet.

32. Endvidere kan de præferenceaktier, som Den Portugisiske Republik ejer, også være til hinder for erhvervelse af kontrollerende selskabsandele i det nævnte selskab, hvilket ville være i strid med artikel 43 EF.

33. Kommissionen har dernæst præciseret, at de omhandlede præferenceaktier ikke kan anses for at være af privat art af følgende to årsager. For det første, selv om det er ubestridt, at de særlige rettigheder, som er knyttet til disse aktier, kun er fastsat i vedtægterne

4 — Jf. dom af 29.9.1998, sag C-191/95, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 5449, præmis 56, og af 11.7.2002, sag C-139/00, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 6407, præmis 19.

5 — Jf. herved dom af 27.11.2003, sag C-185/00, Kommissionen mod Finland, Sml. I, s. 14189, præmis 87.

for Portugal Telecom, bør udstedelsen heraf bedømmes i lyset af de relevante bestemmelser i rammeloven om privatisering og i lovdekret nr. 44/95, hvorefter flertallet af de nævnte præferenceaktier skal tildeles staten og forblive statens ejendom. For det andet er de omhandlede vedtægter blevet vedtaget som følge af den første privatiseringsetape, dvs. da staten stadig rådede over et stort flertal i Portugal Telecom.

34. Det er derfor Kommissionens opfattelse, at udstedelsen af præferenceaktier i Portugal Telecom ikke er en følge af en almindelig anvendelse af selskabsretten og under alle omstændigheder udgør en statslig foranstaltning, der derfor er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 56, stk. 1, EF.

35. Kommissionen har desuden gjort gældende, at artikel 295 EF ikke kan begrunde, at staten tildeles præferenceaktier, henset til at Domstolen allerede ved flere lejligheder har understreget, at medlemsstaterne ikke kan påberåbe sig deres ejendomsretlige ordning som begrundelse for hindringer af

EF-traktatens friheder, når disse hindringer er et resultat af en administrativ godkendelsesordning vedrørende privatiserede virksomheder⁶. Det er Kommissionens opfattelse, at tildelingen af særlige rettigheder til den portugisiske stat udgør en administrativ godkendelsesordning, eftersom den indebærer en mulighed for, at sidstnævnte nedlægger veto ved vedtagelsen af visse beslutninger om virksomhedens liv.

36. Kommissionen har i replikken også anfægtet Den Portugisiske Republiks påstand om, at retten til at eje aktier, hvortil der er knyttet særlige rettigheder, skal anses for en grundlæggende rettighed. Kommissionen har bekræftet, at selv om foreningsfriheden, retten til privat økonomisk initiativ og ejendomsretten uden tvivl udgør grundlæggende rettigheder, er dette ikke tilfældet for retten til at eje præferenceaktier. Hvad angår den påståede tilsidesættelse af sådanne grundlæggende rettigheder i tilfælde af, at det forbydes en offentlig myndighed at eje sådanne aktier, har Kommissionen understreget, at i overensstemmelse med de relevante bestemmelser i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950 (herefter »EMRK«), og Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, proklameret i Nice den 7. december 2000⁷, kan udøvelsen af de

6 — Kommissionen har herved navnlig henvist til domme af 4.6.2002, sag C-367/98, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 4731, præmis 48, og sag C-483/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 4781, præmis 44, samt dom af 13.5.2003, sag C-463/00, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 4581, præmis 66 og 67.

7 — EFT C 364, s. 1.

ovennævnte rettigheder underlægges begrænsninger, som varetager almene hensyn.

37. Kommissionen har herudover anført, at de restriktioner, som følger af de særlige rettigheder, som Den Portugisiske Republik har i Portugal Telecom, ikke kan begrundes under henvisning til de af sidstnævnte påberåbte almene hensyn og under alle omstændigheder ikke er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

38. Ifølge Kommissionen kan nødvendigheden af at sikre, at staten til enhver tid råder over et telekommunikationsnet, som spiller en afgørende rolle navnlig i situationer med krise, krig eller terrorisme, ikke anses for et legitimt alment hensyn, når henses til, at Den Portugisiske Republik ikke har ført bevis for, at der foreligger en virkelig og tilstrækkeligt alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn som omhandlet i Domstolens praksis⁸.

39. Kommissionen har ligeledes afvist Den Portugisiske Republiks argument om, at eftersom Portugal Telecom har bevaret kabel- og kobbernettene samt al engros- og detailvirksomhed, kan opretholdelsen af de særlige rettigheder i Portugal Telecom begrundes

under henvisning til formålet om at sikre en vis konkurrence på telekommunikationsmarkedet i mangel af nationale bestemmelser og fællesskabsbestemmelser, i medfør af hvilke den portugisiske konkurrencemyndighed og tilsynsmyndigheden på området tillægges passende kompetencer. Ifølge Kommissionen må en sådan argumentation afvises, for så vidt som den ville svare til at begrunde en tilsidesættelse af fællesskabsretten (i dette tilfælde konkurrencereglerne) med en anden tilsidesættelse af fællesskabsretten (nemlig restriktionerne for de frie kapitalbevægelser og etableringsfriheden).

40. Hvad angår begrundelsen, hvorefter anfægtelsen af de kompetencer, som den portugisiske stat råder over i Portugal Telecom, i den nuværende konjunktursituation ville indebære en betydelig risiko for forstyrrelser på kapitalmarkedet, har Kommissionen blot henvist til, at det følger af fast retspraksis, at økonomiske hensyn ikke kan begrunde hindringer, som traktaten forbyder⁹.

41. Under alle omstændigheder har Kommissionen herudover anført, at tildelingen af særlige rettigheder til den portugisiske stat udgør en foranstaltning, der går klart videre end nødvendigt med henblik på at nå de tilsigtede mål. Navnlig omhandler de særlige rettigheder ikke specifikke driftsbeslutninger, men grundlæggende beslutninger i virksomhedens liv, mens udøvelsen af disse

⁸ — Jf. bl.a. dommen af 13.5.2003 i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 72.

⁹ — Jf. bl.a. dommen i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 52.

rettigheder ikke er underlagt nogen betingelser, som begrænser den statslige myndigheds skøn, bortset fra at sådanne rettigheder skal anvendes, når nationale hensyn tilsiger det.

42. Den Portugisiske Republik har for det første gjort gældende, at retten til ejerskab af aktier, hvortil der er knyttet særlige rettigheder, udgør en grundlæggende rettighed for aktionærer og som sådan er et generelt fællesskabsretligt princip, som Fællesskabets retsinstanser har pligt til at beskytte, i overensstemmelse med hvad der er fastsat i artikel 6 EU og artikel 12 og 14 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder. At anse det forhold alene, at en offentlig enhed er ejer af de nævnte aktier, for ulovligt, således som Kommissionen har gjort i denne sag, ville svare til en tilsidesættelse af visse grundlæggende rettigheder, nemlig ejendomsretten, foreningsfriheden og retten til privat økonomisk initiativ.

43. Den Portugisiske Republik har dernæst bestridt, at der er tale om en restriktion, idet den har gjort gældende, at udstedelsen af præferenceaktier er en direkte og umiddelbar følge af Portugal Telecoms egen vilje og derfor er resultatet af en almindelig anvendelse af selskabsretten.

44. Det er desuden Den Portugisiske Republiks opfattelse, at selv om det lægges til grund, at udstedelsen af de omhandlede præferenceaktier kan tilregnes staten, er den på ingen måde i strid med artikel 56 EF og 43 EF, henset til at de nævnte aktier ikke tilsigter at påvirke handelen eller at hindre de frie kapitalbevægelser. Der er ifølge Den Portugisiske Republik tale om en foranstaltning, som ikke påvirker fremgangsmåden ved erhvervelse af selskabsandele, men fremgangsmåden ved forvaltningen af sådanne, og som anvendes på ikke-diskriminerende måde, således at den logik, som ligger til grund for dommen i sagen Keck og Mithouard¹⁰, finder analog anvendelse.

45. Den Portugisiske Republik, som støtter sin argumentation på generaladvokat Poiarens Maduros forslag til afgørelse i sagen Federconsumatori m.fl.¹¹, er under alle omstændigheder af den opfattelse, at den omstændighed i sig selv, at den har særlige rettigheder i Portugal Telecom, ikke påvirker værdien af dette selskab negativt og derfor ikke gør udøvelsen af de frie kapitalbevægelser mindre attraktiv for investorer fra andre medlemsstater, navnlig fordi den portugisiske stat til dato aldrig har gjort brug af sin veto.

10 — Dom af 24.11.2003, forenede sager C-267/91 og C-268/91, Sml. I s. 6097.

11 — Punkt 25 i forslaget til afgørelse i de sager, som gav anledning til dom af 6.12.2007, forenede sager C-463/04 og C-464/04, Sml. I, s. 10419.

46. Endelig er det Den Portugisiske Republiks opfattelse, at selv om det lægges til grund, at de bestemmelser, som er indeholdt i vedtægterne for Portugal Telecom, kan tilregnes staten, og at der foreligger en restriktion for de grundlæggende rettigheder i form af de frie kapitalbevægelser og etableringsfriheden, kan sådanne hindringer begrundes under henvisning til tvingende almene hensyn.

47. For det første gør den omstændighed, at Portugal Telecom er ejer af omfattede infrastrukturer for transport og spredning af telekommunikation, det nødvendigt for staten at have særlige rettigheder, således at sidstnævnte fortsat kan sikre leveringen af telekommunikationsydelser i tilfælde af krise, krig, terrorisme, naturkatastrofer og andre nye trusler. Den Portugisiske Republik har herved bestridt den fortolkning, som Kommissionen har anlagt af dommen af 13. maj 2003 i sagen *Kommissionen mod Spanien*¹², og anført, at Domstolen ikke som betingelse for at anerkende et hensyn til den offentlige sikkerhed har villet opstille et krav om, at der forelå en virkelig og tilstrækkeligt alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn.

48. For det andet har Den Portugisiske Republik som begrundelse henvist til behovet for

at sikre forsyningspligten på telekommunikationsområdet. Telekommunikationsydelser er således blandt de ydelser, som skal være tilgængelige, og af en vis kvalitet, for alle slutbrugere på dens område, uanset hvor de befinder sig, og til en overkommelig pris. Efter som Portugal Telecom er den operatør, som har ansvaret for denne forsyningspligt, kan den betydelige risiko for, at forsyningspligten kompromitteres, hvis den udelukkende var betroet private aktionærer, begrunde, at staten bevarer en mulighed for at intervenere i det omhandlede selskab ved ejerskabet af særlige rettigheder.

49. For det tredje er det Den Portugisiske Republiks opfattelse, at de særlige rettigheder, som tillægges staten, er nødvendige og forholdsmæssige, henset til de mål, som de tilsigter at virkeliggøre. Ifølge medlemsstaten adskiller de særlige rettigheder, som den tillægges, sig ikke fra en ordning med en efterfølgende veto, dvs. en mulighed for at fratage en beslutning truffet af den ordinære generalforsamling dens virkning i de tilfælde, som på forhånd er fastsat i vedtægterne for Portugal Telecom. Desuden er disse rettigheder begrænsede til særlige situationer, som er defineret på forhånd. Der er således tale om en ordning, som kan sammenlignes med ordningen i sagen *Kommissionen mod Belgien*¹³, som Domstolen fastslog var forenelig med traktaten.

12 — Dom nævnt ovenfor, præmis 71-73.

13 — Dom af 4.6.2002, sag C-503/99, *Kommissionen mod Belgien*, Sml. I, s. 4809.

2. Bedømmelse

generelt forbud mod restriktioner for kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne¹⁵.

a) Spørgsmålet, om der foreligger en begrænsning af artikel 56 EF

50. Domstolen står endnu en gang over for spørgsmålet om, hvorvidt retsbestemmelser, i medfør af hvilke staten efter afslutningen af en privatiseringsproces tildeles aktier i et selskab, hvortil der er knyttet særlige rettigheder (»golden shares«), som gør det muligt for den at udøve en betydelig indflydelse på det omhandlede selskabs virksomhed¹⁴, er forenelige med fællesskabsretten.

51. Domstolen har altid bedømt sådanne nationale lovgivninger i lyset af de frie kapitalbevægelser, hvis tilsidesættelse subsidiært indebærer en tilsidesættelse af etableringsfriheden.

52. Det bemærkes for det første, at ifølge fast retspraksis indeholder artikel 56, stk. 1, EF et

53. Traktaten definerer ikke begrebet »kapitalbevægelser«, men bilag I til Rådets direktiv 88/361/EØF af 24. juni 1988 om gennemførelse af traktatens artikel 67 (ophævet ved Amsterdamtraktaten) (EFT L 178, s. 5) indeholder ikke desto mindre en vejledende liste over transaktioner, som må anses for kapitalbevægelser¹⁶. Kapitalbevægelser i den betydning, hvori begrebet er anvendt i artikel 56, stk. 1, EF, er således navnlig investeringer ved erhvervelse af kapitalinteresser, som giver mulighed for faktisk at deltage i driften af og kontrollen med selskabet (»direkte investeringer«), samt erhvervelse af værdipapirer, der handles på kapitalmarkedet, med det ene formål at investere uden at ville opnå indflydelse på virksomhedens drift og kontrollen med den (»porteføjeinvesteringer«)¹⁷.

54. Domstolen har herved bekræftet, at nationale bestemmelser, som kan udgøre en hindring eller begrænsning for erhvervelse af

14 — Det bemærkes, at hvad angår Den Portugisiske Republik verserer to andre traktatbrudssøgsmål af lignende art for Domstolen (sag C-543/08, Kommissionen mod Portugal, vedrørende særlige aktier, som staten ejer i selskabet Energias de Portugal, og sag C-212/09, Kommissionen mod Portugal, vedrørende særlige aktier, som staten ejer i GALP Energia SGPS SA).

15 — Jf. bl.a. dommen af 4.6.2002 i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 35 og 40, samt dom af 13.5.2003, sag C-98/01, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. I, s. 4641, præmis 38 og 43, og af 28.9.2006, forenede sager C-282/04 og C-283/04, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 9141, præmis 18.

16 — Jf. bl.a. dommen i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 37, og dom af 23.10.2007, sag C-112/05, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 8995, præmis 18.

17 — Jf. dom af 16.3.1999, sag C-222/97, Trummer og Mayer, Sml. I, s. 1661, præmis 21, dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 36 og 37, dommen af 13.5.2003 i sagen Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, præmis 39 og 40, og dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 19.

aktier i de berørte virksomheder og afholde investorer fra andre medlemsstater fra at investere i disse virksomheder, skal anses for at udgøre »restriktioner« som omhandlet i artikel 56, stk. 1, EF¹⁸.

55. Den Portugisiske Republik har først og fremmest bestridt, at der foreligger en restriktion for de frie kapitalbevægelser, idet den har gjort gældende, at udstedelsen af de omhandlede aktier direkte og umiddelbart er en følge af Portugal Telecoms egen vilje og derfor er resultatet af en almindelig anvendelse af selskabsretten. Udtrykt på en anden måde: Udstedelsen af de omhandlede præferenceaktier kan ikke tilregnes Den Portugisiske Republik og udgør derfor ikke en statslig foranstaltning i artikel 56 EF's forstand.

56. Denne argumentation forekommer mig på ingen måde overbevisende.

57. Det er korrekt, at hverken rammeloven om privatisering eller de andre love, som regulerer de forskellige etaper af privatiseringen af Portugal Telecom, indeholder noget

krav om, at staten skal tildeles majoriteten af præferenceaktierne i det nævnte selskab. Lovdekret nr. 44/95 om gennemførelse af den første privatiseringsetape bestemmer blot, at *hvis vedtægterne for Portugal Telecom indeholder bestemmelser om aktier, hvortil der er knyttet særlige rettigheder*, skal flertallet af disse aktier ejes af staten eller andre offentlige enheder. Det er vedtægterne for Portugal Telecom, som udtrykkeligt bestemmer, at der skal findes præferenceaktier i det nævnte selskab som omhandlet i artikel 24 i lov om handelsselskaber.

58. Det er imidlertid ubestridt, at bestemmelserne i vedtægterne for Portugal Telecom om tildeling af majoriteten af præferenceaktierne til den portugisiske stat er blevet indført umiddelbart efter vedtagelsen af lovdekret nr. 44/95 den 4. april 1995, dvs. på et tidspunkt, hvor staten udøvede en majoritetskontrol i virksomheden, idet Den Portugisiske Republik desuden under retsmødet har bekræftet, at staten på dette tidspunkt var indehaver af 54,2% af selskabskapitalen i Portugal Telecom.

59. Det følger heraf, at hvis det er staten, der handler i sin egenskab af lovgiver, som har tilladt udstedelsen af præferenceaktier i Portugal Telecom, er det staten i sin egenskab af flertalsaktionær i dette selskab, som reelt har indført disse ved at ændre vedtægterne for Portugal Telecom i overensstemmelse med den mulighed, som stod åben for den i

18 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 41, dommen af 13.5.2003 i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 61, samt dom af 2.6.2005, sag C-174/04, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 4933, præmis 30 og 31, og af 14.2.2008, sag C-274/06, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 26*, summarisk offentliggørelse, præmis 20.

rammeloven om privatisering og lovdekret nr. 44/95¹⁹.

60. Under disse omstændigheder kan det ikke gøres gældende, at udstedelsen af præferenceaktier udelukkende kan tilregnes Portugal Telecoms vilje.

61. At tillade en argumentation for det modsatte ville svare til at tillade medlemsstaterne ikke at anvende bestemmelserne i artikel 56 EF alene med den begrundelse, at det ikke er »staten i sin egenskab af lovgiver«, men »staten i sin egenskab af aktionær«, som har indført præferenceaktierne som følge af en godkendelse givet af staten i sin egenskab af lovgiver! Det er klart, at en accept af et sådant ræsonnement i vid udstrækning ville kompromittere den effektive virkning af det forbud, der er fastsat i artikel 56, stk. 1, EF.

62. Hvad angår den del af Den Portugisiske Republiks argumentation, som vedrører det forhold, at udstedelsen af præferenceaktierne blot er resultatet af en almindelig anvendelse af selskabsretten, tillader jeg mig at anføre, at

det er meningen, at disse aktier skal forblive statens ejendom i overensstemmelse med artikel 15, stk. 3, i rammeloven om privatisering og som en fravigelse af artikel 4 i loven om handelsselskaber, som bestemmer, at i aktieselskaber kan særlige rettigheder kun tildeles aktiekategorier og overdrages sammen med disse²⁰.

63. Som Kommissionen med rette har anført i replikken og uden på dette punkt at blive modsagt af Den Portugisiske Republik, er der tale om vedtægter, som er inspireret af privatretnlige aftaleformer, til hvilke den nationale lovgivning har knyttet retsvirkninger, som går ud over, hvad der følger af almindelige bestemmelser, herunder navnlig forbuddet mod at lade præferenceaktierne overgå til fri omsætning.

64. Den Portugisiske Republiks argument om, at det er relevant at sondre mellem præferenceaktier udstedt inden for rammerne af den almindelige anvendelse af den nationale selskabsret og præferenceaktier af offentlig oprindelse, ændrer ikke min opfattelse.

19 — Det interessante spørgsmål, nemlig om det – i mangel af en vedtagelse af vedtægterne for Portugal Telecom – må konstateres, at der foreligger en tilsidesættelse af de forpligtelser, som følger af fællesskabsretten, udgør en fuldt ud tænkt situation, eftersom vedtægterne for det nævnte selskab i den foreliggende sag er blevet ændret lige efter vedtagelsen af lovdekret nr. 44/95 i den retning, som lovgiver og den portugisiske tilsynsmyndighed har angivet, idet bemærkes, at Kommissionen under retsmødet har bekræftet, at det foreholdte traktatbrud omfattede alle de relevante portugisiske bestemmelser, herunder henvisningerne heri til vedtægterne for Portugal Telecom.

20 — Det bør tilføjes, at artikel 328, stk. 2, i lov om handelsselskaber tillader undtagelsesklausuler, som udelukker muligheden for at overdrage aktier, nemlig klausuler om selskabets samtykke, klausuler om fortrinsrettigheder for andre aktionærer, og klausuler, som underlægger overdragelsen visse betingelser. Det er ubestridt, at undtagelsen i rammeloven om privatisering ikke henhører under nogen af de ovennævnte tre kategorier.

65. Selv om det lægges til grund, at disse aktier har en privatretlig oprindelse, kan udstedelsen heraf ligeledes tilregnes Den Portugisiske Republik. Der hersker efter min opfattelse ingen tvivl om, at medlemsstaterne i deres egenskab af signatarer af traktaten har pligt til at respektere bestemmelserne om de grundlæggende bevægelsesfriheder uafhængigt af, om de handler som offentlige myndigheder eller privatretlige enheder. At påstå noget andet ville svare til at udstyre medlemsstaterne med midler til at omgå de nævnte regler, henset til at de i deres egenskab af lovgivere nemt kan ændre den nationale privatret ved for eksempel at pålægge de selskaber, hvori de har kapitalinteresser, i deres vedtægter at optage bestemmelser, i medfør af hvilke de tillægges særlige rettigheder²¹.

præferenceaktier, som den tildeler staten, gør det muligt for denne at udøve en indflydelse, som går langt ud over den reelle værdi af de aktier, som den ejer. I medfør af disse aktier skal ikke blot et stort antal driftsbeslutninger vedrørende virksomhedens struktur samt vigtige aspekter af dens aktiviteter forudgående godkendes af den portugisiske stat, men, som det fremgår af den opregning, som er indeholdt i punkt 6 i dette forslag til afgørelse, er også selve erhvervelsen af selskabsandele i Portugal Telecom i visse tilfælde underlagt en forudgående godkendelse. Den portugisiske lovgivning indfører således en ordning med en forudgående administrativ tilladelse med hensyn til vedtagelse af visse driftsbeslutninger og beslutninger om erhvervelse af selskabsandele i Portugal Telecom, således som Kommissionen med rette har anført.

66. Det følger heraf, at udstedelsen af de omhandlede præferenceaktier uden tvivl kan tilregnes Den Portugisiske Republik.

67. Hvad angår den restriktive karakter af den portugisiske lovgivning, herunder den heri indeholdte henvisning til vedtægterne for Portugal Telecom, bemærkes, at de

68. Uafhængigt af den omstændighed, at Den Portugisiske Republik aldrig har gjort brug af de særlige rettigheder, som den tildeles qua ejerskabet af majoriteten af præferenceaktierne i Portugal Telecom, kan det forhold, at vedtagelsen af beslutninger af så stor betydning kan underlægges en forudgående tilladelse fra staten, således kun afholde erhvervsdrivende i andre medlemsstater fra at foretage direkte investeringer i Portugal Telecom, når henses til, at de under sådanne omstændigheder ikke kan deltage i driften af og kontrollen med dette selskab i forhold til værdien af deres aktier²².

21 — Jf. ligeledes i denne retning punkt 22 og 23 i forslaget til afgørelse fra generaladvokat Póiares Maduro i den sag, som gav anledning til dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene.

22 — Jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 27.

69. Ligeledes gør tildelingen til staten af disse særlige rettigheder det mindre attraktivt at foretage porteføljeinvesteringer, for så vidt som enhver privat aktionær ville kunne se børsværdien af sine aktier reduceret som følge af statens udøvelse af sin veto over for en beslutning, som er sammenfaldende med Portugal Telecoms interesser.

70. De andre argumenter, som Den Portugisiske Republik har fremsat, ændrer ikke i disse betragtninger.

71. For det første synes den indsigelse, hvorefter artikel 295 EF giver en medlemsstat ret til at eje præferenceaktier af den art, som er omhandlet i denne sag, på ingen måde overbevisende.

72. Herved bemærkes, at, som Kommissionen med rette har anført²³, må de betænkeligheder, som efter omstændighederne kan begrunde, at medlemsstaterne bevarer 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, ikke overvurderes. Sådanne betænkeligheder kan under alle omstændigheder ikke give medlemsstaterne adgang til at påberåbe sig deres ejendomsretlige ordninger som omhandlet i artikel 295 EF som begrundelse for hindringer af traktatens friheder, når disse hindringer er et resultat af en ordning

med en forudgående administrativ tilladelse vedrørende privatiserede virksomheder. Det er således ubestridt, at den nævnte artikel ikke medfører, at de ejendomsretlige ordninger, der findes i medlemsstaterne, undtages fra traktatens grundlæggende principper²⁴.

73. Dernæst er heller ikke det af Den Portugisiske Republik fremførte argument, hvorefter Domstolen på den foreliggende sag bør anvende den logik, som ligger til grund for dommen i sagen Keck og Mithouard, overbevisende.

74. Det bemærkes herved, at overført til den foreliggende sag ville denne logik efter Den Portugisiske Republiks opfattelse lede til den konklusion, at der, henset til at der er tale om ikke-diskriminerende fremgangsmåder for forvaltning af disse kapitalinteresser og ikke om fremgangsmåder for erhvervelse af dem, ikke kan være tale om en tilsidesættelse af de frie kapitalbevægelser.

75. For det første savner dette argument grundlag i de faktiske omstændigheder, eftersom det er ubestridt, at blandt de beslutninger, som er underlagt en forudgående godkendelse fra staten, er *erhvervelse* af et vist antal almindelige aktier, som overstiger grænsen på 10% af selskabskapitalen i Portugal Telecom, ved aktionærer, som udøver en virksomhed, der konkurrerer med den virksomhed, som udøves af selskaber, der kontrolleres af

23 — Jf. punkt 35 i dette forslag til afgørelse.

24 — Jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 47 og 48 og den deri nævnte retspraksis.

Portugal Telecom. Det traktatbrud, som foreholdes Den Portugisiske Republik, ville derfor ikke forsvinde fuldstændigt.

76. For det andet er jeg under alle omstændigheder af den opfattelse, at den indflydelse, som Den Portugisiske Republik qua præferenceaktierne udøver på driftsbeslutninger i Portugal Telecom, såsom dem, der er omhandlet i denne sag, ligeledes kan afholde investorer etableret i andre medlemsstater fra at erhverve selskabsandele i det nævnte selskab. Det er i øvrigt denne tilgang, som er blevet anlagt af Domstolen for at afvise Kongeriget Nederlandenes argument i den sag, som gav anledning til dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, og hvorefter der ikke kunne være tale om en restriktion for de frie kapitalbevægelser, fordi de særlige aktier, som den nederlandske stat ejede, kun havde indflydelse på driftsbeslutninger i de i denne sag omhandlede post- og telekommunikationsvirksomheder²⁵.

77. Hvad endelig angår spørgsmålet, om ejerskabet af særlige rettigheder som påstået af Den Portugisiske Republik skulle udgøre en grundlæggende rettighed, bemærkes, at de grundlæggende rettigheder hører til de almindelige retsgrundsætninger, som Domstolen skal beskytte, hvorved den lader sig inspirere af de fælles forfatningsmæssige traditioner i medlemsstaterne samt de internationale traktater om beskyttelse af

menneskerettighederne, som medlemsstaterne har været med til at udarbejde, eller som de har tiltrådt, herunder navnlig EMRK²⁶. Den Portugisiske Republik har på intet tidspunkt under denne sag påberåbt sig, at den påståede ret til at være indehaver af særlige rettigheder i en privatiseret virksomhed er omfattet af de fælles forfatningsmæssige traditioner i medlemsstaterne eller er indeholdt i blot ét internationalt instrument på området for beskyttelse af menneskerettigheder.

78. Henset til det ovenstående er jeg af den opfattelse, at tildelingen til staten af majoriteten af de omhandlede præferenceaktier i princippet udgør en restriktion som omhandlet i artikel 56, stk. 1, EF.

b) Om en eventuel begrundelse af restriktionerne

79. Det følger af fast retspraksis, at de frie kapitalbevægelser kan begrænses af nationale

25 — Jf. ovennævnte dom, præmis 16 og 24.

26 — Jf. i denne retning dom af 27.6.2006, sag C-540/03, Parlamentet mod Rådet, Sml. I, s. 5769, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis.

foranstaltninger, som er begrundet i de hensyn, der er nævnt i artikel 58 EF, eller i tvingende almene hensyn, forudsat at der ikke findes nogen fællesskabsretlig harmoniseringslovgivning, som indeholder de nødvendige foranstaltninger til beskyttelse af disse interesser²⁷.

80. I mangel af en sådan fællesskabsretlig harmonisering tilkommer det hver enkelt medlemsstat at fastlægge det beskyttelsesniveau, som den ønsker at sikre for disse legitime hensyn, samt den måde, hvorpå dette beskyttelsesniveau skal opnås, under overholdelse af traktaten og særligt under overholdelse af proportionalitetsprincippet, som kræver, at de vedtagne foranstaltninger er egnede til at virkeliggøre det formål, som de forfølger, og ikke går videre end nødvendigt med henblik på at virkeliggøre dette formål²⁸.

81. Det er Den Portugisiske Republiks opfattelse, at der i den foreliggende sag findes flere almene hensyn, som kan begrunde restriktionerne for de frie kapitalbevægelser, nemlig hensyn begrundet i den offentlige sikkerhed, behovet for at sikre opfyldelsen af forsyningspligten på telekommunikationsområdet, nødvendigheden af at sikre en vis konkurrence på telekommunikationsmarkedet og

nødvendigheden af at undgå en eventuel forstyrrelse på kapitalmarkedet.

82. Hvad angår de to sidstnævnte begrundelser, som Den Portugisiske Republik har påberåbt sig, bør Domstolen ikke foretage nogen dybdegående undersøgelse heraf, idet disse efter min opfattelse ikke engang udgør legitime målsætninger af almen interesse, som kan begrunde restriktioner for de frie kapitalbevægelser.

83. Hvad således for det første angår risikoen for at fremprovokere en forstyrrelse på kapitalmarkedet udgør denne et økonomisk hensyn, som i henhold til Domstolens faste praksis ikke kan udgøre en begrundelse for restriktioner, som traktaten forbyder²⁹.

84. Hvad for det andet angår målet om at sikre en vis konkurrence på det portugisiske telekommunikationsmarked – på hvilket der ifølge Den Portugisiske Republik ikke er fuld konkurrence, fordi Portugal Telecom fortsat bevarer ejerskabet af kabel- og kobbernettene samt al engros- og detailvirksomhed – bemærkes, at Domstolen allerede har fastslået, at interessen i at styrke konkurrencestrukturen generelt på et nærmere bestemt marked

27 — Jf. i denne retning bl.a. dommen i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 49, og dommen af 14.2.2008 i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 35.

28 — Jf. herved dom af 14.3.2000, sag C-54/99, *Église de scientologie*, Sml. I, s. 1335, præmis 18, dommen i sagen Kommissionen mod Belgien, præmis 45, og i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 49, samt dommen af 14.2.2008 i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 36.

29 — Jf. bl.a. dommen i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 52.

heller ikke gyldigt kan begrunde begrænsninger af de frie kapitalbevægelser³⁰.

85. Under alle omstændigheder må påstande, hvorefter bibeholdelsen af præferenceaktier, hvortil der er knyttet særlige rettigheder, i Portugal Telecom skulle være nødvendig for at virkeliggøre det nævnte mål, afvises, eftersom det efter min opfattelse ville være tilstrækkeligt, at Den Portugisiske Republik tillægger de kompetente regulerende myndigheder de nødvendige beføjelser³¹. Den Portugisiske Republik har i denne forbindelse ikke forklaret årsagerne til, at en sådan tildelelse af beføjelser ikke skulle være mulig.

86. Hvad angår de to gyldige begrundelser, nemlig henholdsvis hensynet til beskyttelsen af den offentlige sikkerhed og hensynet til at sikre forsyningspligten på telekommunikationsområdet, forekommer tildelingen til staten af præferenceaktier i Portugal Telecom mig hverken at være nødvendig eller at stå i rimeligt forhold til disse mål.

30 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 52, og i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 37, samt dommen af 14.2.2008 i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 44.

31 — Hvad desuden angår den indsigelse, der er rejst af Den Portugisiske Republik, hvorefter de nationale bestemmelser ikke gav denne myndighed tilstrækkelige kompetencer til at nå dette mål, vil jeg blot henvise til fast retspraksis, hvorefter en medlemsstat ikke kan påberåbe sig bestemmelser, former for praksis eller forhold i sin interne retsorden til støtte for, at forpligtelser i henhold til fællesskabsretlige regler ikke overholdes; jf. bl.a. dom af 20.11.2008, sag C-94/08, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 106*, summarisk offentliggørelse, præmis 21, og af 4.6.2009, sag C-568/07, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 4505, præmis 50.

87. For så vidt angår førstnævnte begrundelse bemærkes, at selv om det er ubestridt, at Portugal Telecom er ejer af omfattende telekommunikationsinfrastrukturer, som spiller en væsentlig rolle i tilfælde af krise, krig eller naturkatastrofer, følger det imidlertid af Domstolens faste praksis, at hensynet til den offentlige sikkerhed som en fravigelse af princippet om de frie kapitalbevægelser skal fortolkes indskrænkende og således kun kan påberåbes, når der foreligger en virkelig og tilstrækkeligt alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn³². Den portugisiske regering har på ingen måde ført bevis for, at den ordning med en forudgående administrativ tilladelse, som følger af ejerskabet af præferenceaktier i Portugal Telecom, kun vil blive anvendt i tilfælde af en »virkelig og tilstrækkeligt alvorlig« trussel mod et grundlæggende samfundshensyn.

88. Hvad angår kravet om at sikre forsyningspligten på telekommunikationsområdet kan Den Portugisiske Republiks ejerskab af præferenceaktier, hvortil der er knyttet særlige rettigheder, i Portugal Telecom ikke anses for en foranstaltning, der er nødvendig for at nå dette mål. Efter min mening kan de systemer for kompensation af omkostningerne i forbindelse med forsyningspligten på telekommunikationsområdet, som i hver medlemsstat er indført i overensstemmelse med

32 — Jf. bl.a. dommen af 13.5.2003 i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 72, og af 14.2.2008 i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 39.

den afledte fællesskabsret³³, på tilstrækkeligt effektiv vis sikre, at den forsyningspligt, som i den foreliggende sag påhviler Portugal Telecom, opfyldes. Desuden kan Den Portugisiske Republik ikke med rette og på sammenhængende vis gøre gældende, at præferenceaktierne tilsigter at forhindre, at en sådan forsyningspligt udelukkende er i hænderne på private aktionærer, når navnlig henses til, at det var helt frivilligt, at denne medlemsstat besluttede fuldt ud at privatisere Portugal Telecom.

89. Desuden er jeg af den opfattelse, at den omhandlede ordning, som Den Portugisiske Republik har indført, entydigt går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå de formål, der angiveligt forfølges.

90. Navnlig må Den Portugisiske Republiks påstand, hvorefter de særlige rettigheder, som den råder over, kan sidestilles med de særlige rettigheder, der var tillagt Kongeriget Belgien, hvilke rettigheder var genstand for den sag, der gav anledning til dommen i sagen Kommissionen mod Belgien, og som Domstolen

fastslog var forenelige med artikel 56 EF, afvises.

91. I sidstnævnte sag gav de særlige aktier, som Kongeriget Belgien ejede i selskaberne SNTC og Distrigaz, det en *efterfølgende veto* med hensyn til driftsbeslutninger, som var nøje opregnet, og kun i tilfælde af, at nationalpolitiske mål bragtes i fare. Desuden skulle udøvelsen af veto retten formelt begrundes og kunne gøres til genstand for en effektiv domstolsprøvelse³⁴.

92. I den foreliggende sag er der imidlertid, som jeg allerede har angivet, tale om en ordning med en forudgående administrativ tilladelse. Desuden omfatter denne forudgående tilladelse ikke et begrænset antal driftsbeslutninger, men derimod en lang række forskellige grundlæggende beslutninger vedrørende selskabet, herunder i visse tilfælde erhvervelse af selskabsandele, som overstiger grænsen på 10% af selskabskapitalen i Portugal Telecom. Statens udøvelse af de nævnte kompetencer i den foreliggende sag er ligeledes kun underlagt et krav om, at »nationale hensyn tilsiger det«³⁵. Desuden giver de relevante lovtekster, selv om det er korrekt, at det er muligt at indbringe spørgsmålet om statens udøvelse af veto retten for domstolene, ikke den nationale domstol tilstrækkeligt præcise kriterier til, at

33 — Jf. herved Kommissionens direktiv 96/19/EF af 13.3.1996 om ændring af direktiv 90/388/EØF for så vidt angår gennemførelse af liberaliseringen af markederne for tele tjenester (EFT L 74, s. 13) og Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/22/EF af 7.3.2002 om forsyningspligt og brugerrettigheder i forbindelse med elektroniske kommunikationsnet og -tjenester (forsyningspligtdirektivet) (EFT L 108, s. 51).

34 — Dommen i sagen Kommissionen mod Belgien, præmis 49-52.

35 — Jf. artikel 15, stk. 3, i rammeloven om privatisering.

den effektivt kan udøve en kontrol med statens skønsbeføjelse.

præferenceaktier, hvortil er knyttet særlige rettigheder, i den privatiserede virksomhed Portugal Telecom, udgør en restriktion for de frie kapitalbevægelser som omhandlet i artikel 56 EF.

93. Det er følgelig min opfattelse, at Den Portugisiske Republik ikke i denne sag kan påberåbe sig en analog anvendelse af dommen i sagen Kommissionen mod Belgien.

c) Spørgsmålet, om der foreligger begrænsninger af artikel 43 EF

94. Heraf følger, at Den Portugisiske Republik ikke har fremlagt noget bevis for, at de formål, som den har henvist til som begrundelse for indførelsen af den i denne sag omhandlede ordning med en forudgående administrativ tilladelse, ikke kunne nås ved mindre restriktive foranstaltninger, såsom navnlig en ordning med efterfølgende anmeldelse³⁶.

96. Kommissionen har anført, at tildelingen til den portugisiske stat af de nævnte aktier i Portugal Telecom ligeledes indebærer en tilsidesættelse af artikel 43 EF.

95. Henset til det ovenstående må det konkluderes, at de nationale bestemmelser (herunder henvisningen i de nationale bestemmelser til vedtægterne for Portugal Telecom), som tildeler Den Portugisiske Republik

97. Det følger af Domstolens praksis, at for så vidt som de omhandlede bestemmelser indebærer restriktioner for etableringsfriheden, er sådanne restriktioner en direkte følge af hindringerne for de frie kapitalbevægelser, som de er uøseligt forbundet med³⁷. Det er således ufornuddent at foretage en særskilt prøvelse af foranstaltningerne i lyset af traktatens bestemmelser om etableringsfriheden.

36 — Domstolen har således fastslået, at en ordning med efterfølgende anmeldelser generelt udgør en mindre restriktiv foranstaltning for udøvelsen af de frie kapitalbevægelser, forudsat at den bygger på objektive kriterier, der ikke er udtryk for forskelsbehandling, og som på forhånd er kendt af de berørte virksomheder, og at enhver person, der udsættes for en sådan restriktiv foranstaltning, skal kunne have retsmidler til rådighed; jf. dommen i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 50, dommen af 13.5.2003 i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 69, og dom af 17.7.2008, sag C-207/07, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 111*, summarisk offentliggørelse, præmis 48.

37 — Jf. bl.a. dommen i sagen Kommissionen mod Belgien, præmis 59, dom af 23.5.2000, sag C-58/99, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 3811, præmis 20, dommen af 13.5.2003 i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 86, og dommen i sagen Kommissionen mod Belgien, præmis 43.

VII – Forslag til afgørelse

98. Jeg foreslår herefter Domstolen at træffe følgende afgørelse:

- Den Portugisiske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 56 EF, idet den i Portugal Telecom SGPS SA har opretholdt særlige rettigheder for staten og andre offentlige enheder, tildelt i tilknytning til præferenceaktier, som staten ejer i Portugal Telecom SGPS SA.
- Den Portugisiske Republik tilpligtes at betale sagens omkostninger.«