

DOMSTOLENS DOM (Første Afdeling)

11. november 2010*

I sag C-543/08,

angående et traktatbrudssøgsmål i henhold til artikel 226 EF, anlagt den 4. december 2008,

Europa-Kommissionen ved G. Braun, P. Guerra e Andrade og M. Teles Romão, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

Den Portugisiske Republik ved L. Inez Fernandes, bistået af advogados C. Botelho Moniz og P. Gouveia e Melo,

sagsøgt, har

* Processprog: portugisisk.

DOMSTOLEN (Første Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, A. Tizzano, og dommerne A. Borg Barthet, M. Ilešič, M. Safjan og M. Berger (refererende dommer),

generaladvokat: P. Cruz Villalón
justitssekretær: ekspeditionssekretær M. Ferreira,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 22. april 2010,

og idet Domstolen efter at have hørt generaladvokaten har besluttet, at sagen skal pådømmes uden forslag til afgørelse,

afsagt følgende

Dom

- ¹ Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har i stævningen 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 EDP — Energias de Portugal (herefter »EDP«) har opretholdt særlige rettigheder for staten tildelt i tilknytning til præferenceaktier (»golden shares«), som denne stat ejer i EDP.

Retsforskrifter

Nationale bestemmelser

- 2 Artikel 13, stk. 2, i lov nr. 11/90 om rammelov for privatisering (Lei n.o 11/90, Lei Quadro das Privatizações) af 5. april 1990 (*Diário da República* I, serie A, nr. 80, af 5.4.1990, herefter »LQP«) har følgende ordlyd:

»Ved de genprivatiseringer, der finder sted ved offentligt udbud, udbud på en fondsbørs eller ved offentlig tegning, må ingen fysisk eller juridisk enhed erhverve eller tegne mere end en bestemt procentdel af den kapital, som skal genprivatiseres, hvilken procentdel også fastsættes i de bestemmelser, der henvises til i artikel 4, stk. 1, idet overtrædelse heraf, afhængig af hvad der er fastsat, medfører tvunget salg af det antal aktier, som overskrider grænsen, fortabelse af stemmerettigheder for disse aktier eller ugyldighed.«

- 3 Lovdekreterne om gennemførelsen af genprivatiseringen af EDP, særligt lovdekret nr. 78-A/97 af 7. april 1997 om godkendelse af den første etape i genprivatiseringsprocessen for EDP — Electricidade de Portugal SA's selskabskapital (*Diário da República* I, serie A, nr. 81, af 7.4.1997), nr. 94-C/98 af 17. april 1998, om godkendelse af tredje etape i genprivatiseringsprocessen for EDP — Electricidade de Portugal SA's selskabskapital (*Diário da República* I, serie A, nr. 90, af 17.4.1998), og nr. 141/2000 af 15. juli 2000 om godkendelse af fjerde etape i genprivatiseringsprocessen for

EDP — Electricidade de Portugal SA's selskabskapital (*Diário da República* I, serie A, nr. 162, af 15.7.2000), hver i artikel 9, stk. 1, bestemmer:

»Ingen fysisk eller juridisk enhed må inden for rammerne af de i dette lovdekret foreskrevne transaktioner erhverve aktier, som repræsenterer en større andel af EDP's selskabskapital end 5%, og tilbud om erhvervelser, der overskrider denne grænse, nedsættes hertil.«

⁴ I henhold til artikel 384, stk. 2, i den portugisiske erhvervslovslov (herefter »CSC«) kan disse selskabers vedtægter:

»a) bestemme, at et bestemt antal aktier kun skal give ret til én stemme, forudsat at alle selskabets udstedte aktier tages i betragtning, og at der gives mindst én stemme for hver 1 000 EUR i selskabskapital

b) bestemme, at stemmerettigheder, der overstiger et bestemt antal, ikke tælles med, hvis stemmerne afgives af én aktionær i eget navn eller ligeledes som repræsentant for en anden aktionær«.

5 Samme artikel 384, stk. 3, bestemmer:

»Den i foregående stykke, litra b), tilladte begrænsning vedrørende antallet af stemmer kan fastsættes for alle aktier eller udelukkende for aktier i en eller flere aktieklasser, men ikke for bestemte aktionærer.«

6 LQP's artikel 15, stk. 3, giver mulighed for at udstede præferenceaktier. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

»De bestemmelser, der er henvist til i artikel 4, stk. 1, [om godkendelse af vedtægterne for den virksomhed, som skal privatiseres eller omdannes til et aktieselskab], kan desuden undtagelsesvis, når nationale hensyn tilsiger det, foreskrive, at der skal udstedes præferenceaktier, som skal forblive statens ejendom, og som uanset deres antal giver staten en vetoet med hensyn til vedtægtsændringer og andre beslutninger vedrørende bestemte områder, som er nærmere afgrænset i vedtægterne.«

7 Artikel 13, stk. 1, i lovdekret nr. 141/2000 bestemmer med hensyn til statens særlige rettigheder:

»Hvis staten er aktionær i selskabet, kan de nedenfor anførte beslutninger — uafhængigt af antallet af aktier, som staten besidder, direkte eller indirekte via offentlige

- 9 Artikel 13, stk. 2, og 3, i lovdekret nr. 141/2000 bestemmer for så vidt angår statens særlige rettigheder:

»2. Så længe staten er aktionær som omhandlet i foregående stykke, har den, hvis den stemmer imod det vindende forslag ved valg af direktionsmedlemmer, ydermere ret til at udpege et direktionsmedlem, som automatisk erstatter den person på den vindende liste, som har fået færrest stemmer, eller, i tilfælde af stemmelighed, den, som forefindes sidst på denne liste.

3. De rettigheder, som staten tildeles i henhold til det foregående stykke, har forrang for de tilsvarende rettigheder, som minoritetsaktionærer har i henhold til artikel 392 i [CSC].«

- 10 Artikel 10 i lovdekret nr. 218-A/2004 af 25. oktober 2004 om godkendelse af femte etape i genprivatiseringsprocessen for EDP — Electricidade de Portugal SA's selskabskapital (*Diário da República* I, serie A, nr. 251 af 25.10.2004), og artikel 6 i lovdekret nr. 209-A/2005 af 2. december 2005 om godkendelse af sjette etape i genprivatiseringsprocessen for EDP — Energias de Portugal SA's selskabskapital (*Diário da República* I, serie A, nr. 231, af 2.12.2005), opretholder udtrykkeligt den portugisiske stats særlige rettigheder.

EDP's vedtægter

11 Artikel 4, stk. 4, i EDP's vedtægter bestemmer:

»Aktierne i klasse B er aktier, der skal genprivatiseres, og hvis eneste præference er, at de aktionærer, der besidder disse aktier, eller som stemmer på vegne deraf, ikke er underlagt den begrænsning i antallet af stemmer, som er foreskrevet i artikel 14, stk. 3 ff., om disse aktier.«

12 Artikel 14, stk. 2 og 3, i samme vedtægter har følgende ordlyd:

»2. Hver aktie giver ret til én stemme.

3. Der bortses fra stemmer fra aktieklasser A, der afgives af én aktionær i eget navn eller som repræsentant for en anden aktionær, i det omfang de overstiger 5% af det antal stemmer, der svarer til den samlede selskabskapital.«

13 Artikel 17, stk. 2, har følgende ordlyd:

»Før vedtagelsen af selskabets strategiske plan og før selskabets eller EDP-kontrollede selskabers gennemførelse af de nedenfor anførte transaktioner skal der indhentes en positiv tilkendegivelse fra bestyrelsen:

- a) erhvervelse eller afståelse af goder, rettigheder eller selskabsandele af væsentlig økonomisk værdi

- b) finansiering af væsentlig værdi

- c) åbning eller lukning af forretningssteder eller væsentlige dele af forretningssteder, og væsentlig udvidelser eller indskrænkninger i virksomheden

- d) andre forhold eller transaktioner af væsentlig økonomisk eller strategisk værdi

- e) indgåelse eller ophør af strategiske partnerskaber eller andre varige former for samarbejde

- 16 Den 18. oktober 2006 fremsendte Kommissionen en åbningsskrivelse til Den Portugisiske Republik, hvorved den foreholdt denne at have tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 43 EF og 56 EF under henvisning til, at staten og andre offentlige aktionærer ejede præferenceaktier, hvortil der er knyttet særlige rettigheder, i EDP's selskabskapital, herunder en vetoret vedrørende visse af selskabets aktionærers generalforsamlingsbeslutninger og retten til at udpege et direktionsmedlem, i tilfælde af at staten har stemt imod det vindende forslag ved valg af direktionsmedlemmer, samt statens undtagelse fra det loft på 5%, der er fastsat vedrørende stemmeafgivelse.
- 17 Da Kommissionen ikke fandt Den Portugisiske Republiks svar af 18. december 2006 tilfredsstillende, fremsatte den den 29. juli 2007 en begrundet udtalelse, hvori den gentog åbningsskrivelsens anbringender og opfordrede denne medlemsstat til at efterkomme udtalelsen inden for en frist på to måneder fra modtagelsen heraf.
- 18 De portugisiske myndigheder besvarede denne begrundede udtalelse ved skrivelse af 30. oktober 2007. Da Kommissionen ikke var tilfreds med dette svar, anlagde den nærværende sag.

Formaliteten

Parternes argumenter

- ¹⁹ Den Portugisiske Republik har i duplikken anført, at sagen delvist bør afvises, idet Kommissionen i replikken har påberåbt sig et nyt retligt anbringende, som går ud på, at det i artikel 13, stk. 1, i lovdekret nr. 141/2000 omhandlede direktionsmedlem har bemyndigelse til at bekræfte beslutninger truffet af EDP's generalforsamling i henhold til LQP's artikel 15, hvilket er det samme som at fremføre et nyt klagepunkt vedrørende denne medlemsstats tilsidesættelse af sine forpligtelser på dette fremskredne stade af proceduren. Dette klagepunkt bør afvises.

Domstolens bemærkninger

- ²⁰ Det bemærkes herved for det første, at en part ikke under sagens behandling kan ændre søgsmålets genstand, og at prøvelsen af sagens realitet alene kan ske på grundlag af den i stævningen nedlagte påstand (jf. bl.a. dom af 25.9.1979, sag 232/78, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 2729, præmis 3, af 6.4.2000, sag C-256/98, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 2487, præmis 31, og af 4.5.2006, sag C-508/03, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. I, s. 3969, præmis 61).

- 21 Kommissionen skal i øvrigt i ethvert søgsmål i medfør af artikel 258 TEUF i henhold til artikel 21 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol og artikel 38, stk. 1, litra c), i Domstolens procesreglement præcist angive de klagepunkter, som Domstolen skal tage stilling til, og i alt fald kort angive de retlige og faktiske forhold, som klagepunkterne støttes på (jf. i denne retning dom af 31.3.1992, sag C-52/90, Kommissionen mod Danmark, Sml. I, s. 2187, præmis 17, dommen i sagen Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, præmis 62, og dom af 3.6.2010, sag C-487/08, Sml. I, s. 4843, præmis 71).
- 22 Det bemærkes, at Kommissionen klart har anført i stævningen, at den foreholdt Den Portugisiske Republik, at den portugisiske stat og andre offentlige aktionærer besad præferenceaktier i EDP's selskabskapital med særlige rettigheder, nemlig en vetoret i forhold til visse af selskabets beslutninger, retten til at udpege et direktionsmedlem, hvis staten havde stemt imod det vindende forslag ved valget af direktionsmedlemmer, samt undtagelsen fra stemmeloftet på 5%, som er foreskrevet for stemmeafgivelse. Ved ligeledes at påberåbe sig de forpligtelser, som medlemsstaterne har i henhold til artikel 43 EF og 56 EF, og som Kommissionen finder, at Den Portugisiske Republik har tilsidesat, har Kommissionen således tilstrækkeligt præcist defineret sagens genstand.
- 23 Det er korrekt, at det først er i replikken, at Kommissionen for første gang har påberåbt sig LQP's artikel 15, stk. 1, og de deri indeholdte bestemmelser. Det fremgår imidlertid af sagsakterne, at Kommissionen i modsætning til det af Den Portugisiske Republik anførte ikke i sin replik har hævdet, at den portugisiske stat besidder en ny, særlig bemyndigelse, men Kommissionen har som et yderligere argument for berettigelsen af dens klagepunkt henvist til en anden rettighed, som denne stat nyder godt af. Den omstændighed, at Kommissionen har gjort mere detaljeret rede for et klagepunkt, som den mere generelt allerede havde gjort gældende i stævningen, har således ikke ændret genstanden for det påståede traktatbrud og har derfor ikke haft nogen indflydelse på sagens omfang (jf. dom af 27.11.2003, sag C-185/00, Kommissionen

mod Finland, Sml. I, s. 14189, præmis 84-87, og af 8.7.2010, sag C-171/08, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 6817, præmis 29).

- ²⁴ Det følger af det ovenstående, at den af Den Portugisiske Republik rejste formalitetsindsigelse skal forkastes.

Om realiteten

Om tilstedeværelsen af restriktioner

Parternes argumenter

- ²⁵ Kommissionen har for det første gjort gældende, at udstedelsen af præferenceaktier i EDP's selskabskapital ikke er en følge af en almindelig anvendelse af selskabsretten og under alle omstændigheder er en statslig foranstaltning, der falder ind under artikel 56 EF og artikel 43, stk. 1, EF.
- ²⁶ Kommissionen anfører i den henseende, at de særlige rettigheder, som disse aktier er forsynet med, skal anses for at være handlinger, der er et resultat af offentlig

myndighedsudøvelse, og ikke som handlinger af privat karakter. Vetoretten og retten til at udpege et direktionsmedlem er således foreskrevet ved lov og er umiddelbart gældende. Uafhængigt af hvilket antal aktier den portugisiske stat besidder, det være sig direkte eller indirekte, kan den udøve disse særlige rettigheder, som har forrang for minoritetsaktionærernes særlige rettigheder. Hvad angår stemmeloftet følger dets karakter af en statslig foranstaltning ifølge Kommissionen af den omstændighed, at staten for det første har indført den bestemmelse i EDP's vedtægter, som fastsætter stemmeloftet for hver aktionær, og har tildelt sig selv en undtagelse derfra, og for det andet efterfølgende ved lov har fastsat den særlige vetoret, som omhandler beslutninger om ændringer af disse samme vedtægter.

- 27 For så vidt angår de restriktioner, som er forbudt ved artikel 56 EF og 43 EF, har Kommissionen vedrørende vetoretten anført, at denne hindrer og begrænser aktionærernes ret til faktisk at deltage i driften af og kontrollen med EDP i forhold til værdien af de aktier, de besidder, idet sidstnævnte fratages muligheden for at træffe beslutninger om virksomhedens strategiske ledelse og om ændringer i virksomhedens ejendom. Derudover hindrer denne rettighed ligeledes de frie kapitalbevægelser og etableringsfriheden, i det omfang den kan påvirke investeringer foretaget som finansielle investeringer og vil kunne afholde investorer fra andre medlemsstater fra at foretage sådanne investeringer.

- 28 Kommissionen har for det andet gjort gældende, at den vetoret, der er tilknyttet den portugisiske stats præferenceaktier, skal forstås som en godkendelsesordning og således som en ordning, der hindrer etableringsfriheden. LQP indeholder intet kriterium for udøvelsen af vetoretten, selv om en sådan ordning efter Kommissionens opfattelse skal være baseret på objektive kriterier, der er kendt på forhånd af de pågældende virksomheder.

- 29 Med hensyn til statens ret til at udpege et direktionsmedlem er Kommissionen af den opfattelse, at denne ret ligeledes udgør en restriktion, der er i strid med artikel 56 EF og 43 EF, i det omfang den udgør en hindring for direkte investeringer, da denne særlige ret fraviger de almindelige selskabsretlige regler, idet den alene er indført til fordel for offentlige aktører ved en national lovgivningsmæssig foranstaltning. Kommissionen kan ikke tiltræde Den Portugisiske Republiks argumentation, hvorefter statens ret til at udpege et direktionsmedlem i henhold til en opdateret fortolkning af CSC ikke i sidste instans bør forstås som sådan, men som en ret til at udpege et medlem af virksomhedens bestyrelse (herefter »bestyrelsen«), og dermed en tilsynsførende. Kommissionen henviser herved til artikel 17, stk. 2, i EDP's vedtægter, hvorefter væsentlige strategiske beslutninger og ændringer af vedtægterne under alle omstændigheder er afhængige af en positiv tilkendegivelse fra bestyrelsen.
- 30 Med hensyn til begrænsningen af antallet af stemmer, som almindelige aktionærer kan afgive, til 5% af EDP's selskabskapital, som ikke finder anvendelse på de præferencaktier, som den portugisiske stat besidder, er Kommissionen af den opfattelse, at en sådan lovgivning hindrer muligheden for faktisk at deltage i en virksomheds ledelse eller kontrollen med virksomheden og vil kunne afskrække investorer fra andre medlemsstater fra at erhverve aktier i den omhandlede virksomhed.
- 31 Den Portugisiske Republik har bestridt det påståede traktatbrud i sin helhed, idet den indledningsvis har gjort gældende, at de omhandlede nationale bestemmelser ikke er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 43 EF og 56 EF, idet de hverken har til følge eller til formål at udgøre en direkte og væsentlig hindring for direkte investorers eller porteføljeinvestorers adgang til EDP's selskabskapital. De særlige rettigheder, som den portugisiske stat har, påvirker hverken direkte eller i væsentlig grad adgangen til at investere i dette selskab, og de kan således ikke have til følge at afskrække hverken porteføljeinvesteringer eller direkte investeringer foretaget af investorer eller virksomheder, det være sig nationale eller udenlandske. I øvrigt har Kommissionen

ikke løftet den bevisbyrde, som påhviler den i henhold til artikel 226 EF, idet den ikke fremlagt nogen analyse af disse særlige rettigheders virkninger på de beslutninger, som investorer, der er etableret i Den Europæiske Union, træffer, og på deres incitamerter.

- 32 De portugisiske myndigheder er af den opfattelse, at rækkevidden af begrebet »restriktiv foranstaltning« i forhold til de frie kapitalbevægelser og etableringsretten bør præciseres, idet nationale foranstaltninger, der finder anvendelse uden forskel på nationale investorer og investorer fra andre medlemsstater, kun kan udgøre restriktive foranstaltninger i henhold til artikel 43 EF og 56 EF, hvis de direkte og væsentligt påvirker investorernes adgang til markedet. Medlemsstaten har derfor anmodet Domstolen om at fortolke begrebet restriktion for de frie kapitalbevægelser og etableringsretten i lyset af dom af 24. november 1993, Keck og Mithouard (forenede sager C-267/91 og C-268/91, Sml. I, s. 6097) om bestemte former for salg og frie varebevægelser.
- 33 Med hensyn til stemmeloftet på 5% og dets karakter af en statslig foranstaltning har Den Portugisiske Republik anført, at den pågældende bestemmelse, som forefindes i EDP's vedtægter, ikke er en statslig foranstaltning, men en privatretlig retsakt, som ikke hører under anvendelsesområdet for artikel 43 EF og 56 EF.
- 34 Den Portugisiske Republik har endelig anfægtet Kommissionens analyse vedrørende vetoretten, hvorefter denne særlige rettighed udgør en ordning med forudgående godkendelse, som hindrer og begrænser aktionærernes ret til faktisk at deltage i driften af og kontrollen med selskabet i forhold til de aktier, de besidder, eller til at træffe beslutninger om den strategiske ledelse. De omhandlede nationale bestemmelser giver kun den portugisiske stat vetoret med hensyn til generalforsamlingsbeslutninger, der på grundlæggende vis ændrer EDP's struktur, og som derfor truer landets energiforsyningssikkerhed, og kun under streng hensyntagen til offentlighedens interesse i

beskyttelsen af denne forsyningsikkerhed. Denne ret fratager således ikke aktionærerne retten til at træffe beslutninger om den strategiske ledelse.

- ³⁵ Med hensyn til den portugisiske stats ret til at udpege et direktionsmedlem har Den Portugisiske Republik fremhævet den omstændighed, at denne rettighed efter en ændring af CSC i 2006 skal forstås som en mulighed for at udnævne et medlem af bestyrelsen og ikke et direktionsmedlem, således som Kommissionen fejlagtigt har anført. I virkeligheden har staten ikke en afgørende indflydelse på EDP's direktion, idet kun én enkelt repræsentant og én enkelt stemme er tildelt staten i et kollegialt tilsynsorgan som bestyrelsen, og staten begrænser således ikke de andre aktionærers faktiske deltagelse i driften af eller kontrollen med selskabet. Ifølge denne medlemsstat kan denne rettighed under alle omstændigheder ikke have nogen indflydelse på interessen for at erhverve en finansiel andel eller en kvalificeret andel i EDP's selskabskapital blandt nationale virksomheder eller virksomheder etableret i andre medlemsstater.
- ³⁶ Som svar på disse anbringender i Den Portugisiske Republiks svarskrift har Kommissionen, idet den henviser til dom af 13. maj 2003, Kommissionen mod Spanien (sag C-463/00, Sml. I, s. 4581), gjort gældende, at den retspraksis, der kan udledes af dommen i sagen Keck og Mithouard, ikke nødvendigvis finder anvendelse.
- ³⁷ Den Portugisiske Republik har endvidere i sin duplik anført, at de i den nærværende sag omtvistede nationale bestemmelser udelukkende skal vurderes i lyset af artikel 43 EF og ikke i forhold til artikel 56 EF. Idet den henviser til dom af 26 marts 2009, Kommissionen mod Italien (sag C-326/07, Sml. I, s. 2291), har den anført, at de særlige rettigheder, som staten besidder, kun vil kunne berøre aktionærer, som råder over en sådan andel af EDP's selskabskapital, at de derved har en klar indflydelse på selskabets

drift. Selv hvis det antages, at de omhandlede bestemmelser vil kunne have en restriktiv virkning for de frie kapitalbevægelser, hvilket denne medlemsstat anfægter, ville en sådan virkning være både hypotetisk og yderst begrænset, og en sådan virkning ville blot være en uundgåelig konsekvens af en eventuel hindring for etableringsfriheden og vil ikke kunne begrunde en selvstændig undersøgelse af de omtvistede nationale bestemmelser i henhold til artikel 56 EF.

- ³⁸ Den Portugisiske Republik har endvidere gjort gældende, at Kommissionen, idet den ikke har foretaget nogen analyse af de nævnte nationale bestemmelser med hensyn til de af den portugisiske stat på grundlag af artikel 86, stk. 2, EF fremførte anbringender, langt fra har løftet den bevisbyrde, som påhviler den i henhold til artikel 226 EF og artikel 86, stk. 2, EF.

Domstolens bemærkninger

— Om anvendeligheden af artikel 56 EF og 43 EF

- ³⁹ Kommissionen er af den opfattelse, at det påtalte traktatbrud skal undersøges på grundlag af såvel artikel 56 EF om de frie kapitalbevægelser som artikel 43 EF om etableringsfriheden. Den Portugisiske Republik har derimod gjort gældende, at de i denne sag omtvistede nationale bestemmelser udelukkende skal undersøges i lyset af artikel 43 EF og ikke på grundlag af artikel 56 EF.

- 40 Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt en national lovgivning henhører under den ene eller den anden af disse grundlæggende friheder, følger det af fast retspraksis, at det er nødvendigt at inddrage formålet med den pågældende lovgivning (jf. bl.a. dom af 24.5.2007, sag C-157/05, Holböck, Sml. I, s. 4051, præmis 22, og dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 33).
- 41 Nationale bestemmelser, der finder anvendelse på det forhold, at en statsborger i en medlemsstat ejer en andel af kapitalen i et selskab med hjemsted i en anden medlemsstat, der giver ham mulighed for at udøve en klar indflydelse på beslutningerne i dette selskab og for at træffe afgørelse om selskabets drift, er omfattet af det materielle anvendelsesområde for artikel 43 EF's bestemmelser om etableringsfriheden (jf. bl.a. dom af 13.4.2000, sag C-251/98, Baars, Sml. I, s. 2787, præmis 22, og dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 34).
- 42 Det er bl.a. direkte investeringer, dvs. investeringer af enhver art foretaget af fysiske eller juridiske personer, som har til formål at etablere eller opretholde varige og direkte forbindelser mellem investoren og den virksomhed, for hvilken disse midler er bestemt med henblik på udøvelse af erhvervsvirksomhed, der er omfattet af bestemmelserne i artikel 56 EF om de frie kapitalbevægelser. Dette formål forudsætter, at de aktier, der indehaves af aktionæren, giver denne mulighed for faktisk deltagelse i selskabets drift eller i kontrollen hermed (jf. bl.a. dom af 23.10.2007, sag C-112/05, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 8995, præmis 18 og den deri nævnte retspraksis, og dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 35).
- 43 En national lovgivning, der ikke kun finder anvendelse på kapitalinteresser, der giver mulighed for at udøve en klar indflydelse på beslutningerne i et selskab og træffe afgørelse om dets drift, men som finder anvendelse, uanset hvor stor en andel aktionæren besidder af kapitalen i et selskab, kan henhøre under såvel artikel 43 EF som artikel 56 EF (dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 36).

- 44 Det må konstateres, at det i denne traktatbrudssag ikke kan udelukkes, at de omtvistede nationale bestemmelser kan påvirke alle aktionærer og potentielle investorer og ikke kun aktionærer, der er i stand til at udøve en klar indflydelse på driften af og kontrollen med EDP. De omtvistede bestemmelser skal derfor undersøges i forhold til såvel artikel 56 EF som artikel 43 EF.

— Om tilsidesættelsen af forpligtelserne i henhold til artikel 56

- 45 Det skal indledningsvis bemærkes, at artikel 56, stk. 1, EF ifølge fast retspraksis indeholder et generelt forbud mod restriktioner for kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne (jf. bl.a. dom af 28.9.2006, forenede sager C-282/04 og C-283/04, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 9141, præmis 18 og den deri nævnte retspraksis, dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 17, og dommen i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 48).
- 46 I mangel af en definition i traktaten af begrebet »kapitalbevægelser« i artikel 56, stk. 1, EF har Domstolen anerkendt, at nomenklaturen for kapitalbevægelser i 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) har vejledende værdi. Domstolen har således fastslået, at navnlig såkaldte »direkte« investeringer, dvs. investeringer ved erhvervelse af kapitalinteresser i en virksomhed i form af aktiebesiddelse, som giver mulighed for faktisk at deltage i driften af og kontrollen med virksomheden, og såkaldte »porteføljeinvesteringer«, dvs. 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, udgør kapitalbevægelser i den forstand, hvori begrebet er anvendt i artikel 56, stk. 1, EF (jf. dommen i sagen Kommissionen

mod Nederlandene, præmis 19 og den deri nævnte retspraksis, dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 18, og dommen i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 49).

- ⁴⁷ Domstolen har fastslået, at når det drejer sig om disse to former for investeringer, skal nationale foranstaltninger, som kan hindre eller begrænse erhvervelsen af aktier i de omhandlede virksomheder, eller som kan afholde investorer fra andre medlemsstater fra at investere i disse virksomheders kapital, anses for »restriktioner« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 56, stk. 1, EF (jf. domme af 4.6.2002, sag C-367/98, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 4731, præmis 45, og sag C-483/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 4781, præmis 40, dommen af 13.5.2003 i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 61 og 62, dom af 13.5.2003, sag C-98/01, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. I, s. 4641, præmis 47 og 49, og af 2.6.2005, sag C-174/04, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 4933, præmis 30 og 31, samt dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 20, dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 19, og dommen af 8.7.2010 i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 50).
- ⁴⁸ Den Portugisiske Republik har for så vidt angår stemmeloftet på 5% bestridt, at artikel 14, stk. 3, i EDP's vedtægter har karakter af en national foranstaltning i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i den i foregående præmis nævnte retspraksis, idet den har påberåbt sig den private karakter af disse vedtægter. De portugisiske myndigheder har derfor gjort gældende, at den omtvistede bestemmelse ikke udgør en statslig foranstaltning og ikke hører under anvendelsesområdet for artikel 43 EF og 56 EF.
- ⁴⁹ Det bemærkes i den henseende, at det ganske vist er klart, at CSC kun tilsigter at give mulighed for at indføre en begrænsning af stemmeretten for aktier i en bestemt aktieklasse i EDP's vedtægter, og at det netop er i kraft af dette selskabs vedtægter, at disse aktier blev indført og tildelt den portugisiske stat.

- 50 Det er imidlertid ikke desto mindre således, som det også fremgår af sagsakterne, at denne bestemmelse i EDP's vedtægter blev vedtaget før gennemførelsen af den første etape i privatiseringen af EDP, hvilket vil sige på et tidspunkt, hvor den portugisiske stat ejede en væsentlig majoritet af EDP's selskabskapital. Efter fastsættelsen af stemmeloftet og på et tidspunkt, hvor denne stat stod over for at skulle beholde en mindre stor del af selskabskapitalen, fastsatte den ved LQP's artikel 15, stk. 3, en særlig vektor for sig selv, som bl.a. finder anvendelse ved beslutninger om ændringer af selskabets vedtægter. Aktionærerne kan således ikke længere fjerne den i vedtægternes artikel 14, stk. 3, fastsatte bestemmelse om stemmeloft uden statens tilsagn.
- 51 På denne baggrund bemærkes, at det er Den Portugisiske Republik selv, der for det første via sin lovgivende myndighed har tilladt udstedelsen af præferenceaktier som del af EDP's selskabskapital, og for det andet som offentlig myndighed i henhold til LQP's artikel 15, stk. 3, har besluttet at indføre præferenceaktier som del af selskabskapitalen, at tildele dem til staten og at fastsætte de særlige rettigheder, som de giver.
- 52 Det bemærkes desuden, at udstedelsen af disse præferenceaktier ikke er resultatet af en almindelig anvendelse af selskabsretten, idet aktierne som en undtagelse fra CSC's bestemmelser er bestemt til at forblive statens ejendom og således ikke kan overdrages.
- 53 Den portugisiske stats undtagelse fra stemmeloftet på 5% skal derfor tilskrives staten og falder følgelig ind under anvendelsesområdet for artikel 56, stk. 1, EF.

- 54 Hvad angår den restriktive karakter af den portugisiske stats ejerskab af præferenceaktier med særlige rettigheder i EDP's selskabskapital, som er fastsat i den nationale lovgivning, delvist sammenholdt med selskabets vedtægter, bemærkes, at sådanne aktier kan afholde erhvervsdrivende i andre medlemsstater fra at investere i sidstnævntes kapital.
- 55 For så vidt angår vetoretten fremgår det af artikel 13, stk. 1, i lovdekret nr. 141/2000, at vedtagelsen af et betydeligt antal af væsentlige beslutninger vedrørende EDP er underlagt den portugisiske stats samtykke. Det skal i den henseende præciseres, at sidstnævntes stemme bl.a. kræves for enhver beslutning om ændring af EDP's vedtægter, således at den portugisiske stats indflydelse i selskabet ikke kan mindskes, uden at staten selv giver sit samtykke hertil.
- 56 Derfor kan denne vetoret, i det omfang den giver denne stat en indflydelse på driften af og kontrollen med EDP, som ikke kan begrundes i omfanget af den andel, som den har i selskabet, afholde erhvervsdrivende i andre medlemsstater fra at foretage direkte investeringer i EDP, i det omfang de ikke kan deltage i driften af og kontrollen med selskabet i forhold til deres andeles værdi (jf. bl.a. dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 50-52, og dommen af 8.7.2010 i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 60).
- 57 Den omtvistede vetoret kan ligeledes have en hæmmende virkning på porteføljeinvesteringer i EDP, for så vidt som den portugisiske stats eventuelle nægtelse af at godkende en vigtig beslutning, som af dette selskabs organer er betegnet som værende i selskabets interesse, nemlig kan påvirke værdien af selskabets aktier og følgelig interessen for at investere i sådanne aktier (jf. i denne retning dommen i sagen

Kommissionen mod Nederlandene, præmis 27, og dommen af 8.7.2010 i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 61).

- 58 Det bemærkes med hensyn til den begrænsning til et loft på 5%, der, undtagen for den portugisiske stat, som ikke er underlagt denne begrænsning, gælder for aktionærernes udøvelse af den stemmeret, der er knyttet til deres almindelige aktier, at den til aktierne knyttede stemmeret er et af de væsentligste midler for en aktionær til aktivt at deltage i driften af en virksomhed eller kontrollen hermed. Som følge heraf vil enhver foranstaltning, der tilsigter at hindre udøvelsen af disse rettigheder eller at underkaste dem betingelser, kunne afskrække investorer fra andre medlemsstater fra at erhverve selskabsandele i de omhandlede selskaber og udgør en hindring for de frie kapitalbevægelser (jf. dom af 14.2.2008, sag C-274/06, Kommissionen mod Spanien, præmis 24). Derudover er et stemmeloft et instrument, der kan begrænse de direkte investorers mulighed for at deltage i selskabet med henblik på at etablere eller opretholde varige og direkte økonomiske forbindelser med dette selskab, som giver mulighed for faktisk deltagelse i driften af eller kontrollen med selskabet, hvilket begrænser interessen i at erhverve en andel i et selskabs kapital (dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 54).
- 59 For så vidt angår retten til at udpege et direktionsmedlem gør Den Portugisiske Republik for det første gældende, at denne ret, som er foreskrevet i LQP's artikel 15, stk. 1, og artikel 13, stk. 2 og 3, i lovdekret nr. 141/2000, i henhold til en opdateret fortolkning af CSC bør anses for at give mulighed for at udpege et medlem af bestyrelsen og dermed en tilsynsførende. Kommissionen har anfægtet denne udlægning.
- 60 Den Portugisiske Republiks argumentation kan ikke tiltrædes. Selv hvis det antages, at en sådan »opdateret« fortolkning skulle være korrekt, har denne medlemsstat ikke ført bevis for denne fortolkning, som anfægtes af Kommissionen. Denne fortolkning

har for det første ingen støtte i ordlyden af de i den foregående præmis nævnte tekster. Således foreskriver såvel LQP's artikel 15, stk. 1, som artikel 13, stk. 2 og 3, i lovdekret nr. 141/2000 udtrykkeligt udpegning af et direktionsmedlem og ikke af en tilsynsførende. For det andet har denne medlemsstat ikke påvist, hvorfor ændringen af visse bestemmelser i CSC, som fastsætter retsregler for portugisiske erhvervsdrivende selskaber, nødvendigvis har til følge, at den i disse bestemmelser indeholdte mulighed for at udpege et »direktionsmedlem« skal forstås som muligheden for at udpege en »tilsynsførende«, når bestemmelserne omhandler privatiseringer i bl.a. energisektoren og dermed henhører under offentlig ret, uden at disse bestemmelsesordlyd udtrykkeligt er blevet ændret.

⁶¹ Den omstændighed, at bestyrelsen ikke er et beslutningsorgan, men et kontrolorgan, ændrer ikke ved de pågældende offentlige aktørers position og indflydelse. Selv om portugisisk selskabsret overlader det til dette organ at kontrollere selskabets drift, tildeler den nemlig organet vigtige kompetencer med henblik på varetagelse af denne opgave. Desuden er bestyrelsens godkendelse — som påpeget af Kommissionen — i henhold til artikel 17, stk. 2, i EDP's vedtægter nødvendig for et vist antal transaktioner, herunder såvel erhvervelse og afståelse af goder, rettigheder eller selskabsandele af væsentlig økonomisk værdi som åbning eller lukning af forretningssteder eller væsentlige dele af forretningssteder, indgåelse eller ophør af strategiske partnerskaber eller andre varige former for samarbejde, spaltning, fusion eller omdannelse, samt ændringer af selskabets vedtægter, herunder ændring af selskabets hjemsted eller kapitalforøgelse (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 65).

⁶² Efter denne præcisering bemærkes det, at retten til at udpege et direktionsmedlem udgør en hindring for de frie kapitalbevægelser, i det omfang en sådan særlig ret udgør en undtagelse fra de almindelige selskabsretlige regler, som alene er indført til fordel for offentlige aktører ved en national lovgivningsmæssig foranstaltning (jf. dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 61). Selv om det er korrekt, at denne ret

kan tildeles ved lov som en ret for et kvalificeret mindretal, må det bemærkes, at en sådan ret i så tilfælde skal være tilgængelig for alle aktionærerne og ikke udelukkende kan være forbeholdt staten.

- 63 Ved at begrænse muligheden for andre aktionærer end den portugisiske stat for at deltage i selskabet med henblik på at etablere eller opretholde varige og direkte økonomiske forbindelser med dette selskab, som giver mulighed for faktisk deltagelse i driften af eller kontrollen med selskabet, kan den i LQP's artikel 15, stk. 1, og i artikel 13, stk. 2 og 3, i lovdekret nr. 141/2000 foreskrevne ret til at udnævne et direktionsmedlem afholde direkte investorer fra andre medlemsstater fra at investere i selskabets kapital.
- 64 Heraf følger, at veto retten vedrørende visse af EDP's generalforsamlingsbeslutninger, undtagelsen fra stemmeloftet på 5%, som er foreskrevet til fordel for den portugisiske stat, og retten til at udpege et direktionsmedlem, i tilfælde af at staten har stemt imod det vindende forslag ved valg af direktionsmedlemmer, udgør hindringer for de frie kapitalbevægelser i henhold til artikel 56, stk. 1, EF.
- 65 Der kan i øvrigt ikke rejses tvivl om en sådan konstatering ved de argumenter, som Den Portugisiske Republik har gjort gældende, om, at den logik, som påstås at ligge til grund for dommen i sagen Keck og Mithouard, finder anvendelse i den foreliggende sag.
- 66 I den henseende bemærkes, at de omhandlede nationale foranstaltninger ikke kan sammenlignes med reglerne vedrørende bestemte former for salg, som Domstolen i Keck og Mithouard-dommen fandt lå uden for anvendelsesområdet for artikel 28 EF.

- 67 Ifølge den nævnte dom er anvendelsen på varer fra andre medlemsstater af nationale bestemmelser, som på importmedlemsstatens område begrænser eller forbyder bestemte former for salg, ikke af en sådan karakter, at den hindrer 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 importmedlemsstatens marked 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).
- 68 Selv om de omtvistede nationale bestemmelser finder anvendelse uden forskel på såvel hjemmehørende som ikke-hjemmehørende personer, bemærkes dog, 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. dommen af 13.5.2003 i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 61 og den deri nævnte retspraksis, og dommen af 8.7.2010 i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 67).
- 69 Den konklusion, at disse nationale bestemmelser udgør hindringer for de frie kapitalbevægelser, kan i øvrigt ikke anfægtes ved det af Den Portugisiske Republik fremførte argument om, at de omtvistede særlige rettigheder ikke har nogen virkning på hverken direkte investeringer eller porteføljeinvesteringer i EDP, da EDP's aktier er blandt de mest købte på børsen i Lissabon, og da et stort antal af disse aktier besiddes af udenlandske investorer.

70 Det bemærkes, at de omtvistede nationale bestemmelser, i det omfang de skaber instrumenter, der kan begrænse de direkte investorers mulighed for at deltage i EDP's selskabskapital med henblik på at etablere eller opretholde varige og direkte økonomiske forbindelser med dette selskab, som giver mulighed for faktisk deltagelse i driften af eller kontrollen med selskabet, som nævnt i denne doms præmis 56 og 58 begrænser interessen i at erhverve en andel i et selskabs kapital (dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 54).

71 Denne konstatering ændres ikke af den omstændighed, at der blandt EDP's aktionærer findes vist et antal direkte investorer. Denne omstændighed kan således ikke ændre ved det forhold, at aktuelle eller potentielle direkte investorer fra andre medlemsstater på grund af de omtvistede nationale bestemmelser kan være blevet afskrækket fra at erhverve aktier i dette selskab med henblik på at etablere eller opretholde varige og direkte økonomiske forbindelser med dette selskab, som giver mulighed for faktisk deltagelse i driften af eller kontrollen med selskabet, selv om de har ret til at påberåbe sig princippet om de frie kapitalbevægelser og den beskyttelse, som følger heraf (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 55).

72 Det må på denne baggrund fastslås, at den portugisiske stats besiddelse af præferencaktier sammen med de særlige rettigheder, som sådanne aktier giver deres ejer, udgør en restriktion for de frie kapitalbevægelser som omhandlet i artikel 56, stk. 1, EF.

Om begrundelsen for restriktionerne

Parternes argumenter

- 73 Kommissionen er af den opfattelse, at hindringer som dem, der fastsættes ved de i denne sag omtvistede nationale bestemmelser, ikke kan begrundes med nogen af de formål i almenvellets interesse, som Den Portugisiske Republik har påberåbt sig, og at de under alle omstændigheder er i strid med proportionalitetsprincippet.
- 74 Hvad angår behovet for at garantere energiforsyningsikkerheden i Den Portugisiske Republik har Kommissionen gjort gældende, at en sådan sikkerhed ikke er omfattet af traktatens begreb om offentlige sikkerhed, som hævdet af denne medlemsstat. I den henseende er Kommissionen af den opfattelse, at medlemsstaten ikke, i modsætning til hvad der kræves ifølge retspraksis, navnlig præmis 71 og 72 i dommen af 13. maj 2003 i sagen Kommissionen mod Spanien, har ført bevis for, at der foreligger »en virkelig og tilstrækkeligt alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn«, der kan begrunde de omtvistede rettigheder af hensyn til den offentlige sikkerhed og den offentlige orden.
- 75 Kommissionen er af den opfattelse, at Den Portugisiske Republik ville kunne reagere på enhver virkelig trussel mod energiforsyningsikkerheden ved dens reguleringsordning i henhold til forvaltningsretten og ikke gennem særlige rettigheder, som er tildelt i EDP's selskabskapital og knyttet til præferenceaktier, og dermed uden at hindre de frie kapitalbevægelser eller etableringsretten.

- 76 Kommissionen har ligeledes bestridt, at EDP's virksomhed skulle karakteriseres som en offentlig tjenesteydelse. Kommissionen er af den opfattelse, at levering af energi i form af elektricitet og gas er tjenesteydelser i almenvellets interesse, men ikke en offentlig tjenesteydelse. For så vidt angår sådanne tjenesteydelser i almenvellets interesse har staten et sikringsansvar, hvilket betyder, at disse tjenesteydelser kan leveres af privatretlige enheder. Hvad angår EDP's virksomhed, nemlig distribution og salg som forsyningspligtig leverandør, er dette omfattet af statens sikringsansvar, i hvilken sammenhæng det væsentlige virkemiddel er at sikre en velfungerende retlig regulering af energiforsyningen, og ikke statens ejerskab af særlige selskabsandele i de omhandlede selskaber.
- 77 Kommissionen har derudover gjort gældende, at de omhandlede nationale bestemmelser er i strid med proportionalitetsprincippet. Udøvelsen af de omtvistede særlige rettigheder er ikke underlagt noget objektivt eller præcist kriterium vedrørende anvendelsen af den oprettede ordning, bortset fra at sådanne rettigheder kun må anvendes, når nationale hensyn tilsiger det. Selv hvis det antages, at de mål, der påberåbes af Den Portugisiske Republik, er legitime, ville tildelingen af et sådant skøn til staten gå videre end nødvendigt med henblik på at nå dem.
- 78 Endelig har Kommissionen bestridt Den Portugisiske Republiks argumentation for så vidt angår anvendeligheden af artikel 86, stk. 2, EF, idet den gør gældende, at Den Portugisiske Republik fejlvurderer rammerne for denne bestemmelse.
- 79 Den Portugisiske Republik har gjort gældende, at selv hvis det antages, at de særlige rettigheder, som staten besidder i EDP's selskabskapital, udgør hindringer for de af Kommissionen påberåbte friheder, er disse hindringer begrundet i tvingende almene hensyn. For det første har denne medlemsstat, idet den henviser til dom af 10. juli 1984, *Campus Oil m.fl.* (sag 72/83, Sml. s. 2727), gjort gældende, at de omtvistede nationale foranstaltninger tilsigter at garantere landets energiforsyningsikkerhed, hvilket er et hensyn til den offentlige sikkerhed. Den har ligeledes som begrundelse

påberåbt sig den omstændighed, at de særlige rettigheder, som den portugisiske stat besidder, vedrører virksomhed, der er underlagt forpligtelser til offentlig tjeneste, og som derfor under alle omstændigheder er begrundet i henhold til artikel 58, stk. 1, litra b), EF og artikel 46, stk. 1, EF.

- 80 Den Portugisiske Republik har desuden anført, at den, for så vidt som EU-retten på sit nuværende udviklingstrin ikke indeholder regler eller foranstaltninger, der i tilstrækkelig grad garanterer medlemsstaternes energiforsyningsikkerhed, i henhold til såvel national ret som EU-retten, som det fremgår af dommen i sagen *Campus Oil m.fl.*, fortsat har såvel beføjelse som pligt til at træffe passende nationale foranstaltninger for at sikre beskyttelsen af denne grundlæggende samfundsmæssige interesse i overensstemmelse med traktatens bestemmelser.
- 81 Den Portugisiske Republik har endvidere gjort gældende, at disse særlige rettigheder er passende midler til at beskytte sikkerheden i den portugisiske energisektor, som er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, idet der ikke findes andre mindre indgribende midler til at forhindre vedtagelsen af beslutninger i de styrende organer i et selskab som EDP, der ville kunne påvirke regelmæssigheden, sikkerheden og kontinuiteten i energiforsyningen.
- 82 Desuden er de omtvistede nationale bestemmelser efter Den Portugisiske Republiks opfattelse nødvendige for, at EDP kan sikre de opgaver med udførelse af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, som selskabet er blevet pålagt af den portugisiske stat i henhold til artikel 86, stk. 2, EF. Hvis disse bestemmelser skulle findes at være i strid med artikel 43 EF og 56 EF, ville anvendelsen af disse artikler udgøre en hindring for at opfylde opgaven med udførelse af tjenesteydelser af almindelig økonomiske interesse i henhold til artikel 86, stk. 2, EF, som er blevet betroet EDP. Under alle omstændigheder påvirker opretholdelsen af de nationale bestemmelser, der tildeler den portugisiske stat særlige rettigheder, ikke handelen i Unionen eller Unionens

interesser. I øvrigt påhviler det Kommissionen at angive den unionsinteresse, i lyset af hvilken en eventuel påvirkning på handelen, der ville kunne være et resultat af de rettigheder, som den portugisiske stat har i EDP, skal vurderes, hvilket Kommissionen ikke har gjort, hvorfor den ikke har løftet sin bevisbyrde i henhold til artikel 226 EF.

Domstolens bemærkninger

- ⁸³ Nationale foranstaltninger, der begrænser de frie kapitalbevægelser, kan ifølge fast retspraksis begrundes i de i artikel 58 EF nævnte hensyn eller i tvingende almene hensyn, forudsat at de er egnede til at virkeliggøre det formål, som de forfølger, og ikke går videre end nødvendigt med henblik på at virkeliggøre dette formål (jf. dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 72 og 73 og den deri nævnte retspraksis, og dommen af 8.7.2010 i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 69).
- ⁸⁴ For så vidt angår de undtagelser, der er tilladt ifølge artikel 58 EF, kan det ikke benægtes, at hensynet til at sikre medlemsstatens energiforsyningssikkerhed i tilfælde af krise, krig eller terrorisme, som Den Portugisiske Republik har påberåbt sig, kan udgøre et hensyn til den offentlige sikkerhed (jf. dommen af 14.2.2008 i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 38, og dommen af 8.7.2010 i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 72) og eventuelt begrunde en hindring for de frie kapitalbevægelser. Den betydning, som medlemsstaterne tillægger beskyttelsen af energiforsyningssikkerheden, fremgår i øvrigt af bl.a. Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/72/

EF af 13. juli 2009 om fælles regler for det indre marked for elektricitet og om ophævelse af direktiv 2003/54/EF (EUT L 211, s. 55).

⁸⁵ Det er imidlertid ubestridt, at de krav, der tilsiges af den offentlige sikkerhed, navnlig som undtagelse fra det grundlæggende princip om frie kapitalbevægelser, skal fortolkes strengt, således at deres rækkevidde ikke ensidigt kan fastlægges af den enkelte medlemsstat uden kontrol fra Unionens institutioner. Den offentlige sikkerhed kan således kun påberåbes, når der foreligger en virkelig og tilstrækkeligt alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn (jf. bl.a. dom af 14.3.2000, sag C-54/99, *Église de scientologie*, Sml. I, s. 1335, præmis 17, og dommen af 8.7.2010 i sagen *Kommissionen mod Portugal*, præmis 73).

⁸⁶ Den Portugisiske Republik gør i den henseende gældende, at en sådan trussel ikke behøver at være overhængende, når man tager den afgørende betydning, som energi i form af elektricitet og naturgas har for alle nutidige økonomier og samfund, i betragtning. Det er, i betragtning af en medlemsstats pligt til at garantere en regelmæssig og kontinuerlig forsyning af elektricitet og naturgas, berettiget, at denne stat udstyres sig selv med de midler, som er nødvendige for at sikre denne grundlæggende samfundsinteresse, som energiforsyningen udgør, selv om der ikke forefindes nogen overhængende trussel. Det tilkommer i den henseende den omhandlede medlemsstat, i det omfang risikoen for alvorlige trusler mod energiforsyningssikkerheden ikke kan udelukkes, og sådanne trusler pr. definition vil indtræde pludseligt og i de fleste tilfælde uforudsigeligt, at sørge for, at der indføres passende instrumenter, som tillader en hurtig og effektiv reaktion med henblik på fortsat sikring af denne forsyning.

- 87 Denne argumentation er ikke fuldstændigt ubegrundet. Da Den Portugisiske Republik imidlertid kun har påberåbt sig hensynet til energiforsynings sikkerheden uden at præcisere de nøjagtige grunde til, at den er af den opfattelse, at hver af de omtvistede særlige rettigheder eller disse tilsammen vil gøre det muligt at undgå et sådant indgreb i et grundlæggende samfundshensyn, kan en begrundelse baseret på den offentlige sikkerhed ikke tiltrædes i det foreliggende tilfælde.
- 88 Den Portugisiske Republiks anbringende om, at EU-retten på dens nuværende udviklingstrin ikke i tilstrækkelig grad garanterer medlemsstaternes energiforsynings sikkerhed, og at dette tvinger den til at træffe passende nationale foranstaltninger til sikring af beskyttelsen af dette grundlæggende samfundshensyn, er desuden uden relevans.
- 89 Selv hvis der, som Den Portugisiske Republik påstår, skulle findes en pligt for medlemsstaterne i henhold til den afledte EU-ret til at sikre energiforsyningen på staten område, ville overholdelsen af en sådan forpligtelse ikke kunne påberåbes som begrundelse for en foranstaltning, der principielt strider mod en grundlæggende frihed.
- 90 Hvad ydermere angår spørgsmålet om, hvorvidt de omtvistede nationale bestemmelser er forholdsmæssige, bemærkes, som Kommissionen korrekt har anført, at udøvelsen af de særlige rettigheder, som besiddelsen af præferenceaktier i EDP's selskabskapital giver den portugisiske stat, i modsætning til hvad den sagsøgte medlemsstat har påstået, ikke er undergivet nogen specifik og objektiv betingelse eller omstændighed.

- 91 Selv om LQP's artikel 15, stk. 3, bestemmer, at udstedelsen af præferenceaktier i EDP's selskabskapital, der giver staten særlige rettigheder, er undergivet den betingelse, der desuden er formuleret temmelig generelt og upræcist, at nationale hensyn tilsiger det, skal det ikke desto mindre bemærkes, at hverken denne lov eller EDP's vedtægter fastsætter kriterierne for, under hvilke konkrete omstændigheder disse særlige rettigheder kan udøves (jf. dommen af 26.3.2009 i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 51). Det samme gør sig gældende i forhold til artikel 15, stk. 1, idet denne bestemmelse betinger den portugisiske stats udpegning af et direktionsmedlem af en betingelse vedrørende sikringen af almenvellet, som ligeledes er affattet meget bredt og upræcist.
- 92 En sådan usikkerhed udgør et alvorligt indgreb i de frie kapitalbevægelser, idet den med hensyn til anvendelsen af sådanne rettigheder giver de nationale myndigheder en så vid skønsmargin, at den ikke kan anses for at stå i et rimeligt forhold til de tilstræbte mål (jf. i denne retning dommen af 26.3.2009 i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 52).
- 93 Endelig bemærkes for så vidt angår begrundelsen udledt af artikel 86, stk. 2, EF, at denne bestemmelse, sammenholdt med samme artikel, stk. 1, kan påberåbes som grundlag for, at en medlemsstat tildeler en virksomhed, som har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, særlige eller eksklusive rettigheder, der er i strid med traktatens bestemmelser, i det omfang opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet den, kun kan sikres ved tildeling af sådanne rettigheder, og forudsat at udviklingen af samhandelen ikke påvirkes i et sådant omfang, at det strider mod Unionens interesse (dom af 17.5.2001, sag C-340/99, TNT Traco, Sml. I, s. 4109, præmis 52, af 18.12.2007, sag C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia, Sml. I, s. 12175, præmis 78, og af 1.10.2009, sag C-567/07, Woningstichting Sint Servatius, Sml. I, s. 9021, præmis 44).

- 94 Det må i det foreliggende tilfælde konstateres, at dette ikke er formålet med bestemmelserne i den nationale lovgivning, der er tvist om i denne traktatbrudssag mod Den Portugisiske Republik.
- 95 Som Kommissionen med rette har anført, vedrører denne sag ikke tildelingen af særlige eller eksklusive rettigheder til EDP eller karakteriseringen af sidstnævntes aktiviteter som tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, men angår lovligheden af tildelingen til den portugisiske stat i dennes egenskab af aktionær i EDP af særlige rettigheder knyttet til præferenceaktier, som den besidder i dette selskabs selskabskapital.
- 96 Heraf følger, at artikel 86, stk. 2, EF ikke finder anvendelse på en situation som den foreliggende og derfor ikke kan påberåbes af Den Portugisiske Republik som begrundelse for de omtvistede nationale bestemmelser, i det omfang disse udgør hindringer for de frie kapitalbevægelser, som er fastsat i traktaten.
- 97 Det må derfor fastslås, at Den Portugisiske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 56 EF, idet den i EDP har opretholdt særlige rettigheder som dem, der i dette tilfælde er fastsat i LQP og lovdekret nr. 141/2000 samt i selskabets vedtægter til fordel for den portugisiske stat og andre offentlige organer og tildelt i tilknytning til præferenceaktier, som staten ejer i dette selskabs selskabskapital.

Om tilsidesættelsen af forpligtelserne i henhold til artikel 43 EF

- ⁹⁸ Kommissionen har også nedlagt påstand om, at det fastslås, at Den Portugisiske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 43 EF, idet tildelingen af særlige rettigheder til den portugisiske stat i forbindelse med de præferenceaktier, som den besidder, vil kunne forhindre andre aktionærer i at udøve en reel indflydelse på EDP's beslutninger, og dermed for at træffe afgørelse om selskabets drift.
- ⁹⁹ Det skal hertil blot bemærkes, at for så vidt som de omhandlede nationale foranstaltninger indebærer restriktioner for etableringsfriheden, er sådanne restriktioner ifølge Domstolens faste praksis en direkte følge af de i denne doms præmis 45-72 behandlede hindringer for de frie kapitalbevægelser, som de er uløseligt forbundet med. Da det er fastslået, at artikel 56, stk. 1, EF er tilsidesat, er det således ufornuddent at foretage en særskilt prøvelse af foranstaltningerne i lyset af traktatens bestemmelser om etableringsfriheden (jf. bl.a. dommen af 13.5.2003 i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 86, dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 43, og dommen af 8.7.2010 i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 80).

Sagens omkostninger

- ¹⁰⁰ 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 Den Portugisiske Republik tilpligtes at betale sagens omkostninger, og da Den Portugisiske Republik har tabt sagen, bør det pålægges den at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Første Afdeling):

- 1) **Den Portugisiske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 56 EF, idet den i EDP — Energias de Portugal har opretholdt særlige rettigheder som dem, der i dette tilfælde er fastsat i lov n.o 11/90 af 5. april 1990 om rammelov for privatisering (Lei nr. 11/90, Lei Quadro das Privatizações) og lovdekret nr. 141/2000 af 15. juli 2000 om godkendelse af fjerde etape i genprivatiseringsprocessen for EDP — Electricidade de Portugal SA's selskabskapital samt i selskabets vedtægter til fordel for den portugisiske stat og andre offentlige organer og tildelt i tilknytning til præferenceaktier («golden shares»), som staten ejer i dette selskabs selskabskapital.**

- 2) **Den Portugisiske Republik betaler sagens omkostninger.**

Underskrifter