

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO

M. POIARES A MADURA

przedstawiona w dniu 7 września 2006 r.¹

1. W dwóch postępowaniach wszczętych przeciwko Comune di Milano (gminie Mediolan) Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (regionalny sąd administracyjny dla Lombardii) zwrócił się do Trybunału z kilkoma pytaniami dotyczącymi wykładni art. 56 WE. Pytania te — identyczne w obu sprawach — wiążą się z sytuacją, w której podmiot publiczny posiadający mniejszościowy udział kapitałowy w sprywatyzowanej spółce zachowuje uprzywilejowaną pozycję w stosunku do innych akcjonariuszy w zakresie kontroli nad spółką. W sprawach przed sądem krajowym sporną spółką jest AEM SpA (zwana dalej „AEM”), w której Comune di Milano, po sprzedaniu części swego większościowego udziału, zachowała udział wynoszący 33,4%. Utrzymała jednak uprawnienie do powoływania większości członków zarządu. Zdaniem skarżących jest to sprzeczne z art. 56 WE w świetle wykładni tego postanowienia dokonanej przez Trybunał w orzecznictwie dotyczącym „akcji specjalnych” („golden shares”).

I — Okoliczności faktyczne, krajowe ramy prawne oraz wniossek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

2. AEM została utworzona przez Comune di Milano w 1996 r. Spółka ta działa w sektorze usług publicznych jako dystrybutor gazu i energii elektrycznej. W 1998 r. w czasie prywatyzacji AEM miasto sprzedało pierwszą transzę akcji, zachowując 51% w kapitale spółki.

3. Uchwałą nr 4/04 z dnia 17 lutego 2004 r. Comune di Milano postanowiła jeszcze zmniejszyć swój udział w kapitale AEM do 33,4%. Jednakże postanowiła również, że zmniejszenie to uzależnione będzie od warunku dokonania wcześniejszej zmiany w statucie spółki.

4. Uchwałą nr 5/04 z dnia 8 marca 2004 r. Comune di Milano stwierdziła, że w świetle ustawy nr 474 z dnia 30 czerwca 1994 r.

1 — Język oryginału: portugalski.

(zwanej dalej „ustawą nr 474/1994”) konieczna jest zmiana statutu AEM, w szczególności w zakresie powoływania członków zarządu.

5. Artykuł 2 tekstu jednolitego dekretu z mocą ustawy nr 332 z dnia 31 maja 1994 r., który po zmianie został przekształcony w ustawę nr 474/1994, w odpowiednim zakresie stanowi:

„1. Prezes Rady Ministrów określa [...] w drodze dekretu te spośród spółek kontrolowanych bezpośrednio lub pośrednio przez państwo, działających w sektorach obrony, transportu, telekomunikacji, zasobów energii i innych sektorach publicznych, do których statutów należy wprowadzić przed podjęciem jakiejkolwiek czynności skutkującej utratą kontroli, w drodze uchwały nadzwyczajnego zgromadzenia akcjonariuszy spółki, postanowienie przyznające ministrowi właściwemu ds. gospodarki i finansów co najmniej jedno z następujących uprawnień specjalnych, które będą wykonywane w porozumieniu z ministrem właściwym ds. działalności produkcyjnej:

[...]

d) powoływanie członka zarządu bez prawa głosu.

[...]

3. Przepisy niniejszego artykułu znajdują również zastosowanie do spółek

kontrolowanych bezpośrednio lub pośrednio przez podmioty publiczne [...], działających w sektorze transportu lub innych sektorach usług publicznych, wskazanych w drodze decyzji podmiotu publicznego posiadającego akcje tych spółek, któremu przysługiwać będą również uprawnienia określone w ustępie 1”.

6. Artykuł 4 ust. 1 w odpowiednim zakresie stanowi:

„Spółki [takie jak AEM] [...], których statut przewiduje ograniczenie posiadania akcji, wprowadzają do swojego statutu specjalne postanowienie, niepodlegające zmianie przez czas obowiązywania tego ograniczenia, przewidujące wybór członków zarządu na podstawie głosowania na listy [...]. Co najmniej jedna piąta członków zarządu niepowołanych zgodnie z art. 2 ust. 1 lit. d) jest powoływana z list mniejszościowych, przy czym w przypadku gdy liczba ta jest ułamkiem, zostaje ona zaokrąglona w górę do najbliższej liczby całkowitej”.

7. Podczas nadzwyczajnego walnego zgromadzenia akcjonariuszy AEM w dniu 29 kwietnia 2004 r. podjęte zostały niezbędne uchwały w celu zmiany statutu spółki. Zgodnie z art. 4 ustawy nr 474/1994 nowy statut zawiera postanowienie dotyczące wyboru członków zarządu na podstawie głosowania na listy. W skrócie, niektórzy

akcjonariusze, w tym Comune di Milano, mogą proponować listy kandydatów. Na kolejnym walnym zgromadzeniu wszyscy akcjonariusze mogą głosować po kolei na daną listę. Sześć dziesiątych członków zarządu pochodzi z listy, na którą oddano najwięcej głosów, a cztery dziesiąte — z listy, która uzyskała drugą największą liczbę głosów. Zatem posiadając 33,4% akcji, Comune di Milano, jako największy akcjonariusz mniejszościowy, może być zawsze pewna, że zaproponowana przez nią lista kandydatów uzyska co najmniej tyle głosów, aby obsadzić cztery dziesiąte członków zarządu.

przyznawać im prawo powoływania co najmniej jednego członka zarządu, rewidenta lub członka rady nadzorczej.

Członkowie zarządu, rewidenci lub członkowie rady nadzorczej powołani zgodnie z ustępem poprzedzającym mogą być odwołani jedynie przez podmioty, które ich powołały.

8. Dodatkowo, nowy statut przyznał Comune di Milano prawo powoływania jednej czwartej członków zarządu bezpośrednio, zgodnie z art. 2449 włoskiego kodeksu cywilnego.

Z zastrzeżeniem przepisów ustaw szczególnych mają oni te same prawa i obowiązki co osoby wybrane przez walne zgromadzenie”.

9. Tytuł art. 2449 włoskiego kodeksu cywilnego wskazuje, że przepis ten dotyczy „spółek z udziałem państwa lub podmiotów publicznych”. Stanowi on:

„Jeżeli państwo lub podmioty publiczne posiadają akcje spółki akcyjnej, statut może

10. Sąd krajowy wskazuje, że w wyniku połączenia prawa do bezpośredniego powoływania jednej czwartej członków zarządu z prawem do uczestniczenia w wyborze członków zarządu na podstawie głosowania na listy Comune di Milano może kontrolować bezwzględną większość stanowisk w zarządzie, mimo posiadania mniejszościowego udziału w kapitale spółki. Zarząd AEM składa się z 7, 8 lub 9 członków i dopóki Comune di Milano posiada 33,4% akcji, ma ona prawo powoływania: czterech członków w przypadku zarządu siedmioosobowego (jednego w sposób bezpośredni), pięciu członków w przypadku zarządu ośmiooso-

bowego (dwóch w sposób bezpośredni) lub pięciu członków w przypadku zarządu dziecięciolosobowego (dwóch w sposób bezpośredni). Co więcej, ten wpływ na sprawowanie kontroli nad spółką jest w istocie stały. Dzięki udziałowi w kapitale wynoszącemu 33,4% Comune di Milano może w praktyce zawetować każdy wniosek o zmianę postanowień statutu dotyczących procedury powołania zarządu.

11. Federconsumatori i in. (zwani dalej „Federconsumatori”) w sprawie C-463/04 oraz Associazione Azionariato Diffuso dell’AEM (zwane dalej „ASAD-AEM”) w sprawie C-464/04 wszczęli postępowania przeciwko Comune di Milano, w których zaskarżają jej uchwały nr 4/04 i 5/04 przed Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia.

12. Stwierdzając, że mechanizm powoływania członków zarządu wydaje się sprzeczny z orzecznictwem Trybunału dotyczącym „golden shares”, w dniu 10 czerwca 2004 r. sąd krajowy zarządził tytułem środka tymczasowego zawieszenie zastosowania uchwały Comune di Milano nr 5/04. W dniu 10 sierpnia 2004 r. Consiglio di Stato (Rada Stanu) uchyliła to zawieszenie na skutek środka odwoławczego, uzasadniając, że pojęcie „akcji” używane w orzecznictwie Trybunału różni się w sposób zasadniczy od rozpatrywanych specjalnych uprawnień, które zostały przyznane na gruncie prawa cywilnego.

13. Sąd krajowy w dalszym ciągu ma wątpliwości, czy art. 2449 włoskiego kodeksu cywilnego w związku z art. 4 ustawy nr 474/1994

jest zgodny z art. 56 WE. Postanowieniem z dnia 29 września 2004 r. wydanym w obydwu postępowaniach zwrócił się on do Trybunału Sprawiedliwości z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1. Czy art. 2449 kodeksu cywilnego, w sposób jaki został zastosowany w okolicznościach sprawy przed sądem krajowym, jest zgodny z art. 56 WE, rozumianym zgodnie z jego wykładnią dokonaną w wyrokach z dnia 23 maja 2000 r. w sprawie C-58/99 Komisja przeciwko Włochom, z dnia 4 czerwca 2002 r. w sprawach połączonych C-503/99 i C-483/99 Komisja przeciwko Belgii i Komisja przeciwko Francji oraz z dnia 13 maja 2003 r. w sprawach połączonych C-98/01 i C-463/00 Komisja przeciwko Zjednoczonemu Królestwu i Komisja przeciwko Hiszpanii, jeżeli powołuje się na niego podmiot publiczny, który wprawdzie utracił przysługującą mu z mocy prawa kontrolę nad spółką akcyjną, jednakże zachował znaczny udział w jej kapitale (w niniejszym przypadku 33,4%) jako akcjonariusz dysponujący względnie większością, uzyskując w ten sposób nieproporcjonalne uprawnienia kontrolne?

2. Czy art. 2449 kodeksu cywilnego w związku z art. 4 dekretu z mocą ustawy nr 332 z dnia 31 maja 1994 r., przekształconego w ustawę nr 474 z dnia 30 lipca 1994 r. jest zgodny z art. 56 WE, rozumianym zgodnie z jego wykładnią dokonaną w wyrokach z dnia 23 maja 2000 r. w sprawie C-58/99 Komisja przeciwko Włochom, z dnia 4 czerwca 2002 r. w sprawach połączonych C-503/99 i C-483/99 Komisja przeciwko Belgii i Komisja przeciwko Francji oraz z dnia 13 maja 2003 r. w sprawach połączonych

C-98/01 i C-463/00 Komisja przeciwko Zjednoczonemu Królestwu i Komisja przeciwko Hiszpanii, jeżeli powołuje się na niego podmiot publiczny, który wprawdzie utracił przysługującą mu z mocy prawa kontrolę nad spółką akcyjną, jednakże zachował znaczny udział w jej kapitale (w niniejszym przypadku 33,4%) jako akcjonariusz dysponujący względną większością, uzyskując w ten sposób nieproporcjonalne uprawnień kontrolne?

uwagi na piśmie. W dniu 29 stycznia 2006 r. Trybunał wysłuchał na rozprawie argumentów Federconsumatori, ASAD-AEM, Comune di Milano, AEM oraz Komisji.

II — Ocena

3. Czy art. 2449 kodeksu cywilnego jest zgodny z art. 56 WE, rozumianym zgodnie z jego wykładnią dokonaną w wyrokach z dnia 23 maja 2000 r. w sprawie C-58/99 Komisja przeciwko Włochom, z dnia 4 czerwca 2002 r. w sprawach połączonych C-503/99 i C-483/99 Komisja przeciwko Belgii i Komisja przeciwko Francji oraz z dnia 13 maja 2003 r. w sprawach połączonych C-98/01 i C-463/00 Komisja przeciwko Zjednoczonemu Królestwu i Komisja przeciwko Hiszpanii, w zakresie w jakim w wyniku jego konkretnego zastosowania wywiera on skutki, które są sprzeczne z innym przepisem prawa krajowego [w szczególności art. 2 ust. 1 lit. d) dekretu z mocą ustawy nr 332 z dnia 31 maja 1994 r. przekształconym w ustawę nr 474 z dnia 30 lipca 1994 r.], który ze swej strony jest zgodny z art. 56 WE i przez to w odniesieniu do warunków wykonywania i przesłanek stosowania odzwierciedla zasady określone przez Trybunał Sprawiedliwości w przywołanych wyżej wyrokach dotyczących specjalnych uprawnień?”.

15. Sąd krajowy zwraca się do Trybunału w istocie o dokonanie analizy przepisów prawa krajowego w celu określenia, czy są one zgodne z art. 56 WE. Jednakże w ramach postępowań wszczętych w trybie art. 234 WE nie jest zadaniem Trybunału ustalanie, czy przepisy krajowe są zgodne z prawem wspólnotowym. Rola Trybunału ogranicza się do przedstawienia wykładni prawa wspólnotowego umożliwiającej dokonanie takich ustaleń sądowi krajowemu². Wobec tego proponowałbym przeformułować pytanie sądu krajowego. Moim zdaniem Trybunał mógłby udzielić sądowi krajowemu użytecznej odpowiedzi, gdyby pytanie brzmiało w sposób następujący:

„Czy art. 56 WE stoi na przeszkodzie stosowaniu przepisów krajowych, które

14. Federconsumatori, ASAD-AEM, Comune di Milano, rząd włoski, rząd polski oraz Komisja przedstawiły Trybunałowi

2 — Zobacz np. wyrok z dnia 30 kwietnia 1986 r. w sprawach połączonych od 209/84 do 213/84 Asjes i in., Rec. str. 1425, pkt 12, oraz wyrok z dnia 9 września 2003 r. w sprawie C-151/02 Jaeger, Rec. str. I-8389, pkt 43.

umożliwiają podmiotowi publicznemu posiadającemu mniejszościowy udział (33,4%) w kapitale sprywatyzowanej spółki zachowanie uprawnienia do powoływania bezwzględnej większości członków zarządu?”.

16. Comune di Milano stoi na stanowisku, że art. 56 WE nie znajduje w niniejszym przypadku zastosowania, gdyż mechanizm powoływania członków zarządu AEM wynika ze statutu tej spółki, przyjętego zgodnie ze zwykłymi zasadami prawa spółek handlowych. Comune di Milano twierdzi, że uprawnienie do powoływania członków zarządu nie ma swego źródła ani w akcie ustawodawczym, ani w innym akcie wykonywania władzy państwowej. W tym zakresie Comune di Milano podkreśla, że stosowanie art. 2449 włoskiego kodeksu cywilnego nie jest obowiązkowe, lecz wynika z dobrowolnej decyzji walnego zgromadzenia akcjonariuszy, na którym dany podmiot publiczny występuje w charakterze zwykłego akcjonariusza. Stąd wprowadzenie do statutu specjalnego uprawnienia nie stanowi formy wykonywania ius imperii.

17. Podobnie, rząd włoski twierdzi, że pojęcie „golden shares” odnosi się do sytuacji, w której w toku prywatyzacji spółki państwowej państwo lub podmiot publiczny uzyskuje, na mocy aktu ustawodawczego lub równoważnego aktu administracyjnego, specjalne uprawnienia, które są silniejsze od uprawnień ogólnie przyznawanych akcjonariuszom przez ustawę. Według rządu włoskiego art. 2449 włoskiego kodeksu

cywilnego jest zgodny z ogólnymi zasadami włoskiego prawa spółek. Na gruncie tych zasad powoływanie większości członków zarządu przez akcjonariuszy mniejszościowych w żaden sposób nie może być uznane za niedopuszczalne. Włoskie prawo spółek nie wymaga co do zasady, by uprawnienie akcjonariusza do powoływania członków zarządu było proporcjonalne do względnej wysokości jego udziału w kapitale spółki.

18. Argumenty te uwypuklają trzy leżące u ich podstaw kwestie. Po pierwsze, czy istotne jest, że omawiane uprawnienie do powoływania członków zarządu znajduje przynajmniej częściowo oparcie w przepisach prawa prywatnego. Po drugie, czy art. 56 WE stosuje się *ratione personae* do podmiotów publicznych w zakresie, w jakim nie sprawują one władzy publicznej. Trzecia kwestia dotyczy tego, które uprawnienia „mogą zniechęcić inwestorów z innych państw członkowskich do inwestowania w kapitał [spółki]”, gdy przysługują one podmiotowi publicznemu występującemu w charakterze akcjonariusza tej spółki³. Zbadam każdą z tych kwestii po kolei.

19. Moim zdaniem okoliczność, że przysługujące Comune di Milano uprawnienie do powoływania członków zarządu znajduje podstawę w przepisach prawa prywatnego, nie wyklucza zastosowania art. 56 WE.

3 — Zobacz wyroki z dnia 13 maja 2003 r. w sprawie C-98/01 Komisja przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, Rec. str. I-4641, pkt 47 i w sprawie C-463/00 Komisja przeciwko Hiszpanii, Rec. str. I-4581, pkt 61.

Warto w tym miejscu zauważyć, że dla celów ustalenia, czy swobodny przepływ kapitału zostaje ograniczony, jeśli państwo korzysta ze specjalnych uprawnień w przedsiębiorstwie, nie jest istotne, w jaki sposób uprawnienia te zostały przyznane ani jaką formę prawną przyjmują. Okoliczność, że państwo członkowskie podejmuje działania w ramach swego krajowego prawa spółek nie oznacza, że jego specjalne uprawnienia nie mogą stanowić ograniczenia w rozumieniu art. 56 WE⁴. Gdyby tak było, państwa członkowskie mogłyby łatwo unikać stosowania art. 56 WE, wykorzystując swą pozycję akcjonariusza po to, aby na gruncie krajowego prawa cywilnego osiągnąć to, co w innym przypadku osiągnęłyby korzystając ze swych kompetencji regulacyjnych.

20. Niniejsza sprawa jest tego przykładem. Z akt sprawy wynika, że Comune di Milano najpierw zaproponowała, by statut przyznawał jej specjalne uprawnienie do powoływania jednej czwartej członków zarządu w sposób bezpośredni, zgodnie z art. 2 lit. d) ustawy nr 474/1994. Pierwotnie przepis ten stanowił podstawę prawną przyznawania podmiotom publicznym specjalnego uprawnienia do powoływania co najmniej jednego członka zarządu. Artykuł 2 ustawy nr 474/1994 w swym pierwotnym brzmieniu był przedmiotem sporu w sprawie C-58/99 Komisja przeciwko Włochom⁵. Trybunał orzekł, że przyjmując ten przepis, Włochy naruszyły art. 56 WE. Później ustawa ta została zmieniona, między innymi w zakresie

specjalnych uprawnień przewidzianych w art. 2. Niemniej jednak na mocy uchwały nr 5/04 z dnia 8 marca 2004 r. Comune di Milano wprowadziła w istocie takie samo uprawnienie do powoływania członków zarządu, choć już na podstawie art. 2449 włoskiego kodeksu cywilnego. Niezależnie od motywów, którymi kierowała się Comune di Milano przy zmianie podstawy prawnej, państwa członkowskie mogłyby bez trudu unikać ograniczeń wynikających z art. 56 WE, gdyby postanowienie to uznać za niemające zastosowania w sytuacjach regulowanych przez prawo prywatne.

21. Drugą kwestią jest, czy zakres art. 56 WE stosuje się ratione personae do podmiotu publicznego, w przypadku gdy jego działania, bez względu na formę prawną, mają charakter prywatnoprawny, a więc nie są podejmowane w ramach sprawowania władzy publicznej. Ujmując problem w sposób bardziej ogólny: czy państwa członkowskie mają obowiązek przestrzegania postanowień traktatu dotyczących swobodnego przepływu towarów, osób, usług i kapitału, w przypadku gdy nie wykonują one przysługujących im kompetencji władzy publicznej?

22. Moim zdaniem mają taki obowiązek. Państwa członkowskie podlegają zasadom dotyczącym swobodnego przepływu, które bez wątpienia znajdują do nich zastosowanie jako do sygnatariuszy traktatu, a nie jako władzy publicznej⁶. Z tego względu

4 — Zobacz podobnie opinia rzecznika generalnego D. Ruiz-Jaraba Colomera przedstawiona w ww. sprawach C-463/00 Komisja przeciwko Hiszpanii oraz C-98/01 Komisja przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, pkt 48. Zobacz także moja opinia w sprawach połączonych C-282/04 i C-283/04 Komisja przeciwko Niderlandom, toczących się obecnie przed Trybunałem, pkt 23.

5 — Wyrok z dnia 23 maja 2000 r. w sprawie C-58/99, Rec. str. I-3811.

6 — Zobacz analogicznie wyrok z dnia 26 lutego 1986 r. w sprawie 152/84 Marshall, Rec. str. 723, pkt 49, oraz wyrok z dnia 12 lipca 1990 r. w sprawie C-188/89 Foster i in., Rec. str. I-3313, pkt 17.

postanowienia o swobodnym przepływie nakładają określone zobowiązania na krajowe władze państw członkowskich, niezależnie od tego, czy władze te działają w charakterze organów władzy publicznej, czy w charakterze podmiotów prywatnych. W istocie każdy podmiot, za pośrednictwem którego państwo podejmuje działania, objęty jest zakresem *ratione personae* postanowień o swobodnym przepływie⁷. Zatem co do zasady dla uniknięcia zastosowania postanowień traktatu o swobodnym przepływie, podmiot publiczny, taki jak *Comune di Milano*, nie może podnosić argumentu, że jego działania mają w istocie charakter prywatny.

23. Niemniej jednak kwestia, czy podmiot publiczny zajmuje taką samą pozycję i działa w taki sam sposób jak akcjonariusz prywatny, jest istotna dla wyznaczenia zakresu *ratione materiae* art. 56 WE. Jest to czynnik, który należy uwzględnić przy ustalaniu, jakie uprawnienia mogą zniechęcić inwestorów z innych państw członkowskich,

jeżeli przysługują podmiotowi publicznemu występującemu w roli akcjonariusza spółki.

24. Tak jak w przypadku innych swobód, celem zasady swobody przepływu kapitału jest wspieranie otwierania rynków krajowych przez przyznawanie inwestorom i przedsiębiorcom poszukującym kapitału możliwości pełnego korzystania z rynku wewnętrznego Wspólnoty. Aby osiągnąć ten cel, państwa członkowskie muszą uwzględnić skutki, jakie ich działania wywołują dla przedsiębiorców z siedzibą w innych państwach członkowskich, którzy chcą wykonywać przysługujące im prawo do swobodnego przepływu kapitału. W tym kontekście art. 56 WE zabrania nie tylko dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, ale również dyskryminacji w działalności ponadnarodowej, polegającej na nakładaniu na inwestorów pochodzących z innych państw członkowskich dodatkowych kosztów lub utrudnianie im dostępu do rynku krajowego, bądź to ze względu na wynikającą z niej ochronę pozycji niektórych podmiotów gospodarczych istniejących już na rynku, bądź to ze względu na wynikające z niej większe utrudnienia w handlu wewnątrzwspólnotowym niż w handlu wewnętrznym⁸. Każdy przepis krajowy, który prowadzi do traktowania sytuacji ponadnarodowych w sposób mniej korzystny od sytuacji czysto wewnątrz krajowych stanowi ograniczenie swobodnego przepływu. Z tym zastrzeżeniem państwa członkowskie zachowują swobodę regulowania działalności gospodarczej na swoim

7 — Zobacz podobnie wyrok z dnia 13 grudnia 1983 r. w sprawie 222/82 *Apple & Pear Development Council*, Rec. str. 4083, pkt 17. W przypadku gdy podmiotowi prywatnemu powierzone zostało wykonywanie funkcji publicznej, można uznać, że państwo działa za pośrednictwem tego podmiotu i że w konsekwencji musi ono przestrzegać zasad dotyczących swobody przepływu: zob. np. wyrok z dnia 18 maja 1989 r. w połączonych sprawach 266/87 i 267/87 *Association of Pharmaceutical Importers*, Rec. str. 1295, pkt 13–16; wyrok z dnia 11 sierpnia 1995 r. w sprawie C-16/94 *Dubois*, Rec. str. I-2421, pkt 20; wyrok z dnia 5 lutego 2004 r. w sprawie C-157/02 *Rieser Internationale Transporte*, Rec. str. I-1477, pkt 24; oraz opinia rzecznika generalnego J. Kokotta w sprawie C-470/03 *AGM-COS.MET*, toczącej się obecnie przed Trybunałem, pkt 87.

8 — Zobacz również opinia przedstawiona przeze mnie w ww. sprawach połączonych *Komisja przeciwko Niderlandom*, pkt 24 oraz moja opinia w sprawach połączonych C-158/04 i C-159/04 *Trofo Super-Markets*, toczących się obecnie przed Trybunałem, pkt 40 i 41.

terytorium i uczestniczenia w obrocie na rynku krajowym⁹.

25. Sam fakt, że podmiot publiczny posiada akcje w spółce, nie zmniejsza atrakcyjności transgranicznych inwestycji w tej spółce, dopóki inwestorzy z innych państw członkowskich mogą mieć pewność, że ów podmiot publiczny, w celu osiągnięcia maksymalnego zwrotu ze swojej inwestycji, będzie przestrzegał normalnych zasad działalności rynkowej. Jednakże biorąc pod uwagę, że podmioty publiczne podlegają lokalnym lub krajowym systemom odpowiedzialności politycznej, mają one naturalną tendencję do dostosowywania swego działania do interesów osób, które reprezentują w ramach tych systemów. Dlatego też, w przypadku gdy podmiot publiczny posiada akcje, które dają mu uprzywilejowaną pozycję w stosunku do pozostałych akcjonariuszy w zakresie uprawnień kontrolnych wobec spółki, istnieje realne niebezpieczeństwo, że uprawnienia te będą wykorzystywane w celu przyznawania dostępu do rynku krajowego w sposób selektywny i dyskryminacyjny. Moim zdaniem takie jest uzasadnienie orzecznictwa dotyczącego „golden shares” i ograniczeń nałożonych na państwo działające jako podmiot rynkowy.

26. Moim zdaniem orzecznictwo to nakłada na państwa członkowskie wymóg zachowania

spójności. Traktat uprawnia państwa członkowskie do utrzymania publicznej własności niektórych spółek. Jednakże gdy państwo członkowskie zdecyduje się na otwarcie określonego sektora rynku, musi podejmować działania spójne z tą decyzją i przestrzegać w pełni zasad otwarcia i niedyskryminacji, ustanowionych na mocy regulacji dotyczących wspólnotowego rynku wewnętrznego. Innymi słowy państwa nie są uprawnione do wybiórczego ograniczania podmiotom rynkowym dostępu do tego sektora rynku. Wymóg ten jest szczególnie ważny w przypadku prywatyzacji byłych przedsiębiorstw państwowych. Gdyby państwo było uprawnione do zachowania szczególnych form sprawowania kontroli rynkowej nad sprywatyzowanymi spółkami, mogłoby ono w łatwy sposób udaremnić stosowanie przepisów o swobodnym przepływie, udzielając jedynie selektywnego i potencjalnie dyskryminującego dostępu do znaczącej części krajowego rynku. Tego rodzaju formy kontroli mogą w konsekwencji zniechęcać inwestorów z innych państw członkowskich.

27. Gdy państwo prywatyzuje daną spółkę, zasady swobodnego przepływu kapitału wymagają, aby autonomia gospodarcza tej spółki podlegała ochronie, chyba że istnieje potrzeba ochrony podstawowego interesu publicznego uznanego przez prawo wspólnotowe. W ten sposób wszelka kontrola sprywatyzowanej spółki, poza zwykłymi mechanizmami rynkowymi, powinna sprostować się do podejmowania działań leżących w ogólnym interesie gospodarczym, związanych z tym przedsiębiorstwem.

⁹ — Zobacz również moja opinia w sprawie C-94/04 i C-202/04 Cipolla i in., toczącej się obecnie przed Trybunałem, pkt 58.

28. Comune di Milano, AEM oraz rząd włoski twierdzą w istocie, że na gruncie ogólnych zasad włoskiego prawa spółek akcjonariusze prywatni mogliby co do zasady uzyskać takie same specjalne uprawnienia w spółce, jakie Comune di Milano ma w AEM. Jednakże w celu stwierdzenia, czy kontrola sprawowana przez państwo nad spółką mieści się w ramach zwykłych mechanizmów rynkowych, nie wystarczy jedynie określić, czy akcjonariusze prywatni mogliby teoretycznie uzyskać podobne formy kontroli, bez uwzględnienia praktyki gospodarczej.

29. Co więcej, w kontekście niniejszej sprawy należy zauważyć, że jak to słusznie podkreślił rząd polski, specjalne uprawnienia Comune di Milano wynikają z zastosowania przepisów prawa krajowego, które zezwalają na wprowadzenie do statutu sprywatyzowanej spółki specjalnych uprawnień na rzecz państwa lub podmiotów publicznych. Jednakże, w przypadku gdy państwo członkowskie wydaje przepisy mające na celu umożliwienie państwu lub jego organom zajęcie uprzywilejowanej pozycji w stosunku do innych akcjonariuszy, w zakresie kontroli nad sprywatyzowaną spółką, dochodzi do naruszenia wymogu spójności.

30. Z tego względu przepisy prawa krajowego, na podstawie których tylko państwu lub podmiotom publicznym mogą przysługiwać specjalne uprawnienia, z definicji są równoważne ograniczeniom w przepływie

kapitału w rozumieniu art. 56 WE. Jest tak nie tylko w przypadku przepisów ustawowych, które przyznają specjalne uprawnienia państwu w sposób bezpośredni¹⁰, ale również w przypadku przepisów krajowych, które pozwalają na zamieszczenie takich uprawnień na rzecz państwa w statucie spółki¹¹. Stosowanie tego rodzaju krajowych przepisów stanowi odejście od „zwykłego stosowania prawa spółek”¹², ponieważ stawiają one państwo w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do innych akcjonariuszy. W tych okolicznościach argument, że akcjonariusze prywatni teoretycznie mogliby uzyskać porównywalne przywileje na gruncie ogólnych zasad prawa spółek jest chybiony¹³.

31. Podmiot publiczny, który posiada udział w kapitale sprywatyzowanej spółki wynoszący 33,4%, lecz który zachowuje uprawnienie do powoływania bezwzględnej większości członków zarządu, bez wątpienia znajduje się w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych akcjonariuszy. W istocie, jak to słusznie zauważa sąd krajowy, jego uprawnienia są bardziej dalekosiężne niż uprawnienia przyznane na mocy dekretu z mocą ustawy, który Trybunał uznał za naruszający art. 56 WE w sprawie Komisja przeciwko Włochom¹⁴.

10 — Zobacz wyrok z dnia 4 czerwca 2002 r. w sprawie C-367/98 Komisja przeciwko Portugalii, Rec. str. I-4731; wyroki z dnia 4 czerwca 2002 r. w sprawie C-483/99 Komisja przeciwko Francji, Rec. str. I-4781 i w sprawie C-503/99 Komisja przeciwko Belgii, Rec. str. I-4809; oraz wyrok w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii przywołany w przypisie 3.

11 — Zobacz wyrok w sprawie Komisja przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, przywołany w przypisie 3.

12 — Ibidem, pkt 48.

13 — Ibidem.

14 — Przywołanej w przypisie 5.

32. Wynika z tego, że przepisy krajowe, które umożliwiają podmiotowi publicznemu zachowanie uprawnienia do powoływania bezwzględnej większości członków zarządu spółki, w której podmiot ten posiada udział kapitałowy wynoszący 33,4%, stanowi ograniczenie w przepływie kapitału w rozumieniu art. 56 WE.

III — Wnioski

33. W świetle powyższego proponuję, aby na pytania Tribunale amministrativo per la Lombardia Trybunał udzielił następującej odpowiedzi:

Artykuł 56 WE stoi na przeszkodzie stosowaniu przepisów krajowych, które umożliwiają podmiotowi publicznemu posiadającemu udział w kapitale sprywatyzowanej spółki wynoszący 33,4% zachowanie uprawnienia do powoływania bezwzględnej większości członków zarządu.