

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO

PAOLA MENGGOZZIEGO

przedstawiona w dniu 2 grudnia 2009 r.¹

I — Wprowadzenie

w następujących słowach przewiduje możliwość tworzenia akcji uprzywilejowanych:

1. Niniejszą skargą wniesioną w dniu 21 kwietnia 2008 r. Komisja Wspólnot Europejskich zwraca się do Trybunału o stwierdzenie, że Republika Portugalska, utrzymując w spółce Portugal Telecom SGPS SA. (zwanej dalej „Portugal Telecom”) specjalne uprawnienia Skarbu Państwa i innych podmiotów publicznych, przysługujące w związku z akcjami uprzywilejowanymi („golden shares”) portugalskiego Skarbu Państwa w Portugal Telecom, uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy art. 56 WE i 43 WE.

„Instrument prawny określony w art. 4 ust. 1 (zatwierdzający statut przedsiębiorstwa, które ma zostać sprywatyzowane lub przekształcone w spółkę akcyjną), może nadto przewidywać w drodze wyjątku, gdy przemawiają za tym względy interesu narodowego, istnienie akcji uprzywilejowanych, które pozostaną własnością Skarbu Państwa i które, niezależnie od ich liczby, dają mu prawo weta w odniesieniu do zmian statutu i innych decyzji w określonej dziedzinie należycie sprecyzowanej w statucie”.

II — Ramy prawne

2. Artykuł 15 ust. 3 Lei Quadro das Privatizações (ustawy ramowej o prywatyzacji)²

3. Artykuł 20 ust. 1 rozporządzenia z mocą ustawy nr 44/95 z dnia 22 lutego 1995 r. w sprawie pierwszego etapu prywatyzacji stanowi:

„W przypadku gdyby umowa spółki Portugal Telecom przewidywała istnienie akcji, do których przypisane byłyby szczególne uprawnienia, innych niż akcje uprzywilejowane co do dywidendy, to akcje te powinny obowiązkowo przysługiwać w większości Skarbowi Państwa lub innym akcjonariuszom publicznym”.

1 — Język oryginału: francuski.

2 — Ustawa nr 11/90 z dnia 5 kwietnia 1990 r.

4. Statut Portugal Telecom, która jest spółką holdingową zarządzającą udziałami, precyzuje w art. 4 ust. 2, że kapitał zakładowy dzieli się na 1 025 800 000 akcji zwykłych i 500 akcji kategorii A.

5. Zgodnie z art. 5 statutu Portugal Telecom akcje kategorii A powinny w większości przysługiwać Skarbowi Państwa lub innym akcjonariuszom publicznym i są do nich przypisane pewne przywileje w postaci szczególnych uprawnień.

6. Statut Portugal Telecom wymienia te szczególne uprawnienia w następujący sposób:

- co najmniej jedna trzecia spośród wszystkich członków zarządu, w tym prezes zarządu, wybierana jest większością głosów przypadających na akcje należące do kategorii A, to znaczy głosów Skarbu Państwa i innych akcjonariuszy publicznych;
- na 5 lub 7 członków komisji wykonawczej wyłanianej z zarządu, odpowiednio 1 lub 2 członków wybieranych jest większością głosów przypadających na akcje należące do kategorii A;
- powołanie co najmniej jednego członka zarządu odpowiedzialnego w szczególności za niektóre sprawy administracyjne powinno być dokonane większością

głosów przypadających na akcje należące do kategorii A;

- uchwały walnego zgromadzenia dotyczące wyszczególnionych niżej spraw nie mogą zostać przyjęte przy sprzeciwie większości głosów przypadających na akcje kategorii A:
- podział zysku albo pokrycie straty w danym roku obrotowym,
- zmiana statutu i podwyższenie kapitału zakładowego,
- ograniczenie lub zniesienie prawa pierwszeństwa,
- określenie warunków podwyższenia kapitału zakładowego,
- emisja obligacji lub innych papierów wartościowych oraz określenie kwoty emisji, na którą może wyrazić zgodę zarząd, jak również ograniczenie lub zniesienie prawa pierwszeństwa przy emisji obligacji zamiennych na akcje oraz określenie przez zarząd warunków emisji tego rodzaju obligacji,

- przeniesienie siedziby w jakiekolwiek inne miejsce na terytorium państwa,
 - zgoda na nabycie przez akcjonariuszy prowadzących działalność konkurencyjną względem działalności prowadzonej przez spółki kontrolowane przez Portugal Telecom akcji zwykłych w liczbie przekraczającej 10% kapitału zakładowego,
 - ponadto większość głosów przypadających na te akcje będzie konieczna nawet w przypadku uchwał dotyczących za-
twierdzenia ogólnych celów i podstawo-
wych zasad polityki Portugal Telecom,
jak również w przypadku określania
ogólnych zasad polityki w zakresie obej-
mowania udziałów w spółkach lub gru-
pach, nabywania lub zbywania, w przy-
padkach gdy wymagana jest uprzednia
zgoda walnego zgromadzenia.
- e Telecomunicações de Portugal w spółkę akcyjną, a jego kontynuacją było wyłączenie z tej spółki działalności telekomunikacyjnej i przeniesienie jej do odrębnej spółki, Telecom Portugal SA. Następnie w 1994 r. kilka spółek należących w całości do Skarbu Państwa, tj. Telecom Portugal SA, Telefones de Lisboa e Porto SA i Teledifusora de Portugal SA, połączyło się i utworzyło Portugal Telecom.
8. Począwszy od 1995 r. Portugal Telecom była prywatyzowana w pięciu następujących po sobie etapach, w ramach systemu wprowadzonego przez ustawę ramową o prywatyzacji.
9. W ramach pierwszego etapu, przewidzianego w rozporządzeniu z mocą ustawy nr 44/95, zbyte zostały akcje reprezentujące około 27% kapitału zakładowego.
10. W trakcie drugiego etapu, który miał miejsce między kwietniem 1996 r. a sierpniem 1997 r., zbyte zostały akcje reprezentujące około 22% kapitału zakładowego, przez co udział Skarbu Państwa zmniejszył się do 51% kapitału.

III — Okoliczności powstania sporu

7. Założona w 1994 r. Portugal Telecom stanowi uwięźnienie szeroko zakrojonego procesu restrukturyzacji portugalskiego sektora telekomunikacyjnego. Proces ten rozpoczął się w 1992 r. od przekształcenia przedsiębiorstwa państwowego Correios

11. W ramach trzeciego etapu, który rozpoczął się w sierpniu 1997 r., a zakończył się w kwietniu 1999 r., sprzedane zostały dodatkowo akcje reprezentujące 26% kapitału zakładowego.

12. Z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy wynika, że Republika Portugalska zachowała większość akcji zwykłych Portugal Telecom do końca 1997 r.

uprzywilejowanych w kapitale zakładowym Portugal Telecom, do których przypisane były szczególne uprawnienia.

13. Po zakończeniu czwartego etapu Republika Portugalska zmniejszyła swój udział w kapitale zakładowym Portugal Telecom o kolejną tranzę 13,5% akcji.

16. Komisja zarzucała Republice Portugalskiej posiadanie akcji uprzywilejowanych Portugal Telecom („golden shares”), jak również przyznanie Skarbowi Państwa prawa weta w odniesieniu do każdego nabycia akcji w liczbie przekraczającej 10% kapitału zakładowego Portugal Telecom przez akcjonariuszy prowadzących działalność konkurencyjną względem tej spółki.

14. Wreszcie, po zakończeniu piątego etapu prywatyzacji, sprzedana została ostatnia tranza akcji Skarbu Państwa w Portugal Telecom, z wyjątkiem 500 akcji, do których przypisane zostały szczególne uprawnienia (akcje kategorii A), które pozostały własnością Skarbu Państwa.

17. Ponieważ odpowiedź udzielona przez Republikę Portugalską w piśmie z dnia 21 lutego 2006 r. nie usatysfakcjonowała Komisji, w dniu 10 kwietnia 2006 r. wystosowała ona do tego państwa uzasadnioną opinię.

IV — Postępowanie poprzedzające wniesienie skargi

15. W dniu 19 grudnia 2005 r. Komisja skierowała do Republiki Portugalskiej wezwanie do usunięcia uchybienia, w którym zarzuciła jej uchybienie zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy art. 56 WE i 43 WE, poprzez fakt posiadania przez Skarb Państwa i innych akcjonariuszy publicznych akcji

18. Republika Portugalska odpowiedziała na uzasadnioną opinię pismem z dnia 24 lipca 2006 r. kwestionując zarzucane naruszenie.

19. Uznając, że Republika Portugalska nie podjęła działań niezbędnych celem zastosowania się do uzasadnionej opinii, Komisja postanowiła wnieść niniejszą skargę w dniu 21 kwietnia 2008 r.

V — Żądania stron

VI — W przedmiocie uchybienia

20. Komisja wnosi do Trybunału o:

- stwierdzenie, że Republika Portugalska poprzez utrzymanie szczególnych uprawnień Skarbu Państwa i innych podmiotów publicznych w Portugal Telecom, przyznanych w związku z akcjami uprzywilejowanymi („golden shares”) Skarbu Państwa w Portugal Telecom, uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy art. 56 WE i 43 WE, oraz

A — *W przedmiocie dopuszczalności skargi*

1. Argumenty stron

- obciążenie Republiki Portugalskiej kosztami postępowania.

21. Republika Portugalska wnosi do Trybunału o:

- oddalenie skargi, oraz
- obciążenie Komisji kosztami postępowania.

22. W odpowiedzi na skargę Republika Portugalska zarzuca, że jest ona niedopuszczalna z dwóch powodów. Po pierwsze, Republika Portugalska twierdzi, że Komisja, nie załączając do akt sprawy aktów prawnych ani statutu Portugal Telecom zawierającego postanowienia konkretyzujące zarzucane uchybienie, naruszyła zasady dotyczące rozkładu ciężaru dowodu, a tym samym nie zdołała udowodnić zarzucanego uchybienia. Po drugie, Republika Portugalska twierdzi, że Komisja rozszerzyła w skardze zakres przedmiotu sporu określony na etapie postępowania poprzedzającego wniesienie skargi, ponieważ instytucja ta zarzuca obecnie istnienie innych szczególnych uprawnień Skarbu Państwa, to znaczy prawa do mianowania jednego albo dwóch członków komisji wykonawczej wyłanianej ewentualnie z zarządu, jak również prawa weta w odniesieniu do niektórych strategicznych decyzji, takich jak sprzedaż istotnych aktywów, łączenie z innymi spółkami

oraz decyzje skutkujące zmianami w zakresie stosunków własnościowych w spółce.

23. Komisja odpyera wszystkie te twierdzenia.

2. Ocena

24. Uważam, że żadna z dwóch podstaw niedopuszczalności powołanych przez Republikę Portugalską nie zasługuje na uwzględnienie.

25. Jeżeli chodzi o ciężący rzekomo na Komisji obowiązek załączenia właściwych aktów prawnych i statutu Portugal Telecom, to Republika Portugalska nie może twierdzić, że Komisja, nie załączając tych dokumentów do skargi wszczynającej postępowanie, opierała się wyłącznie na domniemaniu i nie dostarczyła Trybunałowi elementów niezbędnych do zbadania uchybienia³.

26. Nawet jeśli prawdą jest, że Komisja nie załączyła powyższych tekstów do skargi, to

przedstawiła ona treść odpowiednich przepisów prawa oraz statutu Portugal Telecom zarówno w dokumentach na etapie poprzedzającym wniesienie skargi, jak też w skardze. Tym samym Komisja należycie wypełniła spoczywający na niej obowiązek wskazania przepisów, które jej zdaniem są źródłem zarzucanego uchybienia.

27. Ponadto zwracam uwagę, że Republika Portugalska nigdy nie kwestionowała istnienia tych przepisów ani faktu, że zapewniały one Skarbowi Państwa akcje uprzywilejowane, do których przypisane są szczególne uprawnienia, co zauważyła Komisja zarówno na etapie poprzedzającym wniesienie skargi, jak też przed Trybunałem. Przeciwnie, w odpowiedziach na pismo wzywające do usunięcia uchybienia i na uzasadnioną opinię, Republika Portugalska wielokrotnie potwierdzała, że na podstawie tych aktów rzeczywiście posiadała ona w kapitale zakładowym Portugal Telecom 500 akcji kategorii A, do których przypisane są szczególne uprawnienia.

28. W każdym razie, nawet gdyby uznać, że Komisja naruszyła ciężący na niej obowiązek, to w żadnym wypadku nie mogłoby to skutkować niedopuszczalnością skargi, gdyż taki skutek byłby rażąco nieproporcjonalny względem zarzucanego naruszenia. Zresztą Trybunał oddalił już częściowo zarzut podniesiony przez Republikę Portugalską, stosując z urzędu środek organizacji postępowania polegający na wezwaniu stron postępowania do złożenia w sekretariacie statutu Portugal Telecom, co strony rzeczywiście uczyniły. Należy również zauważyć, w świetle lektury

³ — Zobacz w tym względzie wyrok z dnia 6 listopada 2003 r. w sprawie C-434/01 Komisja przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, Rec. s. I-13239, pkt 21.

statutu Portugal Telecom, że niewątpliwie jest on zgodny z treścią odpowiednich postanowień przedstawionych przez Komisję w uzasadnionej opinii oraz w skardze.

B — *Co do istoty sprawy*

1. Argumenty stron

29. Jeżeli chodzi o rzekome rozszerzenie przedmiotu sporu, polegające na tym, że Komisja zawarła w skardze dodatkowe zarzuty, to należy przypomnieć, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem zakaz rozszerzania lub zmiany przedmiotu skargi określonego w uzasadnionej opinii nie sięga aż tak daleko, aby w każdym przypadku nakładać obowiązek zachowania identycznej treści zarzutów w wezwaniu do usunięcia uchybienia, zarzutów uzasadnionej opinii i żądaniach skargi⁴. Tak więc fakt, że Komisja sprecyzowała w skardze zarzuty, przedstawione wcześniej w sposób bardziej ogólny w wezwaniu do usunięcia uchybienia i w uzasadnionej opinii, wskazując dodatkowe dziedziny, w których portugalski Skarb Państwa, jako posiadacz większości akcji kategorii A, dysponuje w Portugal Telecom szczególnymi uprawnieniami, nie ma, według mnie, żadnego wpływu na zakres sporu⁵.

31. Komisja twierdzi przede wszystkim, że fakt, iż Republika Portugalska dysponuje ww. szczególnymi uprawnieniami dzięki posiadaniu większości akcji kategorii A w Portugal Telecom, stanowi ograniczenie swobody przepływu kapitału i swobody przedsiębiorczości. Zdaniem Komisji szczególne uprawnienia ograniczają bowiem zwykłych akcjonariuszy jeśli chodzi o możliwości rzeczywistego udziału w zarządzaniu, jak również sprawowania kontroli nad spółką, proporcjonalnie do wartości ich akcji, a nadto pozbawiają ich uprawnienia do podejmowania strategicznych decyzji, w odniesieniu do których Skarbowi Państwa przysługuje prawo weta.

32. Ponadto posiadanie przez Republikę Portugalską akcji uprzywilejowanych może również utrudniać nabywanie pakietów kontrolnych w tej spółce, co jest niezgodne z art. 43 WE.

30. Z powyższych względów uważam, że skarga w niniejszej sprawie jest dopuszczalna.

33. Następnie Komisja precyzuje, że nie jest możliwe uznanie, iż wspomniane akcje uprzywilejowane mają charakter prywatny, z dwóch następujących powodów. Z jednej strony, mimo że jest oczywistym, iż związane z nimi szczególne uprawnienia są

4 — Zobacz wyroki: z dnia 29 września 1998 r. w sprawie C-191/95 Komisja przeciwko Niemcom, Rec. s. I-5449, pkt 56; z dnia 11 lipca 2002 r. w sprawie C-139/00 Komisja przeciwko Hiszpanii, Rec. s. I-6407, pkt 19.

5 — Zobacz w tym względzie wyrok z dnia 27 listopada 2003 r. w sprawie C-185/00 Komisja przeciwko Finlandii, Rec. s. I-14189, pkt 87.

przewidziane wyłącznie w statucie Portugal Telecom, to jednak ich utworzenie powinno być rozpatrywane w świetle odpowiednich postanowień ustawy ramowej o prywatyzacji, jak również rozporządzenia z mocą ustawy nr 44/95, zgodnie z którymi większość powyższych akcji uprzywilejowanych powinna zostać przyznana Skarbowi Państwa i pozostać w jego posiadaniu. Z drugiej strony, wspomniany statut został przyjęty w następstwie pierwszego etapu prywatyzacji, to znaczy wówczas, gdy Skarb Państwa dysponował jeszcze znaczną większością w Portugal Telecom.

34. Z tych względów, zdaniem Komisji, utworzenie akcji uprzywilejowanych w Portugal Telecom nie było efektem normalnego zastosowania prawa spółek i stanowiło w każdym wypadku środek państwowy, a zatem wchodzi ono w zakres stosowania art. 56 ust. 1 WE.

35. Komisja podnosi nadto, że art. 295 WE nie mógłby uzasadniać przyznania Skarbowi Państwa akcji uprzywilejowanych, bowiem Trybunał podkreślał już wielokrotnie, że państwa członkowskie nie mogą powoływać się na obowiązujące u nich zasady prawa

własności w celu usprawiedliwienia przeszkód w stosunku do swobód przewidzianych w traktacie WE, wynikających ze stosowania w prywatyzowanych przedsiębiorstwach systemu zezwoleń administracyjnych⁶. Zdaniem Komisji przyznanie portugalskiemu Skarbowi Państwa szczególnych uprawnień umożliwiających mu przeciwstawienie weta w przypadku podejmowania niektórych decyzji z zakresu spraw przedsiębiorstwa istotnie wynika z zastosowania systemu zezwoleń administracyjnych.

36. Komisja w replice kwestionuje również określenie przez Republikę Portugalską prawa do posiadania akcji, do których przypisane są szczególne uprawnienia, jako prawa podstawowego. Komisja twierdzi, że o ile wolność stowarzyszania się, wolność prowadzenia działalności gospodarczej i prawo własności są niewątpliwie prawami podstawowymi, to nie można tego powiedzieć o prawie do posiadania akcji uprzywilejowanych. Jeśli chodzi o rzekome naruszenie powyższych praw podstawowych w przypadku zakazu posiadania takich akcji przez podmiot publiczny, Komisja podkreśla, że zgodnie z właściwymi postanowieniami europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, podpisanej w Rzymie w dniu 4 listopada 1950 r. (zwanej dalej „EKPC”), oraz Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, ogłoszonej w Nicei w dniu 7 grudnia 2000 r.⁷,

6 — Komisja powołuje się w szczególności na wyroki z dnia 4 czerwca 2002 r.: w sprawie C-367/98 Komisja przeciwko Portugalii, Rec. s. I-4731, pkt 48; w sprawie C-483/99 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-4781, pkt 44; wyrok z dnia 13 maja 2003 r. w sprawie C-463/00 Komisja przeciwko Hiszpanii, Rec. s. I-4581, pkt 66, 67.

7 — Dz.U. C 364, s. 1.

wykonywanie tych praw może być poddane ograniczeniom podyktowanym względami interesu ogólnego.

37. Komisja dodaje wreszcie, że ograniczenia wynikające z posiadania przez Republikę Portugalską szczególnych uprawnień w Portugal Telecom nie mogą być uzasadnione względami interesu ogólnego powołanymi przez to państwo, a w każdym razie nie są one zgodne z zasadą proporcjonalności.

38. Zdaniem Komisji konieczność zapewnienia państwu stałego dostępu do sieci telekomunikacyjnych, odgrywająca istotną rolę w sytuacjach kryzysowych, w przypadku wojny lub aktu terroryzmu, nie może być uznana za zgodny z prawem cel interesu ogólnego, zważywszy że Republika Portugalska nie wykazała istnienia rzeczywistego i wystarczającego poważnego zagrożenia podstawowych interesów społeczeństwa w rozumieniu orzecznictwa Trybunału⁸.

39. Komisja odrzuca także podniesiony przez Republikę Portugalską argument, zgodnie z którym, ponieważ do Portugal Telecom należą sieci okablowania i kabli miedzianych oraz prowadzi ona działalność hurtową i detaliczną, posiadanie szczególnych uprawnień w Portugal Telecom miałyby być uzasadnione ze względu na zapewnienie pewnego poziomu konkurencji na rynku

telekomunikacyjnym, w braku krajowych i wspólnotowych ram prawnych, które przyznawałyby odpowiednio uprawnienia portugalskim organom ochrony konkurencji czy też branżowemu organowi regulacyjnemu. Zdaniem Komisji taka argumentacja nie jest możliwa do zaakceptowania, ponieważ sprowadza się ona do uzasadniania jednego naruszenia prawa wspólnotowego (tj. prawa konkurencji) innym naruszeniem tego prawa (to znaczy ograniczeniami swobodnego przepływu kapitału i swobody przedsiębiorczości).

40. Jeśli chodzi o uzasadnienie, zgodnie z którym zakwestionowanie uprawnień przysługujących Skarbowi Państwa w Portugal Telecom łączyłoby się w aktualnej sytuacji gospodarczej ze znacznym ryzykiem perturbacji na rynku kapitałowym, Komisja powołuje się jedynie na utrwalone orzecznictwo, zgodnie z którym względy natury gospodarczej nie mogą stanowić uzasadnienia zakazanych przez traktat ograniczeń⁹.

41. W każdym razie, Komisja dodaje, że przyznanie szczególnych uprawnień portugalskiemu Skarbowi Państwa jest środkiem, który rażąco wykracza poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia zamierzonych celów. Szczególne uprawnienia nie dotyczą bowiem określonych decyzji z zakresu zarządzania, ale decyzji o fundamentalnym znaczeniu dla istnienia przedsiębiorstwa, a ich wykonywanie nie podlega żadnym warunkom, które ograniczałyby uznaniowe uprawnienia organów państwowych, poza faktem, że uprawnienia

8 — Zobacz w szczególności ww. wyrok z dnia 13 maja 2003 r. w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii, pkt 72.

9 — Zobacz w szczególności ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Portugalii, pkt 52.

te powinny być wykorzystywane, gdy wymaga tego interes narodowy.

42. Republika Portugalska podnosi przede wszystkim, że prawo posiadania akcji, do których przypisane są szczególne uprawnienia, jest podstawowym prawem akcjonariuszy i jako takie stanowi ogólną zasadę prawa wspólnotowego, której sądy wspólnotowe powinny przestrzegać zgodnie z postanowieniami art. 6 UE, jak również art. 12 i 14 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej. Uznanie, jak to czyni Komisja w niniejszej sprawie, za niezgodny z prawem zwykłego faktu, że powyższe akcje posiadane są przez podmiot publiczny, oznaczałoby naruszenie niektórych praw podstawowych, w szczególności prawa własności, wolności stowarzyszenia się i wolności prowadzenia działalności gospodarczej.

43. Następnie Republika Portugalska kwestionuje istnienie naruszenia podnosząc, że utworzenie akcji uprzywilejowanych wynika wprost i bezpośrednio z woli samej Portugal Telecom, a zatem z normalnego zastosowania prawa spółek.

44. Republika Portugalska uważa ponadto, że nawet gdyby uznać, iż to państwu należy przypisać utworzenie wspomnianych akcji uprzywilejowanych, to nie naruszałoby ono w żaden sposób art. 56 WE i 43 WE, ponieważ wskazane akcje nie mają na celu zakłócenia wymiany handlowej ani utrudniania swobodnego przepływu kapitału. Zdaniem Republiki Portugalskiej chodzi tu bowiem nie o środek wpływający na tryb nabywania akcji, lecz na tryb zarządzania nimi, środek stosowany w niedyskryminujący sposób, co sprawia, że znalazłoby zastosowanie w drodze analogii rozumowanie zawarte w wyroku w sprawie Keck i Mithouard¹⁰.

45. W każdym razie, Republika Portugalska, opierając swoją argumentację na opinii rzecznika generalnego M. Poiaresa Madura przedstawionej w sprawach Federconsumatori i in.¹¹, twierdzi, że sam fakt posiadania przez nią szczególnych uprawnień w Portugal Telecom nie wpływa negatywnie na wartość tej spółki, a w konsekwencji nie zmniejsza atrakcyjności korzystania ze swobody przepływu kapitału przez inwestorów z innych państw członkowskich, tym bardziej że portugalski Skarb Państwa do tej pory nigdy nie skorzystał z przysługującego mu prawa weta.

10 — Wyrok z dnia 24 listopada 2003 r. w sprawach połączonych C-267/91 i C-268/91, Rec. s. I-6097.

11 — Punkt 25. opinii w sprawach połączonych C-463/04 i C-464/04 (wyrok z dnia 6 grudnia 2007 r.) Zb.Orz. s. I-10419.

46. Republika Portugalska twierdzi ponadto, że nawet gdyby przyjąć, że postanowienia statutu Portugal Telecom należy przypisać państwu oraz że doszło do ograniczenia podstawowych swobód, tj. swobody przepływu kapitału oraz swobody przedsiębiorczości, to ograniczenia takie byłyby uzasadnione nadzłownymi względami interesu ogólnego.

47. Po pierwsze, fakt, że Portugal Telecom jest właścicielem rozległej telekomunikacyjnej infrastruktury przesyłowej i nadawczej, powoduje konieczność posiadania przez Skarb Państwa szczególnych uprawnień po to, by państwo mogło zapewnić świadczenie usług telekomunikacyjnych w przypadku kryzysu, wojny, aktów terroryzmu, klęsk żywiołowych oraz innych nowych zagrożeń. W tym względzie Republika Portugalska kwestionuje dokonaną przez Komisję wykładnię wyroku z dnia 13 maja 2003 r. w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii¹², podnosząc, że Trybunał nie chciał uzależnić uznania istnienia względów bezpieczeństwa publicznego od wykazania rzeczywistego i dostatecznie poważnego zagrożenia wpływającego na podstawowe interesy społeczne.

48. Po drugie, Republika Portugalska powołuje jako uzasadnienie konieczność zapewnienia świadczenia powszechnej usługi

telekomunikacyjnej. Wspomniana powszechna usługa telekomunikacyjna należy bowiem do usług, które powinny być dostępne na pewnym poziomie jakościowym dla wszystkich użytkowników końcowych na terytorium tego państwa, niezależnie od miejsca, w jakim się znajdują, i za przystępną cenę. Ponieważ operatorem odpowiedzialnym za tę usługę jest Portugal Telecom, to istnienie znacznego ryzyka, iż świadczenie tej usługi powszechnej byłoby zagrożone w przypadku uzależnienia jej wyłącznie od decyzji akcjonariuszy prywatnych, ma uzasadniać przyznanie Skarbowi Państwa możliwości wywierania wpływu na wspomnianą spółkę poprzez posiadanie szczególnych uprawnień.

49. Po trzecie, zdaniem Republiki Portugalskiej, szczególne uprawnienia przyznane Skarbowi Państwa są konieczne i proporcjonalne w stosunku do celów, którym służą. Zdaniem Republiki Portugalskiej przyznanie jej szczególnych uprawnień nie różni się niczym od prawa sprzeciwu a posteriori, to znaczy od prawa do unieważnienia każdej uchwały zwyczajnego walnego zgromadzenia w przypadkach wyszczególnionych uprzednio w statucie Portugal Telecom. Poza tym prawa te ograniczają się do szczególnych i określonych uprzednio sytuacji. Z tych względów mamy tu do czynienia z systemem porównywalnym do tego, który stanowił przedmiot sprawy Komisja przeciwko Belgii¹³ i który został uznany przez Trybunał za zgodny z traktatem.

12 — Wyżej wymieniony wyrok, pkt 71–73.

13 — Wyrok z dnia 4 czerwca 2002 r. w sprawie C-503/99 Komisja przeciwko Belgii, Rec. s. I-4809.

2. Ocena

art. 56 ust. 1 WE w sposób ogólny zakazuje ograniczeń w przepływie kapitału pomiędzy państwami członkowskimi¹⁵.

a) W przedmiocie istnienia ograniczeń, o których mowa w art. 56 WE

50. Trybunał po raz kolejny stanął wobec zadania polegającego na ocenie zgodności z prawem wspólnotowym uregulowań prawnych przyznających Skarbowi Państwa, w następstwie procesu prywatyzacji, akcje spółki, do których przypisane są szczególne uprawnienia („golden shares”) umożliwiające mu wywieranie znaczącego wpływu na działalność tej spółki¹⁴.

51. Trybunał zawsze dokonywał oceny tego rodzaju uregulowań krajowych w świetle swobody przepływu kapitału, której naruszenie powoduje dodatkowo uchybienie w zakresie swobody przedsiębiorczości.

52. Przede wszystkim należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem

53. O ile traktat nie definiuje pojęcia przepływu kapitału, to Załącznik I do dyrektywy Rady 88/361/EWG z dnia 24 czerwca 1988 r. w sprawie wykonania art. 67 traktatu [artykuł uchylony przez traktat z Amsterdamu] (Dz.U. L 178, s. 5) zawiera orientacyjną listę operacji uznawanych za przepływy kapitału¹⁶. Tym samym przepływem kapitału w rozumieniu art. 56 ust. 1 WE są w szczególności inwestycje w formie udziału, które przyznają możliwość rzeczywistego udziału w zarządzaniu spółką lub sprawowaniu nad nią kontroli (inwestycje zwane bezpośrednimi), jak również nabycie papierów wartościowych na rynku kapitałowym dokonane jedynie w celu lokaty kapitału bez zamiaru uczestniczenia w zarządzaniu przedsiębiorstwem lub sprawowania nad nim kontroli (inwestycje zwane portfelowymi)¹⁷.

54. Trybunał orzekł w tym względzie, że przepisy krajowe, które mogą uniemożliwiać

14 — Jeśli chodzi o Republikę Portugalską należy zauważyć, że przed Trybunałem zawisły dwie inne skargi o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego (sprawa C-543/08 Komisja przeciwko Portugalii, dotycząca szczególnych akcji, które Skarb Państwa posiada w spółce Energias de Portugal, oraz sprawa C-212/09 Komisja przeciwko Portugalii, dotycząca szczególnych akcji posiadanych przez Skarb Państwa w spółce GALP Energia SGPS SA.).

15 — Zobacz w szczególności ww. wyrok z dnia 4 czerwca 2002 r. w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 35, 40; wyroki: z dnia 13 maja 2003 r. w sprawie C-98/01 Komisja przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, Rec. s. I-4641, pkt 38, 43; z dnia 28 września 2006 r. w sprawach połączonych C-282/04 i C-283/04 Komisja przeciwko Niderlandom, Zb.Orz. s. I-9141, pkt 18.

16 — Zobacz w szczególności ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Portugalii, pkt 37; wyrok z dnia 23 października 2007 r. w sprawie C-112/05 Komisja przeciwko Niemcom, Zb.Orz. s. I-8995, pkt 18.

17 — Zobacz wyrok z dnia 16 marca 1999 r. w sprawie C-222/97 Trummer i Mayer, Rec. s. I-1661, pkt 21; ww. wyroki: w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 36, 37; z dnia 13 maja 2003 r. w sprawie Komisja przeciwko Zjednoczonemu Królestwu, pkt 39, 40; w sprawie Komisja przeciwko Niderlandom, pkt 19.

lub ograniczać nabywanie akcji w zainteresowanych przedsiębiorstwach i zniechęcić inwestorów z innych państw członkowskich do inwestowania w kapitał tych przedsiębiorstw, powinny być kwalifikowane jako „ograniczenia” w rozumieniu art. 56 ust. 1 WE¹⁸.

55. Republika Portugalska kwestionuje przede wszystkim fakt istnienia ograniczenia swobody przepływu kapitału podnosząc, że utworzenie spornych akcji wynika wprost i bezpośrednio z woli samej Portugal Telecom, a zatem z normalnego zastosowania prawa spółek. Innymi słowy, utworzenia spornych akcji uprzywilejowanych nie można przypisać Republice Portugalskiej, a tym samym nie stanowi ono środka państwowego w rozumieniu art. 56 WE.

56. Powyższa argumentacja zupełnie mnie nie przekonuje.

57. Co prawda ani ustawa ramowa o prywatyzacji, ani inne akty prawne regulujące różne etapy prywatyzacji Portugal Telecom nie nakładają obowiązku przyznania Skarbowi Państwa większości akcji uprzywilejowanych w kapitale tej spółki. Rozporządzenie z mocą ustawy nr 44/95, wprowadzające pierwszy

etap prywatyzacji, stanowi jedynie, że *gdyby umowa spółki przewidywała istnienie akcji, do których przypisane byłyby szczególne uprawnienia*, to powinny one zostać w większości objęte przez Skarb Państwa lub przez inne podmioty publiczne. To statut Portugal Telecom jednoznacznie ustanawia istnienie akcji uprzywilejowanych w kapitale zakładowym tej spółki, w rozumieniu art. 24 kodeksu spółek handlowych.

58. Jednakże bezsporne jest, że postanowienia statutu Portugal Telecom przyznające większość akcji uprzywilejowanych portugalskiemu Skarbowi Państwa zostały wprowadzone bezpośrednio po uchwaleniu rozporządzenia z mocą ustawy nr 44/95, w dniu 4 kwietnia 1995 r., tj. w okresie, kiedy Skarb Państwa był większościowym wspólnikiem spółki. Republika Portugalska potwierdziła zresztą w trakcie rozprawy, że w tamtym okresie do Skarbu Państwa należało 54,2% kapitału zakładowego Portugal Telecom.

59. A zatem to państwo, działając w charakterze ustawodawcy, zezwoliło na utworzenie akcji uprzywilejowanych w Portugal Telecom i państwo, działając w charakterze większościowego akcjonariusza tej spółki, faktycznie je wprowadziło, zmieniając statut Portugal Telecom, zgodnie z możliwościami, które

18 — Zobacz ww. wyroki: w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 41; z dnia 13 maja 2003 r. w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii, pkt 61; wyroki: z dnia 2 czerwca 2005 r. w sprawie C-174/04 Komisja przeciwko Włochom, Zb.Orz. s. I-4933, pkt 30, 31; z dnia 14 lutego 2008 r. w sprawie C-274/06 Komisja przeciwko Hiszpanii, pkt 20.

dawała mu ustawa ramowa o prywatyzacji i rozporządzenie z mocą ustawy nr 44/95¹⁹.

60. W tych okolicznościach nie wydaje mi się możliwe twierdzenie, że utworzenie akcji uprzywilejowanych może być przypisane wyłącznie Portugal Telecom.

61. Przyjęcie przeciwnej argumentacji prowadziłoby do umożliwienia państwom członkowskim uchylania się od stosowania art. 56 WE tylko na tej podstawie, że to nie „państwo–prawodawca”, lecz „państwo–akcjonariusz” utworzyło akcje uprzywilejowane w następstwie zezwolenia udzielonego przez państwo–prawodawcę! Jest oczywiste, że poparcie takiego sposobu rozumowania w dużym stopniu podważałoby skuteczność zakazu przewidzianego w art. 56 ust. 1 WE.

62. Jeśli chodzi o część przedstawionej przez Republikę Portugalską argumentacji odnoszącą się do faktu, że utworzenie akcji uprzywilejowanych było wyłącznie wynikiem

normalnego zastosowania prawa spółek, pozwolę sobie zauważyć, że akcje te mają pozostać własnością Skarbu Państwa, zgodnie z art. 15 ust. 3 ustawy ramowej o prywatyzacji, jako wyjątek od art. 4 kodeksu spółek handlowych, który stanowi, że szczególne uprawnienia w spółkach akcyjnych mogą być przyznawane tylko niektórym kategoriom akcji i są zbywalne wraz z tymi akcjami²⁰.

63. Z tego względu, jak trafnie zauważyła w replice Komisja, a czego nie zakwestionowała Republika Portugalska, mamy tu do czynienia z umową spółki wywodzącą się formalnie z umów prawa prywatnego, na którą ustawodawstwo krajowe wywiera wpływ wykraczający poza przepisy ogólne, polegający w szczególności na zakazie wprowadzania do swobodnego obrotu akcji uprzywilejowanych.

64. Ponadto nie budzi mojego przekonania podniesiony przez Republikę Portugalską argument wywiedziony z rzekomej słuszności rozróżnienia pomiędzy akcjami uprzywilejowanymi utworzonymi w ramach normalnego stosowania krajowego prawa spółek, a akcjami uprzywilejowanymi prawa publicznego.

19 — Interesujące zagadnienie, czy możliwe byłoby stwierdzenie uchylenia zobowiązaniom wynikającym z prawa wspólnotowego, gdyby statut Portugal Telecom nie został przyjęty, stanowi całkowicie teoretyczną hipotezę, ponieważ w niniejszej sprawie statut tej spółki został rzeczywiście zmieniony bezpośrednio po przyjęciu rozporządzenia z mocą ustawy nr 44/95 zgodnie z kierunkiem wskazanym przez ustawodawcę i portugalskie władze wykonawcze, natomiast Komisja potwierdziła w trakcie rozprawy, że zarzucane uchylenie dotyczy całości portugalskich przepisów w tym przedmiocie, w tym także zawartego w nich odwołania do statutu Portugal Telecom.

20 — Należy dodać, że art. 328 ust. 2 kodeksu spółek handlowych zezwala w drodze wyjątku na klauzule wyłączające zbywalność akcji, w szczególności klauzule wprowadzające wymóg zgody spółki, klauzule dotyczące prawa pierwszeństwa przysługującego innym akcjonariuszom oraz klauzule uzależniające zbycie od pewnych warunków. Jest oczywiste, że wyjątek przewidziany w ustawie ramowej o prywatyzacji nie należy do żadnej z trzech powołanych wyżej kategorii.

65. Nawet bowiem gdyby doszukiwać się pochodzenia tych akcji w prawie prywatnym, to ich utworzenie również należałoby przypisać Republice Portugalskiej. Moim zdaniem nie ulega wątpliwości, że państwa członkowskie jako sygnatariusze traktatu obowiązane są do przestrzegania zasad odnoszących się do swobód podstawowych, niezależnie od tego, czy działają jako organy publiczne czy podmioty prawa prywatnego. Przyjęcie odmiennego założenia oznaczałoby udostępnienie państwom członkowskim środków w celu obejścia powyższych zasad, zważywszy, że jako ustawodawcy mogłyby one bez trudu zmieniać krajowe prawo prywatne, zobowiązując na przykład spółki, w których posiadają udziały, do wprowadzenia do ich umów postanowień dających im różne szczególne uprawnienia²¹.

66. Z powyższych względów utworzenie akcji uprzywilejowanych należy niewątpliwie przypisać Republice Portugalskiej.

67. Jeżeli chodzi o ograniczający charakter portugalskich przepisów, w tym zawartego w nich odesłania do statutu Portugal Telecom, to należy stwierdzić, że akcje uprzywilejowane, które przepisy te przyznają Skarbowi Państwa, umożliwiają mu wywieranie

wpływu daleko wykraczającego poza rzeczywistą wartość posiadanych przezeń akcji. Ze względu na te akcje uprzedniej zgody portugalskiego Skarbu Państwa wymaga bowiem nie tylko duża liczba decyzji z zakresu zarządzania dotyczących struktury przedsiębiorstwa, jak również istotnych aspektów jego działalności, lecz także, jak wynika z zawartego w pkt 6 niniejszej opinii wyliczenia, nawet nabycie udziałów w kapitale zakładowym Portugal Telecom jest w niektórych wypadkach uzależnione od takiej uprzedniej zgody. Jak słusznie zauważa Komisja, portugalskie przepisy wprowadzają więc system uprzedniego zezwolenia administracyjnego dla przyjęcia niektórych decyzji z zakresu zarządzania oraz nabywania udziałów w Portugal Telecom.

68. Mimo tego, że Republika Portugalska nigdy nie skorzystała ze szczególnych uprawnień, jakie daje jej posiadanie większości akcji uprzywilejowanych w kapitale zakładowym Portugal Telecom, to fakt, iż podejmowanie decyzji o takim znaczeniu może być uzależnione od uprzedniej zgody Skarbu Państwa, może tylko zniechęcać operatorów z innych państw członkowskich do dokonywania inwestycji bezpośrednich w Portugal Telecom, zważywszy, że w takich okolicznościach nie mogliby uczestniczyć w zarządzaniu i kontroli nad tą spółką proporcjonalnie do wartości ich akcji²².

21 — Zobacz również podobnie pkt 22, 23 opinii rzecznika generalnego M. Poiaresa Madura w ww. sprawie Komisja przeciwko Niderlandom.

22 — Zobacz podobnie ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Niderlandom, pkt 27.

69. Podobnie przyznanie Skarbowi Państwa szczególnych uprawnień sprawia, że inwestycje portfelowe stają się mniej atrakcyjne, ponieważ wartość giełdowa akcji należących do akcjonariuszy prywatnych mogłaby zmniejszyć się w następstwie skorzystania przez Skarb Państwa z przysługującego mu prawa weta wobec decyzji, która byłaby zgodna z interesami Portugal Telecom.

70. Nie wydaje mi się, aby inne argumenty podniesione przez Republikę Portugalską były w stanie podważyć powyższe twierdzenia.

71. Przede wszystkim zupełnie nie przekonuje zarzut, jakoby art. 295 WE dawał państwu członkowskiemu prawo do posiadania akcji uprzywilejowanych, takich jak te w niniejszej sprawie.

72. Wystarczy w tym względzie stwierdzić, że, jak słusznie przypomniała Komisja²³, nie można przeceniać obaw, które w zależności od okoliczności mogą uzasadniać utrzymanie przez państwa członkowskie pewnych wpływów w przedsiębiorstwach, które były początkowo przedsiębiorstwami państwowymi, a następnie zostały sprywatyzowane, jeżeli przedsiębiorstwa te prowadzą działalność w dziedzinie usług użyteczności publicznej lub usług o charakterze strategicznym. W żadnym wypadku obawy te nie pozwalają państwom członkowskim powoływać się na obowiązujące u nich zasady prawa własności,

o których mowa w art. 295 WE, w celu usprawiedliwienia przeszkód w stosunku do swobód przewidzianych w traktacie, wynikających z systemu zezwoleń administracyjnych zastosowanego do prywatyzowanych przedsiębiorstw. Jest bowiem oczywiste, że artykuł ten nie może skutkować wyłączeniem obowiązujących w państwach członkowskich zasad prawa własności spod działania podstawowych zasad traktatu²⁴.

73. Nie przekonuje również podniesiony przez Republikę Portugalską argument, zgodnie z którym Trybunał powinien zastosować w niniejszej sprawie rozumowanie zawarte w ww. wyroku w sprawie Keck i Mithouard.

74. Należy w tym względzie zauważyć, że rozumowanie to, zastosowane w niniejszej sprawie, prowadziłoby, zdaniem Republiki Portugalskiej, do wniosku, że ponieważ mamy do czynienia z niedyskryminującymi zasadami dotyczącymi zarządzania tymi udziałami, a nie nabywania ich, to niemożliwe jest naruszenie swobody przepływu kapitału.

75. Otóż argumentowi temu, z jednej strony, brak podstaw faktycznych, ponieważ oczywistym jest, że wśród decyzji uzależnionych od uprzedniej zgody Skarbu Państwa znajduje się *nabycie* akcji zwykłych w liczbie przekraczającej 10% kapitału zakładowego Portugal Telecom przez akcjonariuszy prowadzących działalność konkurencyjną względem działalności prowadzonej przez spółki kontrolowane przez Portugal Telecom. Z tego względu

23 — Zobacz pkt 35 niniejszej opinii.

24 — Zobacz podobnie ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Portugalii, pkt 47, 48 i przytoczone tam orzecznictwo.

uchybie nie zarzucane Republice Portugal-skiej nie zanika całkowicie.

76. Z drugiej strony, uważam w każdym razie, że wywierany przez Republikę Portugal-ską, dzięki akcjom uprzywilejowanym, wpływ na decyzje z zakresu zarządu Portugal Telecom, takie jak te będące przedmiotem niniej-szej sprawy, może również być tego rodzaju, że zniechęca to inwestorów z innych państw członkowskich do nabywania udziałów w tej spółce. Takie samo stanowisko zajął zresztą Trybunał w sprawie Komisja przeciwko Ni-derlandom, odrzucając argument Królestwa Niderlandów, jakoby żadne ograniczenie swobody przepływu kapitału nie miało miej-sca z tego powodu, że posiadane przez nider-landzki Skarb Państwa akcje specjalne miały wpływ wyłącznie na decyzje z zakresu zarzą-du przedsiębiorstw pocztowo – telekomuni-kacyjnych, których dotyczyła tamta sprawa²⁵.

77. Wreszcie, jeśli chodzi o podniesioną przez Republikę Portugal-ską kwestię, jakoby posiadanie szczególnych uprawnień przy-bierało charakter prawa podstawowego, to należy przypomnieć, że prawa podstawowe stanowią integralną część ogólnych zasad prawnych, których przestrzeganie zapew-nia Trybunał opierając się w tym zakresie na tradycjach konstytucyjnych wspólnych państwom członkowskim, jak również na ak-tach międzynarodowych dotyczących ochro-ny praw człowieka, przy tworzeniu których

państwa członkowskie współpracowały lub do których przystąpiły, w szczególności na EKPC²⁶. Tymczasem należy zauważyć, że Republika Portugalska w żadnym momencie niniejszego postępowania nie powołała się na fakt, iż prawo posiadania szczególnych uprawnień w sprywatyzowanym przedsię-biorstwie należy do tradycji konstytucyjnych wspólnych państwom członkowskim bądź też figuruje chociaż w jednym akcie międzynaro-dowym dotyczącym ochrony praw człowieka.

78. W świetle powyższych rozważań sądzę, że przyznanie Skarbowi Państwa większości wspomnianych akcji uprzywilejowanych sta-nowi co do zasady ograniczenie w rozumie-niu art. 56 ust. 1 WE.

b) W przedmiocie ewentualnego uzasadnie-nia ograniczeń

79. Jak wynika z utrwalonego orzecznictwa, swobodny przepływ kapitału może zostać

25 — Zobacz ww. wyrok, pkt 16, 24.

26 — Zobacz podobnie wyrok z dnia 27 czerwca 2006 r. w spra-wie C-540/03 Parlament przeciwko Radzie, Zb.Orz. s. I-5769, pkt 35 i przywołane tam orzecznictwo.

ograniczony na mocy uregulowań krajowych uzasadnionych względami wymienionymi w art. 58 WE lub nadrzędnymi względami interesu ogólnego, o ile nie istnieje wspólnotowy przepis harmonizujący przewidujący środki konieczne dla zagwarantowania ochrony tych interesów²⁷.

80. W braku tego rodzaju harmonizacji wspólnotowej do państw członkowskich należy decyzja, na jakim poziomie chcą zapewnić ochronę określonych interesów prawnych oraz co do sposobu, w jakim ten poziom ochrony chcą osiągnąć, w poszanowaniu traktatu, a w szczególności zasady proporcjonalności, która wymaga, aby podjęte środki były właściwe dla zagwarantowania osiągnięcia zamierzonego przez nie celu i nie wykraczały poza to, co jest konieczne dla jego osiągnięcia²⁸.

81. Republika Portugalska twierdzi, że w niniejszej sprawie istnieje kilka względów interesu ogólnego, które uzasadniałyby ograniczenie swobody przepływu kapitału, w szczególności względy bezpieczeństwa publicznego, wymóg zagwarantowania świadczenia powszechnej usługi telekomunikacyjnej, konieczność zapewnienia pewnego poziomu konkurencji na rynku usług telekomunikacyjnych, jak również konieczność

uniknięcia ewentualnych perturbacji na rynku kapitałowym.

82. Jeśli chodzi o ostatnie dwie podstawy uzasadnienia przytoczone przez Republikę Portugalską, to Trybunał nie powinien poświęcać nadmiernej uwagi w celu ich badania, ponieważ, moim zdaniem, nie stanowią one nawet właściwych względów interesu ogólnego, które mogłyby uzasadniać ograniczenia swobody przepływu kapitału.

83. Po pierwsze, jeśli bowiem chodzi o ryzyko spowodowania perturbacji na rynku kapitałowym, to należy ono do podstaw o charakterze ekonomicznym, które zgodnie z utrwalonym orzecnictwem Trybunału nie mogą stanowić uzasadnienia zakazanych przez traktat ograniczeń²⁹.

84. Po drugie, jeśli chodzi o cel, jakim jest zapewnienie pewnego poziomu konkurencji na rynku usług telekomunikacyjnych, który, zdaniem Republiki Portugalskiej, nie jest zupełnie konkurencyjny z tego względu, że Portugal Telecom zachowała własność sieci okablowania i kabli miedzianych, jak również prowadzi działalność hurtową i detaliczną – to należy zauważyć, iż Trybunał orzekł już wcześniej, że interes związany z ogólnym wzmocnieniem struktury konkurencji na

27 — Zobacz podobnie w szczególności ww. wyroki: w sprawie Komisja przeciwko Portugalii, pkt 49; z dnia 14 lutego 2008 r. w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii, pkt 35.

28 — Zobacz w tym względzie wyrok z dnia 14 marca 2000 r. w sprawie C-54/99 Eglise de Scientologie, Rec. s. I-1335, pkt 18; a także ww. wyroki: w sprawie Komisja przeciwko Belgii, pkt 45; Komisja przeciwko Portugalii, pkt 49; z dnia 14 lutego 2008 r. w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii, pkt 36.

29 — Zobacz w szczególności ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Portugalii, pkt 52.

danym rynku nie może stanowić należytego uzasadnienia ograniczeń swobody przepływu kapitału³⁰.

85. W każdym razie zarzut, jakoby utrzymanie w Portugal Telecom akcji uprzywilejowanych, do których przypisane są szczególne uprawnienia, było konieczne dla osiągnięcia tego celu, zasługuje na oddalenie, ponieważ, według mnie, wystarczyłoby, aby Republika Portugalska przyznała niezbędne kompetencje właściwym organom regulacyjnym³¹. Jeśli chodzi o tę kwestię, to Republika Portugalska nie wyjaśniła powodów, dla których przyznanie takich kompetencji nie byłoby możliwe.

86. Jeśli chodzi o dwie właściwe podstawy uzasadnienia oparte, odpowiednio, na względach bezpieczeństwa publicznego oraz na wymogu zagwarantowania świadczenia powszechnej usługi telekomunikacyjnej, to przyznanie Skarbowi Państwa akcji uprzywilejowanych w kapitale zakładowym Portugal Telecom nie wydaje mi się ani konieczne, ani proporcjonalne dla osiągnięcia któregokolwiek z tych celów.

30 — Zobacz ww. wyroki: w sprawie Komisja przeciwko Portugalii, pkt 52; Komisja przeciwko Włochom, pkt 37; w sprawie C-274/06 Komisja przeciwko Hiszpanii, pkt 44.

31 — Poza tym, jeżeli chodzi o podniesiony przez Republikę Portugalską zarzut, jakoby wewnętrzne uregulowania prawne nie dawały temu organowi odpowiednich dla osiągnięcia wspomnianego celu kompetencji, poprzestane na przywołaniu utrwalonego orzecznictwa, zgodnie z którym państwo członkowskie nie może powoływać się na przepisy, praktyki lub sytuacje w jego wewnętrznym porządku prawnym dla uzasadnienia uchybienia zobowiązaniom wynikającym z prawa wspólnotowego: zob. w szczególności wyroki: z dnia 20 listopada 2008 r. w sprawie C-94/08 Komisja przeciwko Hiszpanii, pkt 21; z dnia 4 czerwca 2009 r. w sprawie C-568/07 Komisja przeciwko Grecji, Zb.Orz. s. I-4505, pkt 50.

87. Jeżeli chodzi o pierwszą z wymienionych podstaw, to o ile stanowi fakt bezsporny, że Portugal Telecom jest właścicielem rozległej infrastruktury telekomunikacyjnej, która odgrywa istotną rolę w sytuacji kryzysu, wojny lub katastrofy żywiołowej, o tyle zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału wymogi bezpieczeństwa publicznego, jako odstępstwo od swobody przepływu kapitału, należy interpretować ściśle, w związku z czym można się na nie powoływać tylko w przypadku rzeczywistego i dostatecznie poważnego zagrożenia mającego wpływ na podstawowe interesy społeczeństwa³². Tymczasem rząd portugalski w żaden sposób nie wykazał, że procedura uprzedniego zezwolenia administracyjnego wynikająca z posiadania w kapitale zakładowym Portugal Telecom akcji uprzywilejowanych jest uruchamiana wyłącznie w przypadku „rzeczywistego i dostatecznie poważnego” zagrożenia, które mogłoby mieć wpływ na podstawowe interesy społeczeństwa.

88. Jeżeli chodzi o wymóg zagwarantowania świadczenia powszechnej usługi telekomunikacyjnej, to posiadanie przez Republikę Portugalską w Portugal Telecom akcji uprzywilejowanych, do których przypisane są szczególne uprawnienia, nie może być uznane ze środków konieczny dla osiągnięcia takiego celu. Moim zdaniem mechanizmy kompensacji kosztów poniesionych w związku ze świadczeniem powszechnej usługi telekomunikacyjnej, wdrożone w każdym państwie członkowskim zgodnie z wtórnym

32 — Zobacz w szczególności ww. wyroki: z dnia 13 maja 2003 r. w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii, pkt 72; z dnia 14 lutego 2008 r. w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii, pkt 39.

prawem wspólnotowym³³, mogą w wystarczająco skuteczny sposób zapewnić świadczenie usługi powszechnej, do świadczenia której w niniejszej sprawie obowiązana jest Portugal Telecom. Poza tym Republika Portugalska nie może zasadnie i w sposób spójny twierdzić, że akcje uprzywilejowane miałyby zapobiec temu, aby świadczenie takiej usługi powszechnej przeszło w całości w ręce akcjonariuszy prywatnych, podczas gdy samo to państwo członkowskie podjęło decyzję o całkowitej prywatyzacji Portugal Telecom.

89. Ponadto uważam, że sporne przepisy wprowadzone przez Republikę Portugalską rażąco wykraczają poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia zamierzonych rzekomo celów.

90. W szczególności na odrzucenie zasługuje zarzut Republiki Portugalskiej, jakoby przysługujące jej szczególne uprawnienia były analogiczne do szczególnych uprawnień Królestwa Belgii, które były przedmiotem postępowania zakończonego ww. wyrokiem

w sprawie Komisja przeciwko Belgii i które Trybunał uznał za zgodne z art. 56 WE.

91. W tej sprawie szczególne akcje posiadane przez Królestwo Belgii w spółkach SNTC i Distrigaz dawały mu bowiem prawo *sprzeciwu a posteriori* wobec szczegółowo wymienionych decyzji z zakresu zarządu wyłącznie w sytuacji, gdy naruszone były cele polityki krajowej. Poza tym wykonanie prawa sprzeciwu musiało być formalnie uzasadnione i podlegało skutecznej kontroli sądowej³⁴.

92. Natomiast w niniejszej sprawie, jak już zauważyłem, mamy do czynienia z systemem uprzedniego zezwolenia administracyjnego. Ponadto powyższe uprzednie zezwolenie nie odnosi się do ograniczonej liczby decyzji z zakresu zarządu, lecz do całego wachlarza fundamentalnych dla istnienia spółki decyzji, w tym w niektórych przypadkach do nabywania udziałów przekraczających próg 10% kapitału zakładowego Portugal Telecom. Również wykonywanie wspomnianych uprawnień przez Skarb Państwa jest w niniejszej sprawie uzależnione jedynie od warunku, iż przemawiają za tym „względy interesu narodowego”³⁵. Poza tym, jeżeli nawet możliwa jest kontrola sądowa przypadków korzystania przez Skarb Państwa z prawa weta, to odpowiednie akty prawne nie dostarczają sądowi

33 — Zobacz w tym względzie dyrektywę Komisji 96/19/WE z dnia 13 marca 1996 r. zmieniającą dyrektywę 90/388/EWG w zakresie wprowadzenia pełnej konkurencji na rynkach telekomunikacyjnych (Dz.U. L 74, s. 13) oraz dyrektywę 2002/22/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (dyrektywa o usłudze powszechnej) (Dz.U. L 108, s. 51).

34 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Komisja przeciwko Belgii, pkt 49-52.

35 — Zobacz art. 15 ust. 3 ustawy ramowej o prywatyzacji.

krajowemu wystarczająco precyzyjnych kryteriów, tak aby mógł on rzeczywiście sprawować kontrolę wykonywania uznaniowych uprawnień Skarbu Państwa.

prywatyzowanego przedsiębiorstwa Portugal Telecom, do których przypisane są szczególne uprawnienia, stanowią ograniczenie swobody przepływu kapitału w rozumieniu art. 56 WE.

93. Tym samym uważam, że Republika Portugalska nie może powoływać się w niniejszej sprawie w drodze analogii na ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Belgii.

c) W przedmiocie istnienia ograniczenia, o którym mowa w art. 43 WE

94. Wynika z tego, że Republika Portugalska nie przedstawiła dowodów, które wykazałyby, że cele, na które powołało się to państwo, próbując uzasadnić wdrożenie badanego w niniejszej sprawie systemu uprzednich zezwoleń administracyjnych, nie mogłyby zostać osiągnięte przy użyciu mniej restrykcyjnych środków, takich jak na przykład system zgłoszenia a posteriori³⁶.

96. Komisja twierdzi, że przyznanie portugalskiemu Skarbowi Państwa wspomnianych akcji w Portugal Telecom skutkuje również naruszeniem art. 43 WE.

95. Mając na względzie powyższe rozważania, należy stwierdzić, że przepisy krajowe (w tym zawarte w nich odesłanie do statutu Portugal Telecom), przyznające Republice Portugalskiej akcje uprzywilejowane

97. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału w zakresie, w jakim sporne przepisy stanowią ograniczenie swobody działalności gospodarczej, są one bezpośrednią konsekwencją istnienia przeszkód w swobodnym przepływie kapitału, z którymi są one nierozdzielnie związane³⁷. W konsekwencji nie ma konieczności dokonywania oddzielnego badania spornego systemu w świetle traktatowych zasad dotyczących swobody działalności gospodarczej.

36 — Zgodnie bowiem z orzecznictwem Trybunału, system zgłoszenia a posteriori jest co do zasady środkiem mniej ograniczającym swobodę przepływu kapitału, pod warunkiem, że jest oparty na obiektywnych i niedyskryminujących kryteriach, uprzednio podanych do wiadomości zainteresowanych przedsiębiorstw, oraz że każdy, przeciwko komu skierowany został tego rodzaju środek ograniczający, ma możliwość odwołania się; zob. ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Portugalii, pkt 50; ww. wyrok z dnia 13 maja 2003 r. w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii, pkt 69; a także z dnia 17 lipca 2008 r. w sprawie C-207/07 Komisja przeciwko Hiszpanii, pkt 48.

37 — Zobacz w szczególności ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Belgii, pkt 59; wyrok z dnia 23 maja 2000 r. w sprawie C-58/99 Komisja przeciwko Włochom, Rec. s. I-3811, pkt 20; ww. wyroki: z dnia 13 maja 2003 r. w sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii, pkt 86; w sprawie Komisja przeciwko Niderlandom, pkt 43.

VII — Wnioski

98. Z powyższych względów proponuję, aby Trybunał:

- stwierdził, że Republika Portugalska poprzez utrzymanie w Portugal Telecom SGPS SA. szczególnych uprawnień Skarbu Państwa i innych podmiotów publicznych, przyznanych w związku z akcjami uprzywilejowanymi Skarbu Państwa w Portugal Telecom SGPS SA., uchybiła zobowiązaniom ciążącym na niej na mocy art. 56 WE, oraz
- obciążył Republikę Portugalską kosztami postępowania.