

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 6 november 2008¹

I — Inledning

1. Allt som glimmar guld ej är. Denna inskrift lägger William Shakespeare in i Köpmannen i Venedig,² när prinsen av Marocko väljer det gyllene skrinet för att erövra Portias hjärta. När det gäller "gyllene aktier" borde detta talesätt ha trängt djupare in i medlemsstaternas medvetande. I stället försöker de spela kung Midas, men har ersatt guldet med andelar i bolag som är verksamma inom strategiska områden eller tillhandahåller allmännyttiga tjänster.

2. I sina alkemistiska utsvävningar glömmer regeringarna emellertid ofta bort gemenskapsrättens korrigerande verkan. Genom denna undanröjs de varmt omhuldade särskilda privilegier som regeringarna vill komma i åtnjutande av för att kunna sätta sig över vanliga aktieägare. Utan tvivel har regeringarna de allra bästa avsikter när de

hänvisar till allmänintresset, men detta rättfärdigar inte att de undandrar sig den disciplin som bestämmelserna i EG-fördraget kräver.

3. Den talan som kommissionen nu har väckt mot Republiken Italien sällar sig till den kategori av mål som rör så kallade "gyllene aktier". Sedan domen i målet kommissionen mot Tyskland³ kan dessa beskrivas som rättsliga strukturer som är tillämpliga på enskilda företag och som bevarar eller bidrar till att bevara den offentliga sektorns inflytande över dessa företag.⁴ Kommissionen har i huvudsak yrkat att domstolen ska fastställa att kriterierna i ett dekret enligt vilket vissa myndigheter ges särskilda i lag fastställda befogenheter strider mot den fria rörligheten för kapital och mot etableringsrätten.

1 — Originalspråk: spanska.

2 — Shakespeare, W., *Teatro completo*, Galaxia-Gutemberg/Círculo de lectores, "El mercader de Venecia", översättning av Vicente Molina Fox; andra akten, scen 7, s. 555.

3 — Dom av den 23 oktober 2007 i mål C-112/05, kommissionen mot Tyskland (REG 2007, s. I-8995), och mitt förslag till avgörande, föredraget den 13 februari 2007.

4 — Van Bekkum, J./Kloosterman, J./Winter, J., "Golden Shares and European Company Law: the Implications of Volkswagen", i *European Company Law*, band 5/1, februari 2008, s. 8.

II — Tillämpliga bestämmelser

relser mellan medlemsstater samt mellan medlemsstater och tredjeland vara förbjudna.”

A — De gemenskapsrättsliga bestämmelserna

4. Giltigheten av de nationella bestämmelser som kommissionen har ifrågasatt när det gäller ”gyllene aktier” brukar prövas av domstolen mot bakgrund av två av de grundläggande friheterna i EG-fördraget, nämligen etableringsrätten och den fria rörligheten för kapital. När det gäller den förstnämnda är artikel 43 EG första stycket tillämplig, vilken har följande lydelse:

”Inom ramen för nedanstående bestämmelser skall inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium förbjudas. Detta förbud skall även omfatta inskränkningar för medborgare i en medlemsstat som är etablerad i någon medlemsstat att upprätta kontor, filialer eller dotterbolag.”

5. När det däremot gäller den fria rörligheten för kapital så behandlas den i artikel 56.1 EG:

”1. Inom ramen för bestämmelserna i detta kapitel skall alla restriktioner för kapitalrö-

6. Dessutom bör artikel 295 EG beaktas mot bakgrund av den betydelse som tolkningen av denna artikel har:

”Detta fördrag skall inte i något hänseende ingripa i medlemsstaternas egendomsordning.”

7. Inom sekundärrätten berörs i första hand direktiv 88/361/EEG,⁵ där det i bilaga 1 finns en nomenklatur för att klassificera de kapitalrörelser som avses i artikel 1. Där nämns särskilt ”förvärv av del i nya eller befintliga företag i syfte att upprätthålla eller vidmakthålla varaktiga ekonomiska relationer” (direkta investeringar)⁶ och ”utlänningars förvärv av inhemska värdepapper som omsätts på en fondbörs” (portföljinvesteringar).⁷

5 — Rådets direktiv av den 24 juni 1988 för genomförandet av artikel 67 i fördraget (EGT L 178, s. 5; svensk specialutgåva, område 10, volym 1, s. 44).

6 — Punkt I.2 i denna bilaga.

7 — Punkt III.A.1 i samma bilaga.

B — *De italienska bestämmelserna*

flera av följande särskilda befogenheter, vilka ska utövas i samråd med näringsministern.”

8. Genom artikel 4.227–4.231 i den italienska finanslagen av år 2004 (nedan kallad finanslagen)⁸ ändrades lagdekret nr 332 av den 31 maj 1994,⁹ i ändrad lydelse omvandlat till lag nr 474 av den 30 juli 1994 om föreskrifter för att påskynda försäljning av statens och andra offentliga organs aktieinnehav i aktiebolag.¹⁰

9. I artikel 4.227 regleras de särskilda befogenheter som den italienska staten åtnjuter med avseende på vissa bolag. Det gäller framför allt artikel 4.227 första stycket genom vilken lydelsen av artikel 2.1 i lagdekret nr 332 har ändrats. Den bestämmelsen har nu följande lydelse:

”1. Premiärministern ska genom dekret ... ange de bolag, verksamma inom försvars-, transport-, telekommunikations- och energisektorer eller andra offentliga tjänstesektorer och som direkt eller indirekt står under statlig kontroll, i vars bolagsordning det genom beslut vid en extra bolagsstämma innan en åtgärd vidtas som leder till förlust av kontroll ska införas en bestämmelse som ger ekonomi- och finansministern en eller

10. Den italienska statens särskilda befogenheter beskrivs därefter ingående i artikel 2 a–d och kan sammanfattas enligt följande:

- a) Att kunna motsätta sig att investerare förvärvar en väsentlig andel, motsvarande minst 5 procent av rösterna eller det lägre procenttal som finansministeriet fastställer genom dekret.
- b) Att kunna motsätta sig att aktieägare som har minst 5 procent av rösterna eller det lägre procenttal som finansministeriet fastställer genom dekret ingår överenskommelser sinsemellan.
- c) Vetorätt vid beslut om likvidation, företagsöverlåtelse, fusion, delning, flyttning av bolagets säte till utlandet eller ändring av bolagets syfte eller av bolagsordningen så att de särskilda befogenheterna avskaffas eller ändras.

8 — Lag nr 350/2003 av den 24 december 2003 (GURI nr 299 av den 27 december 2003).

9 — GURI nr 126 av den 1 juni 1994.

10 — GURI nr 177 av den 30 juli 1994.

- d) Att kunna utse en ledamot utan rösträtt. ”2. Med förbehåll för det syfte som anges i punkt 1, får de särskilda befogenheter som avses i artikel 2.1 a–c i lagdekret nr 332 av år 1994 utövas om följande omständigheter föreligger:

11. Den 10 juni 2004 antog premiärministern ett sådant dekret¹¹ som avses i artikel 4.230 i finanslagen. I artikel 1.1 i dekretet föreskrivs följande:

”De särskilda befogenheter som stadgas i artikel 2 i lagdekret nr 332 av år 1994 får endast utövas om det med hänsyn till allmänintresset finns avgörande och tvingande skäl, särskilt rörande allmän ordning, allmän säkerhet, folkhälsa och försvar. Befogenheterna ska vara lämpliga och stå i proportion till skyddet av dessa intressen, vilket ska innefatta relevanta frister, och de får inte strida mot principerna i den nationella rättsordningen och i gemenskapsrätten, i första hand icke-diskrimineringsprincipen.”

12. I artikel 1.2 i dekretet anges kriterier för när de offentliga myndigheterna får använda sig av de särskilda maktmedlen:

a) En allvarlig och verklig risk för avbrott i den nationella minimiförsörjningen av olje- och energiprodukter och i tillhandahållandet av anknytande tjänster och sidotjänster, samt i allmänhet i försörjningen av råvaror, viktiga tjänster för allmänheten eller miniminivån för telekommunikations- och transporttjänster.

b) En allvarlig och verklig risk för att skyldigheterna gentemot allmänheten vad gäller en allmännyttig tjänst inte kan fortsätta att fullgöras och att tjänster som samhället ska tillhandahålla i allmänhetens intresse inte kan fortsätta att tillhandahållas.

c) En allvarlig och verklig fara för säkerheten vid anläggningar och nät för viktiga allmännyttiga tjänster.

11 — GURI nr 139 av den 16 juni 2004.

d) En allvarlig och verklig fara för landets försvar, den militära säkerheten, den allmänna ordningen och den allmänna säkerheten.

den rättspraxis som följer av domstolens dom i mål C-58/99¹² och i november svarade de att de i slutet av det året skulle anta bestämmelser som överensstämde med gemenskapsrätten.

e) Hälsorisker.”

III — Det administrativa förfarandet

13. Eftersom den italienska regeringen varken i svaromålet eller i repliken har bestritt någon av de faktiska omständigheter som kommissionen har åberopat, bör den redogörelse för omständigheterna i målet som återfinns i ansökan godtas, även om de delar som inte är nödvändiga för att avgöra målet inte behöver beaktas.

14. Kommissionen riktade i februari 2003 en formell underrättelse till den italienska regeringen rörande huruvida artikel 66 i finanslag nr 488 av den 23 december 1999 och premiärministerdekretet av den 11 februari 2000 om privatisering av statliga företag är förenliga med gemenskapsrätten.

15. I juni 2003 svarade de italienska myndigheterna att dekretet utgjorde en utveckling av

16. Efter att ha antagit de aviserade förändringarna underrättade den italienska regeringen i januari 2004 kommissionen om lydelsen av finanslagen för det året, vilken innehöll ett mandat för premiärministern att inom 90 dagar efter det att lagen trätt i kraft anta ett dekret med kriterierna för att utöva de särskilda befogenheterna.

17. Den 30 juni 2004 fick kommissionen meddelandet om denna tillämpningsföreskrift, nämligen det omtvistade dekretet.

18. Den 22 december 2004 riktade kommissionen en kompletterande formell underrättelse till de italienska myndigheterna, eftersom den ansåg att det fortfarande förelåg ett åsidosättande av reglerna i EG-fördraget om fri rörlighet för kapital och etableringsfrihet, trots de ändrade bestämmelserna och de nya kriterierna för utövande av de särskilda maktmedlen.

12 — Dom av den 23 maj 2000 i mål C-58/99, kommissionen mot Italien (REG 2000, s. I-3811).

19. Den 24 maj 2005 svarade den italienska regeringen att lagdekret nr 332 och dekretet av den 10 juni 2004 utgjorde ett system med ”gyllene aktier” för förvaltning av bolag med ett statligt ägande som var förenligt med gemenskapsrätten.

20. Kommissionen godtog inte denna invändning, utan skickade ett motiverat yttrande till den italienska regeringen den 18 oktober 2005. Den 20 december 2005 bestred de italienska myndigheterna detta yttrande och kommissionen väckte därför talan vid domstolen.

IV — Förfarandet vid domstolen och parternas yrkanden

21. Kommissionens begäran inkom till domstolens kansli den 13 juli 2007 och svaromålet från den italienska regeringen den 5 oktober samma år.

22. Repliken och dupliken inkom den 16 november 2007 respektive den 7 februari 2008.

23. Kommissionen har yrkat att domstolen ska förklara att Republiken Italien har underlåtit att fullgöra sina skyldigheter enligt artiklarna 43 och 56 i EG-fördraget genom att utfärda bestämmelserna i artikel 1.2 i dekretet av den 10 juni 2004, om definition av kriterierna för utövande av de särskilda befogenheter som avses i artikel 2 i lagdekret nr 332, i ändrad lydelse omvandlat till lag nr 474 av den 30 juli 1999, i dess lydelse enligt artikel 4.227 a–c i finanslagen. Vidare har kommissionen yrkat att domstolen ska förplikta den italienska regeringen att ersätta rättegångskostnaderna.

24. Den italienska regeringen har yrkat att talan om fördragsbrott ska ogillas och att kommissionen ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

25. Ombuden för den italienska regeringen respektive kommissionen yttrade sig muntligen under förhandlingen den 2 oktober 2008.

V — Bedömning av huruvida fördragsbrott föreligger

A — Inledande synpunkter

1. Om tvisteföremålet

26. I sina skrivelser¹³ har den italienska regeringen framställt en invändning om rättegångshinder avseende merparten av argumenten som ligger till grund för denna talan om fördragsbrott, men inte avseende talan i dess helhet. Den menar att den kritik som har framförts i begäran och i repliken egentligen inte är riktad mot det omtvistade dekretet, utan mot de särskilda befogenheter som föreskrivs i lagdekret nr 332. Det invändes emellertid inte mot dessa befogenheter i det motiverade yttrandet. Kommissionen har därför påstått att det är regleringen av dessa särskilda befogenheter som utgör ett fördragsbrott och utvidgar därmed i smyg föremålet för talan.

27. Sökanden å sin sida har i repliken¹⁴ bekräftat att det bara har ifrågasatts huruvida artikel 1.2 i det omtvistade dekretet är proportionerlig, särskilt vad avser kriterierna för att den italienska staten ska få utöva dessa särskilda befogenheter. Sökanden har anfört att kriterierna inte är tillräckligt specifika för att investerare ska kunna veta när myndigheterna får utöva de särskilda befogenheterna. Sökanden har emellertid medgett att det finns

ett behov av att göra en proportionalitetsanalys med avseende på legitimiteten i att utöva dessa särskilda befogenheter och även med avseende på lämpligheten att göra det.¹⁵

28. Enligt fast rättspraxis avgränsas föremålet för en talan som väcks med stöd av artikel 226 EG av det i den bestämmelsen angivna administrativa förfarandet. Kommissionens motiverade yttrande och talan ska följaktligen vila på samma grunder och argument, vilket innebär att kritik som inte har framförts i det nämnda yttrandet inte kan prövas.¹⁶ Av denna rättspraxis följer att syftet med en sådan överlappning mellan det administrativa förfarandet och talan vid domstolen är att ge den berörda medlemsstaten möjlighet att såväl fullgöra sina skyldigheter enligt gemenskapsrätten som på lämpligt vis redogöra för de argument som den finner relevanta för att bemöta kommissionens anmärkningar.

29. Den italienska regeringens invändning om rättegångshinder kan inte vinna framgång eftersom en jämförelse mellan den formella underrättelsen,¹⁷ det motiverade yttrandet¹⁸ och ansökan visar dels att kommissionens avsikt endast är att få till stånd en prövning av det omtvistade dekretet, dels att tvisteföre-

15 — I punkt 5 i repliken.

16 — Exempelvis dom av den 11 maj 1989 i mål 76/86, kommissionen mot Tyskland (REG 1989, s. 1021), punkt 8, av den 20 mars 1997 i mål C-96/95, kommissionen mot Tyskland (REG 1997, s. I-1653), punkt 22, av den 11 juni 1998 i mål C-206/96, kommissionen mot Luxemburg (REG 1998, s. I-3401), punkt 13, och av den 24 juni 2004 i mål C-350/02, kommissionen mot Nederländerna (REG 2004, s. I-6213), punkterna 19 och 20.

17 — Skrivelse från kommissionen till Republiken Italiens ständiga representation den 6 februari 2003.

18 — Skrivelse från kommissionen till denna representation den 18 oktober 2005.

13 — Närmare bestämt i punkterna 4 och 14 a *contrario sensu* i svaromålet samt punkterna 2, 4 och 43 *in fine* i dupliken.

14 — Punkt 3 och följande punkter i den skrivelsen.

målet i det sistnämnda dokumentet har begränsats till dekretet, medan de föregående dokumenten innehåller vissa riktlinjer för att angripa giltigheten av de särskilda befogenheterna i sig.¹⁹

30. Även om det skulle röra sig om en inskränkning av tvisteföremålet är det under alla förhållanden tillräckligt att peka på att domstolen har godtagit en sådan möjlighet vid talan om fördragsbrott, men däremot inte godtagit att tvisteföremålet utvidgas.²⁰

31. Den italienska regeringens argumentation är dessutom alltför sofistisk. Den italienska regeringen har antytt att kommissionen då den klandrar det omtvistade dekretet i själva verket angriper de särskilda befogenheternas art, eftersom utövandet av befogenheterna inte kan bedömas utan att de genomgår en rättslig prövning. Genom att likställa formuleringen av de särskilda befogenheterna med utövandet av dem, förväxlar den bestämmelsen där de erkänns (artikel 2.1 a–d i lagdekret nr 332) med den som reglerar utövandet av dem (artikel 1.2 i nämnda dekret).

32. Sammanfattningsvis handlar tvisten mellan kommissionen och den italienska regeringen om huruvida bestämmelserna i det ovan nämnda dekretet är proportioner-

liga. Kommissionens samtliga argument i skrivelserna är giltiga.

33. Det kan ifrågasättas huruvida de särskilda befogenheterna i lagdekret nr 332 är förenliga med bestämmelserna om fri rörlighet i fördraget, men fördragsbrottsförfarandets särskilda karaktär gör att domstolen inte får pröva denna fråga *ex officio*, eftersom den då skulle gå utöver vad som yrkats (*ultra petita*).

34. Därför kan omständigheterna kring denna talan sägas vara minst sagt märkliga: det har yrkats att domstolen ska pröva huruvida utövandet av vissa särskilda befogenheter är proportionerligt, utan att det först har begärts att domstolen ska avgöra om dessa befogenheter är förenliga med de grundläggande friheterna i EG-fördraget. Eftersom det inte är uteslutet att denna fråga kommer att ställas i andra mål, uppmanar jag kommissionen att, inte minst av processökonomiska skäl, samordna sina frågor och därmed utnyttja de allmänna medlen på ett bättre sätt.

2. Huruvida artikel 295 EG är relevant

19 — På sidan 7 näst sista stycket i den formella underrättelsen och på sidan 6 sista stycket i det motiverade yttrandet.

20 — Dom av den 16 september 1997 i mål C-279/94, kommissionen mot Italien (REG 1997, s. I-4743), punkt 25.

35. Även om den italienska regeringen inte till sitt försvar har åberopat att artikel 295 EG ska iakttas, vilken undersöktes ingående

i mina förslag till avgörande i målen kommissionen mot Portugal, kommissionen mot Frankrike och kommissionen mot Belgien,²¹ respektive i målen kommissionen mot Spanien och kommissionen mot Förenade kungariket,²² motiverar utformningen av de omtvistade särskilda befogenheterna att det redogörs för den ståndpunkt som jag intog i dessa förslag till avgörande.

36. Jag anser fortfarande att uttrycket egendomsordning i artikel 295 EG inte avser den civilrättsliga lagstiftningen om ägarförhållanden, utan en tänkt samling bestämmelser av alla slag, såväl privaträttsliga som offentlig-rättsliga, som kan ge ägar rättigheter till ett företag, det vill säga som ger dess innehavare ett avgörande inflytande över fastställandet och genomförandet av alla eller vissa av dess mål. Samtidigt framgår det av den nödvändiga teleologiska tolkningen att distinktionen mellan offentliga och privata företag i fördragets mening inte enbart kan baseras på aktieägarkollektivets sammansättning, utan också är beroende av statens möjlighet att fastställa en viss ekonomisk politik som skiljer sig från den strävan efter vinstmaximering som kännetecknar privat verksamhet.

21 — Dom av den 4 juni 2002 i mål C-367/98, kommissionen mot Portugal (REG 2002, s. I-4731), i mål C-483/99, kommissionen mot Frankrike (REG 2002, s. I-4781), och i mål C-503/99, kommissionen mot Belgien (REG 2002, s. I-4809), i vilka förslagen till avgörande föredrogs den 3 juli 2001.

22 — Dom av den 13 maj 2003 i mål C-463/00, kommissionen mot Spanien (REG 2003, s. I-4581), och mål C-98/01, kommissionen mot Förenade kungariket (REG 2003, s. I-4641). Förslagen till avgörande föredrogs den 6 februari 2003.

37. Jag påminner även om att den hänsyn till medlemsstaternas egendomsordningar som slås fast i artikel 295 EG omfattar alla åtgärder som genom ekonomiska ingripanden i den offentliga sektorn möjliggör för staten att delta i utformningen av landets ekonomiska verksamhet, framför allt när det gäller privatisering av företag som är verksamma inom så kallade strategiska områden där liberaliseringen av marknaden har skett gradvis.²³ Jag tänker närmare bestämt på statsmakternas ingripande i vissa verksamheter som är av avgörande intresse för landet i syfte att införa en ekonomiskpolitisk strategi.

38. Den kritik som jag framförde i mitt förslag till avgörande i målen C-463/00 och C-98/01, att domstolen utan motivering förkastade tillämpningen och räckvidden av artikel 295 EG, är fortfarande lika aktuell, eftersom bestämmelsen inte heller har tolkats i någon senare dom. Domstolen har begränsat sig till att fastställa att medlemsstaternas farhågor under vissa omständigheter kan motivera att de behåller ett visst inflytande över privatiserade företag som tidigare varit offentliga, om dessa företag tillhandahåller tjänster av allmänt eller strategiskt intresse.²⁴

23 — Även mitt förslag till avgörande i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkt 47 och följande punkter.

24 — Exempelvis i domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien, punkt 66, och dom av den 6 december 2007 i de förenade målen C-463/04 och C-464/04, Federconsumatori m.fl. (REG 2007, s. I-10479), punkt 41.

39. Domstolen har tillagt att dessa farhågor emellertid inte ger medlemsstaterna rätt att åberopa sina egendomsordningar, i den mening som avses i artikel 295 EG, till stöd för inskränkningar i de friheter som föreskrivs i gemenskapsrätten om inskränkningarna är ett resultat av att medlemsstatens aktieinnehav i ett privatiserat företag är förbundet med privilegier. Nämnade artikel undantar nämligen inte medlemsstaternas egendomsordningar från fördragets grundläggande bestämmelser.²⁵

40. I mina tidigare nämnda förslag till avgörande framförs på liknande vis att tillämpningen av neutralitetsbestämmelsen i artikel 295 EG på intet sätt innebär ett undantag från fördragets tvingande regler. De har alla verkningar enligt sina lydelse, i synnerhet gäller det förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet. Artikel 295 EG innebär inte att fördragets grundläggande regler inte är tillämpliga, men att de nämnda åtgärderna inte per se kan anses oförenliga med fördraget. De skyddas av den presumtion för giltighet som legitimiteten hos artikel 295 EG medför.²⁶

41. Enligt min tes utgör statsmakternas särskilda befogenheter, vilka har ifrågasatts

25 — Domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Spanien, punkt 67, kommissionen mot Frankrike, punkt 44, och kommissionen mot Belgien, punkt 44.

26 — Förslag till avgörande i de ovannämnda målen kommissionen mot Portugal, kommissionen mot Frankrike och kommissionen mot Belgien, punkt 67, respektive i de ovannämnda målen kommissionen mot Spanien och kommissionen mot Förenade kungariket, punkt 37.

genom detta förfarande om fördragsbrott, bestämmelser om offentligt ingripande i vissa företags verksamhet i syfte att uppställa mål avseende den ekonomiska politiken, och de kan jämföras med former för företagsäggande som det enligt artikel 295 EG ankommer på medlemsstaterna att utforma. Förekomsten av sådana regler står inte i sig i strid med de grundläggande friheter som fastslås i fördraget, även om det specifika sätt på vilket de tillämpas däremot kan göra det.

42. Å ena sidan har kommissionen i denna tvist enbart invänt mot bristen på proportionalitet, mot bakgrund av EG-fördraget, hos vissa aspekter av det omtvistade dekretet som rör *utövandet* av de särskilda befogenheter som har tillerkänts den italienska staten genom lagdekret nr 332. Å andra sidan är proportionalitetsprincipen, vilken i korthet innebär att den statliga regleringen ska stå i proportion till det eftersträfvade målet,²⁷ en av gemenskapsrättens allmänna principer, enligt vilka lagenligheten hos de särskilda befogenheter som medlemsstaterna förfogar över måste bedömas. I tidigare förslag till avgörande har jag således gjort gällande att de regeringar som försvarar bestämmelser om ”gyllene aktier” måste visa att det statliga ägandet i privatiserade företag är anpassat efter det eftersträfvade målet.²⁸ Jag anser i förevarande fall, i överensstämmelse med mitt resonemang på de föregående sidorna, att det inte finns något som talar emot att dessa bestämmelser prövas mot bakgrund av proportionalitetsprincipen.

27 — Schwarze, J., *European Administrative Law*, Sweet & Maxwell, första omarbetade upplagan, London, 2006, s. 679.

28 — De ovannämnda målen kommissionen mot Spanien och kommissionen mot Förenade kungariket, punkt 37.

3. Artikel 43 EG kontra artikel 56 EG

43. Sökanden har yrkat att domstolen ska förklara att Republiken Italien har åsidosatt etableringsfriheten och den fria rörligheten för kapital.

44. Jag anser i detta avseende fortfarande att det är naturligt och lämpligt att pröva de olika begränsningar som följer av vad som brukar kallas för "gyllene aktier" inom ramen för etableringsfriheten. Med hjälp av befogenheter att ingripa i utformningen av aktiestrukturen brukar den berörda medlemsstaten försöka kontrollera företag som har privatiserats (det kan ske genom ingrepp i aktiestrukturen eller genom konkreta åtgärder avseende bolagets ledning). Detta har föga att göra med den fria rörligheten för kapital.²⁹

45. Sådana befogenheter kan emellertid påverka etableringsfriheten och göra den mindre intressant såväl direkt, när befogenheterna avser tillträde till bolagsandelar, som indirekt, när etableringsfrihetens attraktionskraft minskas genom att bolagsstyrelsens möjligheter att förfoga över bolaget och leda

29 — Förslag till avgörande i de ovannämnda målen kommissionen mot Spanien och kommissionen mot Förenade kungariket, punkt 36, samt mitt förslag till avgörande i de ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkterna 58 och 59.

detsamma begränsas.³⁰ I motsats till vad domstolen har fastslagit³¹ är en begränsning av den fria rörligheten för kapital en underordnad men inte nödvändig följd av detta. Jag har redan påpekat att detta stämmer i fråga om åtgärder som inverkar på utformningen av aktieägarkretsen, men det stämmer i än högre grad när det gäller åtgärder som begränsar bolagets möjligheter att fatta beslut (om till exempel ändring av föremålet för verksamheten eller avyttring av tillgångar), såsom dem som avses i anmärkningarna i det nu aktuella målet. I sistnämnda fall är kopplingen till den fria rörligheten för kapital rent hypotetisk eller mycket svag.³²

46. Skillnaden får stor praktisk betydelse med tanke på att den fria rörligheten för kapital inte bara gäller mellan medlemsstaterna, utan även mellan medlemsstaterna och tredjeland.³³ Det innebär att även om en åtgärd som ett veto mot ett beslut om likvidation av ett bolag inom en strategisk sektor förklaras oförenlig med artikel 43 EG, kan den åberopas gentemot aktieägare i tredjeland.

30 — Velasco San Pedro, L.A. och Sánchez Felipe, J.M., "La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El Estado de la cuestión después de la SE", i *Revista de derecho de sociedades* nummer 19, år 2002-2, s. 31.

31 — Domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Portugal och kommissionen mot Frankrike, punkt 56. Även domen i målet kommissionen mot Nederländerna, punkt 43.

32 — Förslag till avgörande i de ovannämnda målen kommissionen mot Spanien och kommissionen mot Förenade kungariket, punkt 36.

33 — Till exempel den nyligen meddelade domen av den 17 juli 2008 i mål C-207/07, kommissionen mot Spanien, punkt 31.

47. Om denna särskilda befogenhet ansågs strida mot artikel 56 EG, trots att de penningflöden från tredjeländ som är nödvändiga för att förvärva tillräckligt många värdepapper för att kunna kontrollera bolagets ledning är accessoriska, skulle det vara fritt fram för dessa aktieägare från tredjeländ att genomföra likvidationen, till förfång för medlemsstatens intressen av att bolaget ska fortsätta att tillhandahålla de allmännyttiga tjänsterna.

48. Jag förnekar inte att det finns vissa åtgärder som kan prövas mot bakgrund av de två aktuella grundläggande friheterna, jag vill bara peka på att det finns andra särskilda befogenheter, vilkas nära anknytning till företagets förvaltning försvagar kopplingen till den fria rörligheten för kapital i så hög grad att en ogiltigförklaring av dessa skulle innebära en alltför vidsträckt tolkning av artikel 56 EG.

49. Jag menar således att tillämpningsområdena för de två grundläggande friheterna bör koncentreras, vilket strider mot den nuvarande *vis atractiva* för den fria rörligheten för kapital, som följer av domstolens rättspraxis. Jag kommer att behandla detta mer ingående längre fram då jag närmare granskar innehållet i dekretet av den 10 juni 2004. Orsaken till att jag nämner det nu är att skillnaden mellan punkterna 2 a och 2 b i avsnitt B i detta förslag till avgörande ligger i utifrån vilken

grundläggande frihet som det omtvistade dekretet ska prövas.

50. Avslutningsvis bör det påpekas att det av handlingarna i målet framgår att det är just rädslan för investeringar i företag som har fått den italienska staten att anta de bestämmelser som kommissionen har invänt mot. Även om det inte är den enda drivkraften så finns det en bakomliggande önskan att hindra att företag i strategiska sektorer faller i händerna på finansiella koncerner med tvivelaktig solvens i tredjeländ, vilka kanske eftersträvar mål som är oförenliga med medlemsstaternas politik.

B — Huruvida det omtvistade dekretet är proportionerligt

1. Resonemang

51. Kommissionen har till stöd för sin talan anfört att kriterierna i det omtvistade dekretet för när de särskilda befogenheterna får användas inte är tillräckligt precisa för att investerare ska kunna veta under vilka omständigheter regeringen avser att använda dem. Kommissionen har i detta sammanhang hävdad att eftersom dekretet är mycket allmänt formulerat så griper bara staten in om en investerare försöker skaffa sig en betydande aktieportfölj i bolag inom de berörda ekonomiska sektorerna (försvar,

transporter, telekommunikationer, energikällor och andra allmännyttiga tjänster),³⁴ vilket innebär att beslutet blir subjektivt och enbart baseras på investerarens egenskaper.

52. Kommissionen har tillagt att formuleringarna ”allvarlig och verklig risk” och ”hälsorisk” inte är objektiva och inte tillräckligt specifika för att det ska framgå under vilka omständigheter som dessa särskilda befogenheter får åberopas. Detta ger de italienska myndigheterna ett stort utrymme för skönsmässig bedömning och hindrar eller avskräcker investerarna, särskilt dem som tänkte etablera sig i Italien för att påverka företagets ledning.

53. Kommissionen har dessutom påpekat att en nationell domstol, i vilken en konkret tvist avseende de särskilda befogenheterna prövas, skulle sakna medel för att kontrollera den administrativa myndighetens utrymme för skönsmässighet.

54. Kommissionen har observerat att det inte finns något orsakssamband mellan nödvändigheten av att säkra energiförsörjningen,

34 — Kommissionen har hävdad (vilket den italienska regeringen inte har förnekat) att klausulen om utövande av de särskilda maktmedlen har förts in i bolagsordningarna för ENI Spa (energi och petrokemi), Telecom Italia (telekommunikationer), Enel Spa (el) och Finameccanica Spa (försvar).

tillhandahållandet av allmännyttiga tjänster och kontrollen av aktiestrukturen i företagen. Detta gäller framför allt områden som inte har harmoniserats. Inom verksamhetsområden där det har skett en viss tillnärmning av de nationella lagstiftningarna har kommissionen hänvisat till direktiven 2003/54/EG,³⁵ 2003/55/EG³⁶ och 2002/21/EG³⁷ (nedan kallade eldirektivet, gasdirektivet och telekommunikationsdirektivet) och anför att de innehåller bestämmelser för att säkerställa en landsomfattande kontinuerlig försörjning inom dessa ekonomiska områden.

55. Förutom de ovan nämnda argumenten rörande tvisteföremålet, har den italienska regeringen valt att förlägga diskussionen inom ramen för etableringsfriheten och inte inom ramen för den fria rörligheten för kapital, eftersom åtgärderna i fråga syftar till att på ett avgörande sätt ingripa i företagets ledning.

56. Den italienska regeringen har även invänt mot tillämpligheten av direktiven om el- och

35 — Europaparlamentets och rådets direktiv av den 26 juni 2003 om gemensamma regler för den inre marknaden för el och om upphävande av direktiv 96/92/EG – Uttalanden om verksamheter som rör nedläggning och avfallshantering (EUT L 176, s. 37).

36 — Europaparlamentets och rådets direktiv av den 26 juni 2003 om gemensamma regler för den inre marknaden för naturgas och om upphävande av direktiv 98/30/EG (EUT L 176, s. 57).

37 — Europaparlamentets och rådets direktiv av den 7 mars 2002 om ett gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (ramdirektiv) (EGT L 108, s. 33), vilket kommissionen har hänvisat till tillsammans med Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/22/EG av den 7 mars 2002 om samhällsomfattande tjänster och användares rättigheter avseende elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (direktiv om samhällsomfattande tjänster) (EGT L 108, s. 51).

gasmarknaderna, eftersom det inte har införts några strukturella åtgärder genom det angripna direktivet.

måste dessutom frågan huruvida de är motiverade bedömas i förhållande till dessa friheter.

57. Den italienska regeringen har även åberopat subsidiaritetsprincipen till stöd för argumentet att den nationella lagstiftningen är bäst skickad att hantera situationer som allvarligt kan skada nationella intressen, såväl när det gäller allmännyttiga tjänster som när det gäller försvarsfrågor.

60. I det avseendet innehåller den omtvistade italienska bestämmelsen en rad olika förvändningar för de snedvridningar som utövandet av de särskilda befogenheterna kan orsaka på den inre marknaden. Där nämns uttryckligen upprätthållandet av energiförsörjningen och tillhandahållandet av allmännyttiga tjänster, säkerheten vid anläggningar för detta, landets försvar och den allmänna ordningen samt hälsorisker.³⁸

2. Bedömning

a) Inledning

58. Innan jag undersöker grunderna för fördragsbrottet kan det vara lämpligt att kort redogöra för parametrarna för denna undersökning.

59. Jag vill för det första betona att de särskilda befogenheterna i artikel 2.1 i lagdekret nr 332 ska tolkas utifrån etableringsfriheten och den fria rörlighet för kapital som föreskrivs i EG-fördraget, eftersom dessa befogenheter inte omfattas av kommissionens talan. Eftersom kommissionen bara har invänt mot den bristande proportionaliteten hos de syften som regleras i det nämnda dekretet,

61. Med avseende på, för det andra, en bedömning av huruvida nationella bestämmelser som strider mot de grundläggande friheterna är förenliga med fördraget, syftar proportionalitetsprincipen till att främja marknadernas integrering. Domstolen har i detta avseende tolkat den principen striktare än när den tillämpar den på bestämmelser som härrör från gemenskapens institutioner.³⁹

62. Jag vidhåller, med avseende på min metod, att åtskillnaden mellan utövande av de särskilda befogenheterna i det omtvistade

³⁸ — Artikel 2.1 a–e i det omtvistade dekretet.

³⁹ — Tridimas, T., *The General Principles of EU Law*, andra upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2006, s. 193; Galetta, D.-U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 1998, s. 103 och följande sidor.

dekretet enligt å ena sidan artikel 2.1 a och b i lagdekret nr 332 och å andra sidan artikel 2.1 c i samma lagdekret utgörs av att giltigheten av punkt 1 a och punkt 1 b ska prövas mot bakgrund av artikel 56 EG, medan giltigheten av punkt 1 c ska prövas mot bakgrund av artikel 43 EG.

b) Huruvida de särskilda befogenheterna i artikel 2.1 a och b i lagdekret nr 332 är proportionerliga

63. Enligt dessa två punkter i det ovan nämnda dekretet får ekonomiministern i samråd med näringsministern motsätta sig att investerare förvärvar en väsentlig andel i bolag inom de tidigare nämnda sektorerna, motsvarande minst 5 procent av rösterna (punkt 1 a), och motsätta sig överenskommelser mellan aktieägare som har minst 5 procent av rösterna (punkt 1 b).⁴⁰

64. I den mån begreppet ”kapitalrörelser” inte definieras i EG-fördraget har det i rättspraxis hittills slagits fast att den nomenklatur som utgör bilaga till direktiv 88/361/EEG⁴¹ ska vara vägledande. Enligt denna omfattar kapitalrörelser direkta investeringar i form av förvärv av ett företag genom köp av aktier

40 — I båda fallen får ekonomiministern genom dekret fastställa ett lägre procenttal.

41 — Rådets direktiv av den 24 juni 1988 för genomförandet av artikel 67 i fördraget (ovan nämnd).

som ger möjlighet att effektivt medverka i ledningen eller kontrollen av företaget samt indirekta investeringar som förvärv av värdepapper på kapitalmarknaden med enda syfte att göra en penningplacering utan avsikt att inverka på företagets ledning och kontroll (även kallade portföljinvesteringar).⁴²

65. Domstolen har i fråga om dessa båda typer av investeringar närmare angett att nationella åtgärder som hindrar eller försvårar förvärv av aktier i de berörda företagen eller som avskräcker investerare från andra medlemsstater att investera kapital i dessa företag ska anses utgöra restriktioner i den mening som avses i artikel 56.1 EG.⁴³

66. Även om jag redan har nämnt att det inte är de särskilda befogenheter som har tilldelats de ovan nämnda ministrarna som ska prövas i detta mål, bekräftar det genom den ovanstående förklaringen att frågan huruvida möjligheten att motsätta sig såväl förvärv av aktieportföljer som motsvarar minst 5 procent av kapitalet i ett bolag som att sådana aktieägare ingår överenskommelser

42 — Dom av den 16 mars 1999 i mål C-222/97, Trummer och Mayer (REG 1999, s. I-1661), punkt 21, domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Frankrike, punkterna 36 och 37, och kommissionen mot Förenade kungariket, punkterna 39 och 40.

43 — Domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Frankrike, punkt 41, och kommissionen mot Italien (C-174/04), punkterna 30 och 31, samt dom av den 19 januari 2006 i mål C-265/04, Bouanich (REG 2006, s. I-923), punkterna 34 och 35.

med andra är förenlig med gemenskapsrätten ska prövas mot bakgrund av artikel 56 EG. Det är nämligen uppenbart att dessa befogenheter kan påverka, och till och med avskräcka från, aktieförvärv.

67. Ett sådant aktieinnehav är inte i sig tillräckligt för att skaffa sig kontroll över bolaget, även om den omständigheten att aktieinnehavet är utspritt på de stora aktiebolagen underlättar för grupper av investerare med ett relativt litet antal aktier att delta i bolagets förvaltning.

68. Om analysen begränsas till huruvida det italienska dekretet är proportionerligt, finns det anledning att anta att det inte ens skulle klara proportionalitetstestet.⁴⁴ Kommissionen har påpekat att det är svårt att se något logiskt samband mellan de särskilda befogenheterna i artikel 2.1 a och b i lagdekret nr 332 och villkoren för att utöva dem enligt det nämnda dekretet.

69. Det är således svårt att se hur ett aktieförvärv eller en överenskommelse mellan aktieägare kan medföra allvarlig och verklig risk för avbrott i energiförsörjningen eller

44 — Jag utgår från den vedertagna uppfattningen att proportionaliteten kan prövas genom två test: huruvida bestämmelsen i fråga står i proportion till de eftersträfvade målen och huruvida bestämmelsen är nödvändig, vilket i gemenskapsrätten brukar kallas "den minst ingripande åtgärden". Se även Sarmiento Ramírez-Escudero, D., *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, s. 641 och följande sidor.

tillhandahållandet av allmännyttiga tjänster och hur det kan utgöra ett allvarligt och verkligt hot mot säkerheten vid anläggningar och nät för viktiga allmännyttiga tjänster eller mot landets försvar eller den allmänna säkerheten, och än mindre hur det kan utgöra en hälsorisk – hur sjuka investerarna eller de aktieägare som ingår överenskommelsen än är.

70. Den italienska regeringen har inte lagt fram någon bevisning eller några indicier som kan undanröja kommissionens tvivel, vilka således förefaller välgrundade. Än värre är att de behöriga ministrarna utan någon som helst motivering kan fastställa ett lägre procenttal än 5 procent. Under detta tröskelvärde ökar nämligen känslan av fullständig godtycklighet när det gäller utövandet av denna vetorätt.⁴⁵

71. Det saknas följaktligen anledning att pröva huruvida el-, gas- och telekommunikationsdirektiven är tillämpliga, eftersom det inte avhjälpes den ursprungliga bristen på överensstämmelse mellan befogenheterna och regleringen av deras utövande i det omtvistade dekretet. Det kan dessutom ifrågasättas hur relevanta dessa direktiv är, med

45 — Det är märkligt att denna anmärkning ska behövas med tanke på att proportionalitetsprincipen normalt förknippas med rationalitetsprincipen i italiensk rätt, enligt Fromont, M., *Droit administratif des États européens*, Thémis droit puf, Paris, 2006, s. 294.

tanke på att de enbart omfattar frågor om behörighet på respektive marknad och bara innehåller gemensamma minimikrav för uppfyllande av kriterierna för allmännyttiga tjänster.⁴⁶

72. När det gäller den italienska regeringens försök att rädda dekretets giltighet genom att hänvisa till subsidiaritetsprincipen, som garanti för att medlemsstaterna ska få ingripa för att värna om sina vitala intressen, bör det påpekas att denna princip enligt EG-fördraget ska tillämpas med iakttagande av fördragets allmänna bestämmelser och mål, särskilt när det gäller att fullt ut behålla gemenskapens regelverk.⁴⁷

73. Domstolen har dessutom fastställt att även om det står medlemsstaterna fritt att utifrån nationella behov precisera vad hänsynen till allmän säkerhet och allmän ordning kräver, ska dessa begrepp på europeisk nivå tolkas restriktivt. Deras räckvidd kan nämligen inte bestämmas ensidigt av varje medlemsstat utan kontroll från Europeiska unionens institutioner.⁴⁸

46 — Artikel 3.2, jämförd med skäl 27, i gasdirektivet, och artikel 3, jämförd med skäl 26, i elldirektivet. Dessutom tas samhälls-omfattande tjänster och de skyldigheter som följer därav upp i direktiv 2002/22 och de utgör bara en sektor av de allmännyttiga tjänsterna. Se även Piescalla, M., *Golden Aktien aus EG-rechtlicher Sicht – Eine Untersuchung staatlicher und privater Sonderrechte in Wirtschaftsgesellschaften unter besonderer Berücksichtigung der Kapitalverkehrs-freiheit*, Dr. Kovac, Hamburg, 2006, s. 202.

47 — Protokoll om tillämpning av subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna, infört som bilaga till EG-fördraget genom Amsterdamfördraget, punkt 2.

48 — Dom av den 28 oktober 1975 i mål 36/75, Rutili (REG 1975, s. 1219; svensk specialutgåva, volym 2, s. 485), punkterna 26 och 27.

74. Domstolen har vidare funnit att ett krav på förhandstillstånd för utländska direktinvesteringar⁴⁹ och ett system i vilket beslut kan underkännas *a posteriori*,⁵⁰ vilka enbart innehåller en allmän definition av transaktionerna i fråga, såsom transaktioner som kan hota allmän ordning och allmän säkerhet, innebär att de berörda parterna inte kan få kännedom om de särskilda omständigheter som ska föreligga för att ett förhandstillstånd ska vara nödvändigt eller för att ett beslut ska kunna underkännas. Domstolen har själv funnit att denna oklarhet kring vilka rättigheter och skyldigheter som enskilda har enligt artikel 56 EG är oförenlig med rättssäkerhetsprincipen.

75. Sammanfattningsvis strider en sådan vag tillämpning av subsidiaritetsprincipen mot den rättssäkerhet som domstolen kräver för att kringgå de stränga villkoren för medlemsstaternas åtaganden enligt fördraget.

76. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen fastställer att republiken Italien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 56 i EG-fördraget, genom att utfärda bestämmelser såsom dem i artikel 1.2 i premiärministerdekretet av den 10 juni 2004, jämförd med artikel 4.227 a och b i finanslagen.

49 — Dom av den 14 mars 2000 i mål C-54/99, Église de scientologie och Scientology International (REG 2000, s. I-1335), punkterna 19–23.

50 — De ovannämnda målen kommissionen mot Frankrike, punkterna 50 och 52, och kommissionen mot Spanien, punkt 74.

c) Huruvida de befogenheter som föreskrivs i artikel 2.1 c i lagdekret nr 332 är proportionerliga

77. Som tidigare nämnts innebär den omtvistade bestämmelsen att ekonomiministern och näringsministern har vetorätt vid beslut om likvidation, företagsöverlåtelse, fusion, delning, flyttning av bolagets säte till utlandet eller ändring av bolagets syfte eller av bolagsordningen, vilket medför att de särskilda befogenheterna i de aktuella offentliga företagen upphävs eller ändras.

78. I punkt 49 i detta förslag till avgörande har jag gjort en tydligare avgränsning mellan de fall som rör den fria rörligheten för kapital och dem som rör etableringsfriheten, eftersom jag menar att de inte automatiskt kan jämföras vid prövning mot bakgrund av de grundläggande friheter som säkerställs genom EGFördraget.

79. Jag är i detta sammanhang övertygad om att de åtgärder som avses i artikel 2.1 c i lagdekret nr 332 avser etableringsfriheten. Enligt domstolens egen rättspraxis ska syftet med en nationell bestämmelse beaktas vid avgörande av vilken av de fria rörligheterna

som den omfattas av.⁵¹ Enligt domstolen omfattar etableringsfriheten nationella bestämmelser som är tillämpliga då en medborgare i en medlemsstat innehar en sådan andel i ett bolag som är beläget i en annan medlemsstat att denna andel medför ett faktiskt inflytande över detta bolags beslut och möjlighet att påverka bolagets verksamhet.⁵²

80. Den som tar initiativ till eller befrämjar sådana beslut måste emellertid inneha ett tillräckligt stort antal aktier för att få bolagsstämman att fatta beslut. Det är nämligen endast på detta sätt som den majoritet kan uppnås som krävs för att påverka bolagets verksamhet i sådan omfattning. Vissa beslut kan i själva verket utgöra hot mot bolagets fortlevnad. De nationella lagstiftarna har därför infört en bestämmelse om att sådana beslut måste fattas av en kvalificerad majoritet

51 — Dom av den 12 september 2006 i mål C-196/04, Cadbury Schweppes och Cadbury Schweppes Overseas (REG 2006, s. I-7995), punkterna 31–33, av den 3 oktober 2006 i mål C-452/04, Fidium Finanz (REG 2006, s. I-9521), punkterna 34 och 44–49, och av den 12 december 2006 i mål C-374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (REG 2006, s. I-11673), punkterna 37 och 38, samt domen av den 17 juli 2008 i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien, punkt 35.

52 — Dom av den 13 april 2000 i mål C-251/98, Baars (REG 2000, s. I-2787), punkt 22, och av den 21 november 2002 i mål C-436/00, X och Y (REG 2002, s. I-10829), punkt 37, samt den tidigare nämnda domen av den 12 september 2006 i målet Cadbury Schweppes och Cadbury Schweppes Overseas, punkt 31.

av det kapital som är representerat vid bolagsstämman.⁵³

81. Under alla förhållanden skedde det även tidigare utan problem penningrörelser över gränserna för förvärv av aktieportföljer, vilket innebär att kopplingen till den fria rörligheten för kapital enbart är teoretisk. Även om bestämmelserna i viss mån kan verka avskräckande (och medföra att en utländsk investerare tappar intresset för företag vars bolagsordning innehåller en sådan klausul som den här undersökta), har en stor del av åtgärderna i fråga harmoniserats inom gemenskapen mot bakgrund av etableringsfriheten, närmare bestämt med stöd av artikel 44.2 g EG.⁵⁴ Detta är också logiskt med tanke på kopplingen mellan besluten enligt artikel 2.1 c i lagdekret nr 332 och denna grundläggande frihet i fördraget.

53 — Artikel 59.1 i rådets förordning (EG) nr 2157/2001 av den 8 oktober 2001 om stadga för Europabolag (EGT L 294, s. 1) och artikel 39.1 i den tredje ändringen av förslaget till rådets femte direktiv grundat på artikel 54 i EG-fördraget vad gäller aktiebolagsformer samt deras organs rättigheter och skyldigheter (KOM(1991) 372 slutlig). Exempel från de nationella rättsordningarna är artiklarna 153 och 239 i den franska lagen nr 66-537 av den 24 juli 1966 om handelsbolag, artiklarna 179 (II), 182 (I), 193 (I) och 262 (I), nr 2 m.fl. i den tyska aktiebolagslagen (Aktiengesetz) av den 6 september 1965 (BGBl. I, s. 1089), artiklarna 2364 och 2368 och 2369a i den italienska civillagen, samt artiklarna 144.1 och 260.1 första stycket i den omarbetade lydelsen av den spanska aktiebolagslagen, som antagits genom kungligt lagstiftningsdekret 1564/1989 av den 22 december 1989.

54 — Det handlar framför allt om följande bestämmelser (för att denna fotnot inte ska bli alltför lång utelämnar jag här de fullständiga titlarna och nöjer mig med att ange deras nummer och publiceringshänvisning till den officiella tidningen): direktiv 68/151/EEG (EGT L 65, s. 8), direktiv 77/91/EEG (EGT L 26, s. 1), direktiv 78/855 EEG (EGT L 295, s. 36), direktiv 78/660/EEG (EGT L 222, s. 11), direktiv 82/891/EEG (EGT L 378, s. 47), direktiv 83/349/EEG (EGT L 193, s. 1), direktiv 84/253/EEG (EGT L 126, s. 20), direktiv 89/666/EEG (EGT L 395, s. 36), direktiv 89/667/EEG (EGT L 395, s. 40), direktiv 2004/25/EG (EUT L 142, s. 12), direktiv 2005/56/EG (EUT L 310, s. 1), direktiv 2007/36/EG (EUT L 184, s. 17) och direktiv 2007/63/EG (EGT L 300, s. 47).

82. Hur som helst tjänar det inget till att fördjupa sig i frågan till vilket område åtgärderna hör, eftersom det inte är deras giltighet som ska prövas utan kriterierna för att utöva dem enligt det omtvistade dekretet. Jag vill emellertid understryka att jag är fullständigt övertygad om att denna typ av åtgärder från bolagsorganens sida omfattas av etableringsfriheten i artikel 43 EG och inte av rörligheten för kapital, vilket jag inte finner relevant, inte ens om det skulle finnas en avskräckande verkan gentemot utländska investerare, med tanke på det svaga sambandet.

83. För att återgå till frågan huruvida dekretet i fråga är proportionerligt, anser jag att vetorätten mot åtgärderna är lämplig för att uppnå det eftersträfvade syftet, med undantag för ändringar i bolagsordningen som avskaffar eller ändrar de särskilda befogenheterna i offentliga bolag. En likvidation av ett bolag eller en ändring av bolagets syfte kan exempelvis äventyra säkerheten när det gäller energiförsörjningen och/eller tillhandahållandet av andra allmännyttiga tjänster, i strid med medlemsstatens legitima och avgörande intresse av att säkerställa sina medborgares välfärd.

84. Det kan emellertid ifrågasättas huruvida denna vetorätt är nödvändig, eftersom det finns lösningar med mindre betungande konsekvenser för den gemensamma markna-

dens funktion, vilka gör utländska investerarens agerande mer förutsägbart. Jag tänker närmare bestämt på att italienska staten kan behålla en blockerande minoritet i de bolag där den finner det lämpligt att fortsätta att vara närvarande.

85. Jag har tidigare berört kravet på enhällighet i den europeiska bolagsrätten, enligt vilken beslut som avses i artikel 2.1 c i lagdekret nr 332 får verkningar om de uppfyller krav inte enbart på kvalificerad majoritet vid en (vanligtvis extra) bolagsstämma, utan även på att stämman är besluts-
mässig.

86. Förutsatt att det inte missbrukas har en aktieportfölj som är tillräckligt stor för att motverka alla försök att underkasta bolag som tillhandahåller allmännyttiga tjänster beslut av den innebörd som detta mål gäller den uppenbara fördelen att det allmänintresse som lagstiftningen är avsedd att värna om anpassas till den nationella bolagsrätten utan att det strider mot gemenskapsrätten. Denna lösning medför, i praktiskt taget samtliga fall, inte heller någon merkostnad för staten. Den innebär nämligen inte att en viss mängd kapital förvärvas, utan bara att de offentliga myndigheterna gör sig av med en lämplig mängd kapital för att kunna fortsätta att styra bolagens verksamhet, med hänsyn till bolagens särskilda karaktär och till att de fram tills helt nyligen kontrollerades fullständigt av staten.

87. Eftersom det är rimligt att staten känner sig förpliktigad att säkerställa att försörjningen och tillhandahållandet av allmännyttiga tjänster är kontinuerliga och stabila, finns det för övrigt inte något som hindrar att tillsynsmyndigheterna för elmarknaden, telekommunikationsmarknaden och andra områden ges befogenheter att till exempel kontrollera att en likvidation av ett elbolag, som innebär att en leverantör av dessa viktiga varor eller tjänster försvinner, inte påverkar medborgarna.

88. Sammanfattningsvis är det omtvistade dekretet inte proportionerligt till de befogenheter vilkas utövande det är avsett att reglera, eller till gemenskapsrätten. Följaktligen föreslår jag att domstolen fastställer att Republiken Italien har underlåtit att fullgöra sina skyldigheter enligt artikel 43 EG genom att utfärda bestämmelser såsom dem i artikel 1.2 i dekretet, mot bakgrund av artikel 4.227 c i finanslagen.

d) Avslutande anmärkningar

89. Den talan som kommissionen har väckt mot Republiken Italien handlar särskilt om förvärv som görs av investerare från tredjeland av värdepapper av viss omfattning i bolag som är verksamma inom sektorer som anses strategiska eller där allmännyttiga tjänster tillhandahålls, vilket ibland väcker misstro bland de europeiska regeringarna. Detta

framgår tydligt av den italienska regeringens svaromål, där det hävdas att kriterierna (i det omtvistade dekretet) bara kan preciseras med hänsyn till aktieförvärvarens beskaffenhet.⁵⁵

90. Det har dessutom anförts att den centrala tanken bakom lagstiftningen om "gyllene aktier" rör villkoren för utomeuropeiska enheter att åtnjuta privilegier som är förknippade med ägande av bolag inom de känsligaste sektorerna, varvid lösningar som ömsesidigt, med aktieägarmajoritetens godkännande, har förkastats till fördel för överenskommelser som innefattar gyllene aktier i bolagsordningarna.⁵⁶

91. Mot bakgrund av detta anser jag att min ståndpunkt innebär att jag tar ganska stor hänsyn till medlemsstaternas oro för investerare från tredjeland. Om det fastställs att det nationella dekretet om utövande av de särskilda maktmedlen i artikel 4.227 a och b i finanslagen inte är proportionerligt och att det därmed strider mot artikel 56 EG, så kan Republiken Italien inte återropa den kritiserade bestämmelsen gentemot medborgare i medlemsstaterna eller i tredjeland på grund av att den fria rörligheten för kapital som

tidigare nämnts är tillämplig utanför gemenskapen.

92. Däremot har regeringarna ett visst manöverutrymme att hindra investerare från tredjeland med tvivelaktiga avsikter och införa restriktioner för sådana handlingar som avses i artikel 4.227 c i finanslagen. Med avseende på artikel 43 EG innebär inte den omständigheten att ett veto mot sådana strukturella beslut för ett bolags verksamhet är oförenligt med etableringsfriheten att medlemsstaterna inte kan använda sig av det mot stora aktieägare från tredjeland, eftersom de inte omfattas av den grundläggande frihet som etableringsrätten utgör.

VI — Rättegångskostnader

93. Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att Republiken Italien ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom Republiken Italien har tappat målet, ska kommissionens yrkande bifallas.

55 — Punkt 26 och följande punkter i svaromålet.

56 — Goldschmidt, P.N., "Editorial – Golden Shares", i *Cahiers de droit européen*, 2007, nr 3/4, s. 297. Ömsesidighet förespråkas däremot i Weiss, M., "Staatlicher Schutz vor Investitionen nach dem Urteil zum VW-Gesetz", i *EWS*, 2008, nr 1/2, s. 20.

VII — Förslag till avgörande

94. Mot bakgrund av det ovanstående föreslår jag att domstolen

- 1) förklarar att Republiken Italien har underlåtit att fullgöra sina skyldigheter enligt artikel 56.1 EG, när det gäller artikel 4.227 a och b i finanslagen, samt enligt artikel 43 EG, när det gäller artikel 4.227 c i samma lag, genom att utfärda bestämmelser som dem i artikel 1.2 i dekretet av den 10 juni 2004 i definitionen av kriterierna för utövandet av de särskilda befogenheter som avses i artikel 2 i lagdekret nr 332, i ändrad lydelse omvandlat till lag nr 474 av den 30 juli 1994, i dess lydelse enligt den nämnda finanslagen,

- 2) förpliktar Republiken Italien att ersätta rättegångskostnaderna.