

DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 26 mars 2009\*

I mål C-326/07,

angående en talan om fördragsbrott enligt artikel 226 EG, som väckts den 13 juli 2007,

**Europeiska gemenskapernas kommission**, företrädd av L. Pignataro-Nolin och H. Støvlbæk, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

**Republiken Italien**, företrädd av I.M. Braguglia, i egenskap av ombud, biträdd av P. Gentili, avvocato dello Stato, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

meddelar

\* Rättegångsspråk: italienska.

DOMSTOLEN (tredje avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden A. Rosas samt domarna J.N. Cunha Rodrigues, J. Klučka, P. Lindh (referent) och A. Arabadjiev,

generaladvokat: D. Ruiz-Jarabo Colomer,  
justitiesekreterare: handläggaren C. Strömholm,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 2 oktober 2008,

och efter att den 6 november 2008 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

**Dom**

- <sup>1</sup> Europeiska gemenskapernas kommission har yrkat att domstolen ska fastställa att Republiken Italien har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 43 EG och 56 EG, genom att anta bestämmelserna i artikel 1.2 i premiärministerdekretet av den 10 juni 2004 om fastställande av villkoren för utövande av de särskilda befogenheter som föreskrivs i artikel 2 i lagdekret nr 332 av den 31 maj 1994, som efter ändringar omvandlats till lag nr 474 av den 30 juli 1994 (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, definizione dei criteri di esercizio dei poteri speciali, di cui all'art. 2 del

decreto-legge 31 maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474), (GURI nr 139, av den 16 juni 2004, s. 26) (nedan kallat 2004 års dekret).

## Tillämpliga bestämmelser

### *Lagdekret nr 332/1994*

<sup>2</sup> Lagdekret nr 332 om föreskrifter för att påskynda försäljning av statens och andra offentliga rättssubjekts aktieinnehav i aktieföretag (decreto-legge n. 332, norme per l'accelerazione delle procedure di dismissione di partecipazioni dello Stato e degli enti pubblici in società per azioni), av den 31 maj 1994 (GURI nr 126, den 1 juni 1994, s. 38), som efter ändringar omvandlades till lag nr 474 av den 30 juli 1994 (GURI nr 177, den 30 juli 1994, s. 5). Detta lagdekret ändrades därefter genom lag nr 350 av den 24 december 2003 med bestämmelser om utformningen av statens årliga och fleråriga budget (2004 års finanslag) (legge n. 350, disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2004)) (ordinarie tillägg till GURI nr 196, den 27 december 2003, nedan kallad finanslag nr 350/2003). I det nämnda lagdekretet i dess omvandlade och ändrade lydelse (nedan kallat lagdekret nr 332/1994) föreskrivs att staten har särskilda befogenheter med avseende på vissa företag (nedan kallade de särskilda befogenheterna).

<sup>3</sup> Artikel 2.1 i lagdekret nr 332/1994 har följande lydelse:

”1. Med avseende på de företag, verksamma inom försvars-, transport-, telekommunikations- och energisektorerna eller andra offentliga tjänstesektorer och som direkt eller indirekt står under statlig kontroll, ska premiärministern genom dekret, som har antagits efter förslag från ekonomi- och finansministern och i samråd med näringsministern samt de ministrar som är ansvariga för de respektive sektorerna fastställa, efter att ha informerat berörda parlamentsutskott, de företag i vars företagsordning det ska

anges att innan en åtgärd vidtas som leder till förlust av kontroll ska, genom beslut vid en extra bolagsstämma, en bestämmelse införas som ger ekonomi- och finansministern en eller flera av följande särskilda befogenheter, vilka ska utövas i samråd med näringsministern ....”

- 4 De särskilda befogenheterna anges i nämnda artikel 2.1 a–d och utgörs av följande:
- a) Rätten att kunna motsätta sig att investerare förvärvar en väsentlig andel, motsvarande minst 5 procent av rösterna eller ett lägre procenttal som ekonomi- och finansministeriet fastställer genom dekret. Myndigheterna kan motsätta sig ett sådant förvärv inom 10 dagar från det datum då meddelandet skickas av ledamöterna i det berörda företags styrelse i samband med begäran om inskrivning i aktieägarregistret, medan förvärvaren kan väcka talan mot myndigheternas beslut vid behörig domstol inom 60 dagar.
  - b) Rätten att kunna motsätta sig att aktieägare som har minst 5 procent av rösterna eller ett lägre procenttal som ekonomi- och finansministeriet fastställer genom dekret, ingår överenskommelser eller avtal sinsemellan. De i punkt a nämnda tidsfristerna på 10 respektive 60 dagar är tillämpliga gentemot myndigheter respektive på talan som väcks av aktieägare som har ingått de berörda avtalen eller överenskommelserna.
  - c) Vetorätt vid beslut om likvidation, företagsöverlåtelse, fusion, delning, flyttning av bolagets säte till utlandet eller ändring av bolagets verksamhetsföremål eller av bolagsordningen så att de särskilda befogenheterna avskaffas eller ändras. Talan mot ett beslut om veto ska väckas inom 60 dagar.

d) Rätten att utse en ledamot som saknar rösträtt.

- 5 Det framgår av ansökan att det har införts en bestämmelse avseende utövande av särskilda befogenheter i bolagsordningen för bland annat de enligt italiensk lag bildade bolagen ENI, Telecom Italia, Enel och Finmeccanica, vilka är verksamma i petrokemi-, energi-, telekommunikations- och elektricitetssektorerna samt försvarssektorn.
- 6 I artikel 4.230 i finanslag nr 350/2003 föreskrivs att premiärministern genom ett ad hoc-dekret, efter förslag av ekonomi- och finansministern och näringsministern, ska fastställa villkoren för utövande av de särskilda befogenheterna, varvid deras användning ska begränsas till fall där statens vitala intressen kan lida skada. Det nämnda premiärministerdekretet ska antas inom 90 dagar efter att den nämnda lagen har trätt i kraft.

#### *2004 års dekret*

- 7 Artikel 1.1 och 1.2 i 2004 års dekret har följande lydelse:

"1. De särskilda befogenheter som stadgas i artikel 2 i lagdekret nr [332/1994] 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 ändamålsenliga frister, och de får inte strida mot nationella rättsprinciper, eller gemenskapsrättsliga principer, i synnerhet inte mot icke-diskrimineringsprincipen.

2. Med förbehåll för vad som anges i punkt 1, får de särskilda befogenheter som avses i artikel 2.1 a–c i lagdekret nr [332/1994] utövas om följande omständigheter föreligger:

- a) En allvarlig och verklig risk för avbrott i den nationella minimiförsörjningen av olje- och energiprodukter och i tillhandahållandet av anknyttande tjänster och sidotjänster, samt i allmänhet i försörjningen av råvaror till samhället, tillhandahållandet av 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.
  
- d) En allvarlig och verklig fara för landets försvar, den militära säkerheten, den allmänna ordningen och den allmänna säkerheten.
  
- e) Hälsorisker.”

**Det administrativa förfarandet**

- 8 Kommissionen inledde ett fördragsbrottsförfarande genom att den 6 februari 2003 skicka en formell underrättelse till Republiken Italien, i vilken den gjorde gällande att villkoren för utövande av de särskilda befogenheterna innebar ett åsidosättande av artiklarna 43 EG och 56 EG. Medlemsstaten ändrade därefter sin lagstiftning genom att anta finanslag nr 350/2003 samt 2004 års dekret. Den 22 december 2004 riktade kommissionen en kompletterande formell underrättelse till Republiken Italien, eftersom den ansåg att de vidtagna ändringarna inte var tillräckliga.
  
- 9 Kommissionen ansåg, efter att ha mottagit den italienska regeringens svar av den 20 maj 2005, att det saknas fog för de argument som regeringen hade åberopat i detta svar. Kommissionen riktade därför den 18 oktober 2005 ett motiverat yttrande till Republiken Italien, vilket enbart avsåg de villkor som föreskrivs i artikel 1.2 i 2004 års dekret, och uppmanade denna medlemsstat att följa yttrandet inom två månader från delgivningen av detsamma. Republiken Italien besvarade detta yttrande genom en skrivelse i vilken den i huvudsak bestred kommissionens bedömning.
  
- 10 Kommissionen ansåg att situationen fortfarande var otillfredsställande och väckte därför förevarande talan.

**Talan***Parternas argument*

- 11 Enligt kommissionen har Republiken Italien åsidosatt artiklarna 43 EG och 56 EG genom att inte i 2004 års dekret i tillräcklig utsträckning precisera villkoren för

utövande av de särskilda befogenheterna. De nämnda kriterierna möjliggör enligt kommissionen inte för investerare att få vetskap om de fall i vilka dessa befogenheter kan användas.

- 12 Kommissionen har således gjort gällande att de konkreta situationer som kan omfattas av begreppet "allvarlig och verklig risk" i artikel 1.2 a–d i 2004 års dekret är potentiellt många, obestämda och obestämbara. Denna avsaknad av exakthet i bestämmandet av de särskilda och objektiva omständigheter som kan rättfärdiga att staten använder sig av särskilda befogenheter innebär att de italienska myndigheterna förfogar över ett utrymme för skönsmässig bedömning vid utövande av de nämnda befogenheterna. Detta kan generellt sett avskräcka investerare och särskilt dem som avser att etablera sig i Italien för att utöva ett inflytande över förvaltningen av de företag som berörs av lagstiftningen i fråga.
- 13 Kommissionen har påpekat att eftersom artikel 1.2 i 2004 års dekret avser utövande av särskilda befogenheter i enlighet med lagdekret nr 332/1994, omfattar den proportionalitetsbedömning som avses i det förstnämnda dekretet en uppskattning av huruvida utövandet av de nämnda befogenheterna är berättigat i vissa bestämda situationer.
- 14 Kommissionen har medgivit att etableringsfriheten och den fria rörligheten för kapital kan begränsas genom nationella bestämmelser som är motiverade i enlighet med artiklarna 46 EG och 58 EG eller av tvingande hänsyn till allmänintresset, men enbart i den mån det inte har antagits några bestämmelser om gemenskapsharmonisering i vilka det föreskrivs nödvändiga åtgärder för att tillvarata skyddet av statens grundläggande intressen.
- 15 Kommissionen anser, med avseende på reglerade sektorer, såsom energi-, naturgas- och telekommunikationssektorerna, att syftet att skydda statens grundläggande intressen kan uppnås genom att mindre restriktiva bestämmelser antas, såsom dem som den Europeiska lagstiftaren har föreskrivit. Kommissionen har i synnerhet hänvisat till Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/54/EG av den 26 juni 2003 om gemensamma regler för den inre marknaden för el och om upphävande av direktiv 96/92/EG (EUT L 176, s. 37), Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/55/EG 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), och Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/21/EG av den 7 mars 2002 om ett



gemensamt regelverk för elektroniska kommunikationsnät och kommunikationstjänster (ramdirektiv) (EGT L 108, s. 33). Kommissionen har betonat att det i dessa direktiv föreskrivs att åtgärder, som avser att skydda den nationella minimiförsörjningen i de avsedda sektorerna, ska genomföras. Kommissionen har gjort gällande att Republiken Italien inte har angett varför skyddet för den nationella minimiförsörjningen i de således reglerade ekonomiska sektorerna inte skulle kunna säkerställas på grundval av de nämnda direktiven.

- 16 Kommissionen har med avseende på icke-reglerade sektorer gjort gällande att Republiken Italien inte har motiverat en tillämpning av de omtvistade villkoren.
- 17 Den har dessutom gjort gällande att det saknas ett orsakssamband mellan å ena sidan behovet av att säkerställa energiförsörjningen och att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, och, å andra sidan kontrollen av ägarstruktur och ett företags ledning.
- 18 Enligt kommissionen utgör således 2004 års dekret ett instrument som går utöver vad som är nödvändigt för att försvara de allmänna intressen som det avser.
- 19 Republiken Italien har för det första anfört att en stor del av kommissionens analys avser påståendet att de särskilda befogenheter som regleras i lagdekret nr 332/1994 är rättsstridiga. Den underlåtenhet som talan och det motiverade yttrandet gäller, avser enbart 2004 års dekret och inte lagdekret nr 332/1994. Den påstådda rättsstridigheten av bestämmelserna rörande de särskilda befogenheter som följer av detta lagdekret omfattas således inte av förevarande talan.
- 20 Enligt samma medlemsstat kan följaktligen merparten av de anmärkningar som kommissionen har anfört till stöd för sin talan inte godtas. Detta är fallet med anmärkningarna som avser de restriktioner som Republiken Italien har infört för

förvärv av aktier i de berörda bolagen, avseende rätten att inneha aktier, det vill säga dessa bolags ägarstruktur. Kommissionen har i själva verket huvudsakligen klandrat Republiken Italien för att den har infört bestämmelser avseende kontrollen av den nämnda strukturen, och inte bestämmelser som gör det möjligt att kontrollera enskilda beslut avseende företagets ledning. Dessa anmärkningar avser emellertid lagdekret nr 332/1994, och inte 2004 års dekret.

- 21 Republiken Italien har yrkat att de anmärkningar enligt vilka bestämmelserna rörande särskilda befogenheter inte är proportionerliga ska avvisas, med anledning av att denna del av talan i själva verket avser lagdekret nr 332/1994.
- 22 Republiken Italien har för det andra invänt mot kommissionens bedömning i den mån denna har grundat merparten av sina anmärkningar på ett påstått åsidosättande av artikel 56 EG, avseende den fria rörligheten av kapital, och har även anfört att dessa anmärkningar utan åtskillnad skulle kunna grundas på ett åsidosättande av artikel 43 EG, avseende etableringsfriheten. Enligt den medlemsstaten följer det av domstolens rättspraxis, bland annat av domen av den 12 september 2006, Cadbury Schweppes och Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, REG 2006, s. I-7995), att om en fråga kan prövas utifrån etableringsfriheten, innebär detta att den inte omfattas av den fria rörligheten för kapital. Eftersom de omtvistade åtgärderna emellertid gäller handlingar som syftar till att utöva ett bestämmande inflytande över de berörda företagens ledning, är artiklarna 43 EG, 45 EG och 46 EG relevanta. Denna frågeställning är viktig, eftersom dessa artiklar är mindre tvingande än artiklarna 56 EG och 58 EG.
- 23 Republiken Italien har för det tredje bestritt anmärkningen att den nationella administrationen enligt 2004 års dekret har ett utrymme för skönsmässig bedömning vid utövande av de särskilda befogenheterna.
- 24 Medlemsstaten har för det fjärde invänt mot kommissionens argumentering avseende de direktiv som är tillämpliga i de reglerade sektorerna. Dessa direktiv vore nämligen enbart relevanta om talan avsåg lagdekret nr 332/1994 i vilket strukturella åtgärder

föreskrivs. Genom 2004 års dekret infördes emellertid inte någon sådan åtgärd. I det dekretet föreskrivs nämligen enbart i vilka fall och under vilka villkor de åtgärder som föreskrivs i det nämnda lagdekretet kan vidtas. Republiken Italien har gjort gällande att i vilket fall som helst finns det inte något som förbjuder medlemsstaterna att, i dessa väsentliga sektorer, vidta åtgärder genom vilka en befogenhet att ingripa införs, vilken till och med går utöver bestämmelserna i de nämnda direktiven.

25 Republiken Italien har tillagt att subsidiaritetsprincipen ska tillämpas. Den nationella lagstiftningen är nämligen bättre lämpad än den gemenskapsrättsliga lagstiftningen att reglera situationer i vilka det föreligger en risk för statens vitala intressen, och vilka enbart staten kan göra en riktig bedömning av inom en lämplig tidsfrist.

26 Med avseende på andra sektorer med allmännyttiga tjänster, vilka ännu inte har harmoniserats, såsom försvarssektorn, har en medlemsstat rätt att vidta åtgärder för att konfrontera situationer som kan medföra att allmänintresset skadas allvarligt.

27 Enligt Republiken Italien är det enda relevanta påståendet som anförts till stöd för talan, att det inte kan förutsägas i vilka konkreta situationer det är möjligt att åberopa bestämmelserna i lagdekret nr 332/1994. Medlemsstaten har emellertid gjort gällande att det är först då det finns en investerare som alla särskilda omständigheter blir identifierade och kan bedömas. Republiken Italien anser därför att villkoren för utövande av de särskilda befogenheterna inte kan bestämmas mer exakt än i 2004 års dekret.

*Domstolens bedömning*

## Föremålet för talan

- 28 Enligt Republiken Italien har kommissionen genom de flesta av sina argument i själva verket inte invänt mot kriterierna i 2004 års dekret utan mot de särskilda befogenheter som infördes genom lagdekret nr 332/1994, för att domstolen ska fastställa att dessa befogenheter inte är förenliga med gemenskapsrätten. Dessa argument innebär således en utvidgning av föremålet för talan och kan således inte tas upp till prövning.
- 29 Domstolen erinrar i detta hänseende om att föremålet för en talan om fördragsbrott avgränsas genom det motiverade yttrandet och ansökan (se bland annat, för ett liknande resonemang, dom av den 24 juni 2004 i mål C-350/02, kommissionen mot Nederländerna, REG 2004, s. I-6213, punkt 20 och där angiven rättspraxis). Eftersom de två nämnda handlingarna i förevarande fall enbart avser de kriterier som föreskrivs i artikel 1.2 i 2004 års dekret, har kommissionen inte utvidgat föremålet för talan och denna kan således tas upp till prövning.
- 30 Kommissionen har förvisso utvecklat argument som innebär kritik mot de särskilda befogenheter som infördes genom lagdekret nr 332/1994, men har inte ifrågasatt dessa och har enbart angripit de kriterier som avser utövandet av de nämnda befogenheterna.
- 31 Eftersom det påstådda fördragsbrottet enbart avser de kriterier som föreskrivs i artikel 1.2 i 2004 års dekret ska domstolen enbart pröva huruvida den bestämmelsen är förenlig med gemenskapsrätten.

## Tillämpningen av artiklarna 43 EG och 56 EG

- 32 Enligt kommissionen bör det påstådda fördragsbrottet bedömas på grundval av artikel 43 EG, avseende etableringsfriheten, och artikel 56 EG, avseende den fria rörligheten för kapital.
- 33 Vad gäller frågan huruvida en nationell lagstiftning omfattas av den ena eller den andra av dessa friheter, framgår det av fast rättspraxis att föremålet för den aktuella lagstiftningen ska beaktas (se dom av den 24 maj 2007 i mål C-157/05, Holböck, REG 2007, s. I-4051, punkt 22 och där angiven rättspraxis).
- 34 Det materiella tillämpningsområdet för EG-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet omfattar de nationella bestämmelser som är tillämpliga på andelsinnehav som en medlemsstats medborgare har i kapitalet i ett i en annan medlemsstat hemmahörande bolag, som möjliggör för vederbörande att utöva ett bestämmande inflytande över bolagets beslut och bestämma dess verksamhet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 april 2000 i mål C-251/98, Baars, REG 2000, s. I-2787, punkt 22, och av den 23 oktober 2007 i mål C-112/05, kommissionen mot Tyskland, REG 2007, s. I-8995, punkt 13).
- 35 Bestämmelserna i artikel 56 EG, avseende den fria rörligheten för kapital, omfattar bland annat direkta investeringar, nämligen alla slags investeringar som fysiska eller juridiska personer företar och som har till syfte att upprätta varaktiga och direkta relationer mellan den person som tillhandahåller kapitalet och det bolag som får tillgång till kapitalet, för bedrivande av en ekonomisk verksamhet. Detta syfte förutsätter att de aktier som innehas av aktieägaren ger vederbörande möjlighet att effektivt medverka i förvaltningen eller kontrollen av bolaget (se domen i det ovannämnda målet, kommissionen mot Tyskland, punkt 18 och där angiven rättspraxis).
- 36 En nationell lagstiftning som inte enbart är avsedd att tillämpas på ägarandelar som ger ett bestämmande inflytande över ett bolags beslut och verksamhet, utan som är tillämplig oberoende av omfattningen av en aktieägares andel i ett företag, kan omfattas

såväl av artikel 43 EG som av artikel 56 EG (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Holböck, punkterna 23 och 24). Tvärtemot vad Republiken Italien har gjort gällande är det med stöd av domen i det ovannämnda målet Cadbury Schweppes och Cadbury Schweppes Overseas inte möjligt att sluta sig till att enbart artikel 43 EG vore relevant i ett sådant fall. Den nämnda domen avser i själva verket, vilket framgår av punkt 32 i den domen, enbart en situation i vilken ett bolag innehar ägarandelar som ger det kontroll över andra bolag (se dom av den 17 juli 2008 i mål C-207/07, kommissionen mot Spanien, punkt 36).

37 Det bör i förevarande fall göras en åtskillnad utifrån huruvida villkoren är tillämpliga på dels statens rätt att motsätta sig förvärv av ägarandelar och ingående av överenskommelser mellan aktieägare som innehar en viss procentandel av rösträtten, dels befogenheten att inlägga veto mot vissa av bolagets beslut.

38 Vad för det första gäller befogenheten i artikel 2.1 a och b i lagdekret nr 332/1994 att motsätta sig förvärv och överenskommelser, framgår det av handlingarna i målet att den andel motsvarande minst 5 procent av rösträtten eller, eventuellt, den lägre procentandel som fastställts av den behöriga ministern, ska möjliggöra för de berörda att effektivt delta i förvaltningen av ett av bolagen i fråga, vilket omfattas av artikel 56 EG. Det är emellertid inte uteslutet, med avseende på bolag i vilka aktieägandet i allmänhet är mycket utspritt, att de som innehar ägarandelar motsvarande de nämnda procentandelarna kan utöva ett bestämmande inflytande över förvaltningen av ett sådant bolag och bestämma dess verksamhet, vilket omfattas av artikel 43 EG, såsom Republiken Italien har gjort gällande. Eftersom en minsta procentandel dessutom fastställs genom lagdekret nr 332/1994, är denna lagstiftning även tillämplig på ägarandelar som överskrider denna procentandel och som medför en uppenbar kontrollmöjlighet. Domstolen ska följaktligen pröva kriterierna som avser utövandet av de nämnda befogenheterna att motsätta sig förvärv och överenskommelser av aktuellt slag, utifrån de två nämnda bestämmelserna i fördraget.

39 Domstolen konstaterar för det andra, med avseende på den vetorätt som avses i artikel 2.1 c i lagdekret nr 332/1994, att denna befogenhet rör beslut om ett bolags ledning, och den avser därmed enbart de aktieägare som kan utöva ett bestämmande inflytande över de berörda bolagen, varför de kriterier som avser utövandet av denna befogenhet ska prövas utifrån artikel 43 EG. Om det för övrigt antas att dessa kriterier

verkar inskränkande på den fria rörligheten för kapital, är en sådan verkan en oundviklig följd av ett eventuellt hinder för etableringsfriheten och kan därför inte motivera en självständig prövning utifrån artikel 56 EG (se domen i det ovannämnda målet Cadbury Schweppes och Cadbury Schweppes Overseas, punkt 33). De kriterier som avser utövandet av vetorätten ska följaktligen enbart prövas på grundval av artikel 43 EG.

Kriterierna i artikel 1.2 i 2004 års dekret i den mån de avser utövandet av befogenheter att motsätta sig förvärv och överenskommelser

— Underlåtenhet att uppfylla de skyldigheter som följer av artikel 56 EG

<sup>40</sup> Domstolen påpekar inledningsvis att de kriterier som prövas i förevarande fall innebär ett fastställande av de omständigheter under vilka staten kan utöva sina befogenheter att motsätta sig förvärv av vissa ägarandelar eller ingående av överenskommelser mellan aktieägare i de berörda bolagen. Det följer av domstolens rättspraxis att utövandet av sådana befogenheter kan strida mot den fria rörligheten för kapital som garanteras av artikel 56 EG (se, bland annat, dom av den 13 maj 2003 i mål C-98/01, kommissionen mot Förenade kungariket, REG 2003, s. I-4641, punkt 50, och domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien, punkt 58). Tvistefrågan i förevarande fall är huruvida det genom de nämnda kriterierna fastställs villkor av sådant slag att det är motiverat att utöva sådana befogenheter.

<sup>41</sup> Domstolen erinrar i detta hänseende om att den fria rörligheten för kapital kan begränsas genom nationella bestämmelser som är motiverade av sådana skäl som nämns i artikel 58 EG eller av tvingande skäl av allmänintresse, i den mån det inte finns några bestämmelser om gemenskapsharmonisering i vilka nödvändiga åtgärder för att säkerställa skyddet av dessa intressen föreskrivs (se domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkt 72 och där angiven rättspraxis).

- 42 I avsaknad av gemenskapsharmonisering ankommer det i princip på medlemsstaterna att besluta om vilken skydds nivå som ska gälla för sådana berättigade intressen och hur denna nivå ska säkerställas. De får emellertid bara göra detta inom de gränser som fastställs i fördraget, och de måste särskilt iaktta proportionalitetsprincipen som förutsätter att de antagna åtgärderna är ägnade att säkerställa förverkligandet av det syfte som eftersträvas med dem och inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta syfte (se domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkt 73 och där angiven rättspraxis).
- 43 Proportionalitetsprincipen är för övrigt, även på de områden som har harmoniserats, tillämplig i de fall då gemenskapslagstiftaren har beviljat medlemsstaterna ett utrymme för skönsmässig bedömning.
- 44 Republiken Italien och kommissionen har i förevarande fall intagit skilda ståndpunkter med avseende på frågan huruvida kriterierna, som är tillämpliga på utövande av befogenheterna att motsätta sig förvärv av ägarandelar eller att aktieägare som innehar minst 5 procent av rösträtterna ingår överenskommelser, är sådana att detta utövande är proportionerligt i förhållande till de mål som eftersträvas och således förenligt med den frihet som garanteras genom artikel 56 EG.
- 45 Domstolen påpekar i detta hänseende att de omtvistade kriterierna avser allmänna intressen som bland annat rör minimiförsörjningen av energi och grundläggande tjänster för allmänheten, det fortgående tillhandahållandet av allmännyttiga tjänster, säkerheten vid de anläggningar som brukas med avseende på grundläggande allmännyttiga tjänster, landets försvar, den allmänna ordningen och den allmänna säkerheten samt akuta hälsorisker. Strävan att tillgodose sådana intressen kan, under förutsättning att proportionalitetsprincipen iakttas, motivera vissa restriktioner med avseende på utövandet av de grundläggande friheterna (se, bland annat, dom av den 14 februari 2008 i mål C-274/06, kommissionen mot Spanien, punkt 38).
- 46 Det har emellertid i punkterna 42 och 43 i förevarande dom erinrats om att det enligt proportionalitetsprincipen krävs, i första hand, att de åtgärder som vidtas är ägnade att säkerställa att de eftersträvalda målen uppnås.



- 47 Tillämpningen av de omtvistade kriterierna i den mån som de avser utövande av befogenheterna att motsätta sig förvärv och överenskommelser, är emellertid inte ägnad att säkerställa att de eftersträvade målen uppnås i förevarande fall. Det saknas nämligen ett samband mellan de nämnda kriterierna och dessa befogenheter.
- 48 Domstolen har nämligen tidigare funnit att ett enkelt förvärv av ägarandelar motsvarande mer än 10 procent av aktiekapitalet i ett bolag som är verksamt i energisektorn, eller varje annat förvärv som medför ett betydande inflytande över ett sådant bolag i princip inte i sig kan anses utgöra ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot för säkerheten när det gäller energiförsörjningen (se domen av den 17 juli 2008 i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien, punkterna 38 och 51).
- 49 Republiken Italien har i sina inlagor inte anfört någon bevisning eller ens någon omständighet som tyder på att tillämpningen av de omtvistade kriterierna för utövande av befogenheterna i fråga gör det möjligt att uppnå de eftersträvade målen. Medlemsstaten har förvisso under den muntliga förhandlingen givit några exempel. Den har således hänvisat till möjligheten att en utländsk aktör som är förbunden med en terroristorganisation försöker förvärva betydande ägarandelar i nationella bolag på ett strategiskt område. Republiken Italien har även åberopat möjligheten att ett utländskt bolag som kontrollerar internationella nätverk för energiöverföring och som, tidigare, använt sin ställning för att skapa allvarliga försörjningssvårigheter för angränsande länder, vill förvärva aktier i ett nationellt bolag. Enligt den medlemsstaten skulle förekomsten av tidigare likartade fall kunna rättfärdiga att staten motsätter sig att sådana investerare förvärvar betydande andelar i de berörda nationella bolagen.
- 50 Domstolen konstaterar emellertid att sådana överväganden inte görs i 2004 års dekret, i vilket det inte anges några som helst konkreta och objektiva omständigheter.
- 51 Domstolen har tidigare funnit att en medlemsstats befogenhet att ingripa – såsom befogenheten att motsätta sig förvärv och överenskommelser för vilken de aktuella kriterierna bestämmer villkoren för utövande – som inte är underkastad något villkor med undantag för en allmänt formulerad hänvisning till skyddet för nationella intressen, varvid de konkreta och objektiva omständigheter under vilka denna

befogenhet kommer att utövas inte preciseras, utgör ett allvarligt hinder för den fria rörligheten för kapital (se, för ett liknande resonemang, dom av den 4 juni 2002 i mål C-483/99, kommissionen mot Frankrike, REG 2002, s. I-4781, punkterna 50 och 51).

- 52 Dessa överväganden är tillämpliga i förevarande fall. Även om de aktuella kriterierna avser olika sorters allmänna intressen, är de allmänt och vagt hållna. Avsaknaden av samband mellan dessa kriterier och de särskilda befogenheter som de nämnda kriterierna avser förstärker dessutom osäkerheten beträffande de omständigheter under vilka de särskilda befogenheterna kan utövas, och innebär att de nationella myndigheterna åtnjuter ett utrymme för skönsmässig bedömning vid utövande av dessa befogenheter. Ett sådant utrymme för skönsmässig bedömning står inte i proportion till de eftersträlvade målen.
- 53 Enbart den omständigheten, att det i artikel 1.1 i 2004 års dekret anges att de särskilda befogenheterna enbart får utövas i enlighet med gemenskapsrätten, kan inte medföra att utövandet av dessa kriterier är förenligt med densamma. Dessa kriteriers allmänna och abstrakta karaktär innebär att det inte kan garanteras att de särskilda befogenheterna utövas i enlighet med de krav som uppställs i gemenskapsrätten (se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 maj 2003 i mål C-463/00, kommissionen mot Spanien, REG 2003, s. I-4581, punkterna 63 och 64).
- 54 Även om, slutligen, den omständigheten att utövandet av de särskilda befogenheterna kan omfattas av den nationella domstolens kontroll enligt artikel 2.1 a–c i lagdekret nr 332/1994 är nödvändig för att kunna skydda personer med avseende på tillämpningen av reglerna om den fria rörligheten för kapital, är den emellertid inte i sig tillräcklig för att avhjälpa en oförenlighet mellan dessa regler och kriterierna för utövande av de särskilda befogenheterna.
- 55 Republiken Italien har således, med anledning av att den antog artikel 1.2 i 2004 års dekret, underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 56 EG, i den mån som den

förstnämnda bestämmelsen är tillämplig på de särskilda befogenheter som föreskrivs i artikel 2.1 a och b i lagdekret nr 332/1994.

— Åsidosättande av de skyldigheter som följer av artikel 43 EG

- 56 Domstolen anser, av samma orsaker som dem som anförts ovan inom ramen för prövningen av huruvida de kriterier som anges i artikel 1.2 i 2004 års dekret är förenliga med artikel 56 EG, att dessa kriterier ger de italienska myndigheterna ett oproportionerligt stort utrymme för skönsässig bedömning vid utövandet av befogenheten att motsätta sig förvärv och överenskommelser, i den mån denna befogenhet även gäller ägarandelar som möjliggör för sina innehavare att utöva ett bestämmande inflytande över förvaltningen av de berörda bolagen samt bestämma deras verksamhet, och således kan medföra restriktioner i etableringsfriheten.
- 57 Republiken Italien har således, genom att anta artikel 1.2 i 2004 års dekret, underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 43 EG, i den mån som den bestämmelsen är tillämplig på de särskilda befogenheter som föreskrivs i artikel 2.1 a och b i lagdekret nr 332/1994.

Kriterierna i artikel 1.2 i 2004 års dekret i den mån de avser utövandet av vetorätten

- 58 Tillämpningen av de kriterier som anges i artikel 1.2 i 2004 års dekret på rätten att inlägga veto mot vissa beslut ska, såsom har angetts ovan i punkt 39, prövas enbart mot bakgrund av artikel 43 EG.

- 59 Kommissionen anser att dessa kriterier, i den mån som de är tillämpliga på denna vetorätt, inte är proportionerliga i förhållande till det eftersträvade syftet. De är följaktligen inte förenliga med artikel 43 EG. Republiken Italien har invänt mot denna bedömning.
- 60 Domstolen konstaterar, med avseende på de berörda företagen, att beslut avseende deras likvidation, överlåtelse, fusion, delning, flyttning av sätet till utlandet, ändring av verksamhetsföremålet samt ändringar av bolagsordningen som innebär att de särskilda befogenheterna avskaffas eller ändras, rör viktiga delar av förvaltningen av dessa bolag.
- 61 Sådana beslut, vilka till och med kan röra frågan om dessa bolags fortlevnad, kan bland annat få betydelse för det fortsatta tillhandahållandet av allmännyttiga tjänster eller av en nationell minimiförsörjning av råvaror till samhället, vilka utgör allmänna intressen som avses i 2004 års dekret.
- 62 Det föreligger således ett samband mellan den särskilda vetorätten och de kriterier som fastställts i 2004 års dekret.
- 63 De omständigheter under vilka dessa befogenheter kan utövas är emellertid vaga.
- 64 Domstolen har, med avseende på befogenheten att motsätta sig vissa beslut om överlåtelse eller pantsättning av tillgångarna i bolag som är verksamma i oljesektorn, funnit att då utövandet av denna befogenhet inte var underkastad några villkor som begränsade det utrymme för skönsmässig bedömning som den behöriga ministern hade vid kontrollen av bolagens aktieägares identitet, gick den berörda regleringen utöver vad som krävdes för att uppnå det eftersträlvade målet, nämligen att förebygga ett angrepp på minimiförsörjningen av oljeprodukter när det föreligger ett verkligt hot. Domstolen har tillagt att, i avsaknad av särskilda och objektiva kriterier med avseende på den nämnda regleringens struktur, reglerna i fråga inte var proportionerliga

i förhållande till det eftersträvade målet (se domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkterna 52 och 53).

- 65 Det ska således prövas huruvida några liknande överväganden gör sig gällande i förevarande fall.
- 66 De omständigheter under vilka kriterierna för utövande av den vetorätt som avses i artikel 2.1 c i lagdekret nr 332/1994 är tillämpliga, preciseras inte i 2004 års dekret. Även om denna rätt enbart kan utövas i situationer där det föreligger en allvarlig och verklig risk eller en akut hälsorisk i enlighet med artikel 1.2 i det nämnda dekretet, och under iakttagande av de villkor som avses i artikel 1.1 i samma dekret, det vill säga den ska utövas för att uppnå syften avseende bland annat allmän ordning och säkerhet, folkhälsa och försvaret, saknar investerarna vetskap om när denna vetorätt är tillämplig, i avsaknad av en precisering av under vilka faktiska omständigheter det är möjligt att utöva rätten i fråga. Det ska följaktligen anses, såsom kommissionen har gjort gällande, att de situationer i vilka vetorätten kan utövas potentiellt är talrika, obestämda och obestämbara, och att de ger de italienska myndigheterna ett stort utrymme för skönsmässig bedömning.
- 67 Republiken Italien har emellertid gjort gällande att subsidiaritetsprincipen är tillämplig på de berörda strategiska områdena, och att medlemsstaterna måste bevara ett stort utrymme för skönsmässig bedömning eftersom de är bäst placerade att bemöta brådskande situationer som påverkar statens vitala intressen. De direktiv som har antagits på de reglerade områdena, såsom området för energi, innehåller enbart minimikrav för tillgodoseendet av behovet av allmännyttiga tjänster.
- 68 Även om dessa direktiv, såsom har anförts i punkt 43 ovan, i detta hänseende ger medlemsstaterna ett utrymme för skönsmässig bedömning, bland annat för att vidta åtgärder i nödfall, får de bestämmelser de antar inte gå utöver de gränser som fastställs genom fördraget, och i synnerhet inte utöver proportionalitetsprincipen.

- 69 Domstolen har bland annat, beträffande enheter som är verksamma i olje-, telekommunikations- och elektricitetssektorerna, bekräftat att syftet att garantera en säker försörjning av sådana produkter eller tillhandahållandet av sådana tjänster i en krissituation i den aktuella medlemsstaten kan utgöra ett skäl avseende allmän säkerhet och det kan därmed rättfärdiga restriktioner med avseende på en grundläggande frihet (se dom av den 13 maj 2003 i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien, punkt 71).
- 70 Domstolen har emellertid dessutom funnit att även om det i huvudsak står medlemsstaterna fritt att utifrån nationella behov bestämma vilka krav som hänsynen till allmän ordning och allmän säkerhet ställer, för att motivera ett undantag från en grundläggande frihet, ska dessa krav tolkas restriktivt, varför de inte kan bestämmas ensidigt utan kontroll från Europeiska gemenskapens institutioners sida. Hänsyn till allmän ordning och allmän säkerhet kan således med framgång åberopas enbart då det föreligger ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot som påverkar ett grundläggande samhällsintresse (se, bland annat, dom av den 9 mars 2000 i mål C-355/98, kommissionen mot Belgien, REG 2000, s. I-1221, punkt 28, och av den 14 mars 2000 i mål C-54/99, *Église de scientologie*, REG 2000, s. I-1335, punkt 17, samt dom av den 17 juillet 2008 i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien, punkt 47).
- 71 Domstolen har gjort samma bedömning avseende bestämmelser om rätt att motsätta sig förvärv och överenskommelser, vilka tillämpades i Belgien i energisektorn, och som avsåg vissa beslut rörande nationella bolags strategiska tillgångar, särskilt energinätverk, samt vissa särskilda beslut avseende förvaltningen av dessa bolag, med avseende på vilka staten endast kunde ingripa om målen för energipolitiken äventyrades. Domstolen fann att dessa bestämmelser vilade på objektiva kriterier som kunde prövas av domstol och att kommissionen inte hade visat att mindre restriktiva åtgärder skulle ha kunnat vidtas för att uppnå det eftersträlvade målet (se dom av den 4 juni 2002 i mål C-503/99, kommissionen mot Belgien, REG 2002, s. I-4809, punkterna 50–53).
- 72 I förevarande fall innehåller 2004 års dekret, såsom har konstaterats ovan i punkt 66, emellertid inte några närmare uppgifter avseende de faktiska omständigheter under vilka vetorätten kan utövas, och de kriterier som anges i dekretet utgör således inte objektiva villkor som kan prövas av domstol.

73 Domstolen har i punkterna 53 och 54 ovan erinrat om att uttalandet att vetorätten enbart ska utövas i enlighet med gemenskapsrätten, och den omständigheten att detta utövande kan prövas av den nationella domstolen, inte kan medföra att 2004 års dekret blir förenligt med gemenskapsrätten.

74 Republiken Italien har således, genom att anta artikel 1.2 i 2004 års dekret, underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 43 EG, i den mån som den förstnämnda bestämmelsen är tillämplig på de särskilda befogenheter som föreskrivs i artikel 2.1 c i lagdekret nr 332/1994.

### Rättegångskostnader

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

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (tredje avdelningen) följande:

- 1) **Republiken Italien har, genom att anta bestämmelserna i artikel 1.2 i premiärministerns dekret av den 10 juni 2004 om fastställande av villkoren för utövande av de särskilda befogenheter som föreskrivs i artikel 2 i lagdekret nr 332 av den 31 maj 1994, som efter ändringar omvandlats till lag nr 474 av den 30 juli 1994 (decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, definizione dei criteri di esercizio dei poteri speciali, di cui all'art. 2 del decreto-legge 31**

**maggio 1994, n. 332, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n. 474), underlåtit att uppfylla sina skyldigheter**

- enligt artiklarna 43 EG och 56 EG, i den mån som de ovannämnda bestämmelserna är tillämpliga på de särskilda befogenheter som föreskrivs i artikel 2.1 a och b i lagdekret nr 332/1994 i dess lydelse enligt lag nr 350, med bestämmelser om utformningen av statens årliga och fleråriga budget (2004 års finanslag) (legge n. 350, disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2004)), och
  
- enligt artikel 43 EG, i den mån som de ovannämnda bestämmelserna är tillämpliga på de särskilda befogenheter som föreskrivs i nämnda artikel 2.1 c.

**2) Republiken Italien ska ersätta rättegångskostnaderna.**

Underskrifter