DOMSTOLENS DOM (Første Afdeling)

10. november 2011 *

I sag C-212/09,

angående et traktatbrudssøgsmål i henhold til artikel 226 EF, anlagt den 11. juni 2009,

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

sagsøger,

mod

Den Portugisiske Republik ved L. Inez Fernandes, som befuldmægtiget, bistået af advogados C. Botelho Moniz, M. Rosado da Fonseca og P. Gouveia e Melo,

sagsøgt,

har

* Processprog: portugisisk.

DOMSTOLEN (Første Afdeling)

sammensat af formanden for Femte Afdeling, J.-J. Kasel, som fungerende formand for Første Afdeling, og dommerne A. Borg Barthet, E. Levits, M. Safjan og M. Berger (refererende dommer),

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

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 19. januar 2011,

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

afsagt følgende

Dom

1 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har i stævningen nedlagt påstand om, at det fastslås, at Den Portugisiske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 43 EF og 56 EF, idet den for den portugisiske stat og andre offentlige

organer eller for den portugisiske offentlige sektor i GALP Energia SGPS SA (herefter »GALP«) har opretholdt særlige rettigheder, der er tildelt i tilknytning til præferenceaktier (»golden shares«), som staten ejer.

Retsforskrifter

Nationale bestemmelser

2 Artikel 15, stk. 1, i lov nº 11/90 om rammelov for privatisering (Lei nr. 11/90, Lei Quadro das Privatizações) af 5. april 1990 (*Diário da República* I, serie A, nr. 80, af 5.4.1990, herefter »LQP«) bestemmer:

»Retsakten om godkendelse af vedtægterne for de virksomheder, der skal privatiseres, kan undtagelsesvis, når almene nationale hensyn tilsiger det og med henblik på at sikre offentlighedens interesse, foreskrive, at selskabsbeslutninger om visse forhold skal godkendes af et bestyrelsesmedlem, der er udpeget af staten.«

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

»Den retsakt [om godkendelse af vedtægterne for den virksomhed, som skal privatiseres eller omdannes til et aktieselskab], der er henvist til i artikel 4, stk. 1, kan desuden undtagelsesvis, når nationale hensyn tilsiger det, foreskrive, at der skal udstedes

præferenceaktier, som skal forblive statens ejendom, og som uanset deres antal giver staten en vetoret med hensyn til vedtægtsændringer og andre beslutninger vedrørende bestemte områder, som er nærmere afgrænset i vedtægterne.«

4 I medfør af LQP's artikel 15 giver artikel 4, stk. 1, i lovdekret nr. 261-A/99 om godkendelse af den første etape i privatiseringsprocessen for GALP — Petróleos e Gás de Portugal, SGPS SA's selskabskapital (Decreto-Lei nº 261-A/99 aprova a 1.ª fase do processo de privatização do capital social da GALP — Petróleos e Gás de Portugal, SGPS SA) af 7. juli 1999 (*Diário da República* I, serie A, nr. 156, af 7.7.1999, herefter »lovdekret nr. 261-A/99«) mulighed for at »udstede præferenceaktier ved konvertering af almindelige aktier«.

5 I henhold til dette lovdekrets artikel 4, stk. 2, må præferenceaktierne højst udgøre 10 % af GALP's selskabskapital inden kapitalforøgelsen og skal overvejende ejes af offentlige organer.

6 I medfør af samme lovdekrets artikel 4, stk. 3, giver præferenceaktierne vetoret ved udnævnelsen af et antal bestyrelsesmedlemmer svarende til højst en tredjedel af det samlede antal. Bestemmelsen giver ligeledes vetoret ved beslutninger om ændringer af selskabets vedtægter, beslutninger om godkendelse af indgåelse af koncernkontrakter som ligestillede og underordnede parter, samt beslutninger, som på nogen måde kan skade landets forsyning af olie, gas eller andre produkter, der er afledt heraf.

7 Artikel 391, stk. 2, i erhvervsselskabsloven (herefter »CSC«) bestemmer:

»Selskabsaftalen kan fastsætte, at valg af bestyrelsesmedlemmer skal godkendes af et antal stemmer, der svarer til en bestemt kapitalandel, eller at valget af visse medlemmer indbyrdes, hvis antal ikke må overstige en tredjedel af det samlede antal, ligeledes skal godkendes af et flertal af de stemmer, der er tillagt visse aktier, dog kan retten til at udnævne bestyrelsesmedlemmer ikke tildeles visse aktieklasser.«

GALP's vedtægter

8 Lovdekret nr. 137-A/99 af 22. april 1999 (*Diário da República* I, serie A, nr. 94, af 22.4.1999), hvorved GALP blev stiftet, indeholder i sit bilag nævnte selskabs vedtægter.

9 I henhold til artikel 4, stk. 1, i GALP's vedtægter består selskabets selskabskapital af 40 mio. A-aktier og ca. 789 mio. almindelige aktier.

10 Artikel 4, stk. 3, i GALP's vedtægter bestemmer, at der til A-aktierne er knyttet følgende særlige rettigheder:

»a) Valget af bestyrelsesformand kan kun godkendes af et flertal af de stemmer, der er knyttet til A-aktierne.

b) Enhver beslutning om godkendelse af indgåelse af koncernkontrakter som ligestillede og underordnede parter, samt beslutninger, som på nogen måde kan skade landets forsyning af olie, gas eller andre produkter, der er afledt heraf, kan kun godkendes af et flertal af de stemmer, der er knyttet til A-aktierne.

[…]«

11 I henhold til artikel 18, stk. 1, litra b), i GALP's vedtægter skal beslutninger truffet af GALP's bestyrelse inden for visse områder godkendes af et kvalificeret flertal på to tredjedele af bestyrelsesmedlemmerne, herunder kræves nødvendigvis en bekræftende stemme fra bestyrelsesformanden. Blandt disse områder er strategiske afståelser, erhvervelse af kapitalinteresser inden for sektorer, der ikke er omfattet af selskabets hovedvirksomheder, valg af strategiske partnere, vedtagelse og ændring af de strategiske retningslinjer, strategiplanen og de hertil knyttede virksomhedsområder, fastsættelse af den grundlæggende ledelses- og organisationsstruktur, fastsættelse af graden af ledelsesmæssig selvstændighed i selskaber, der er kontrolleret af GALP, transaktioner vedrørende spaltning, fusion eller opløsning af selskaber, der er kontrolleret af GALP, samt udlodning af udbytte fra selskaber, der er kontrolleret af GALP.

GALP's aktionæraftale

12 Den 4. oktober 2006 blev der indgået en aktionæraftale mellem flere af GALP's aktionærer, nemlig Amorim Energia, ENI og Caixa Geral de Depósitos SA (herefter »CGD«), der er en statslig bank. Denne aftale er siden blevet ændret flere gange.

13 I medfør af denne aftale udpeger CGD bl.a. et bestyrelsesmedlem, som obligatorisk skal være bestyrelsesformand.

Sagens baggrund og den administrative procedure

14 Den portugisiske energisektor, bl.a. olie- og naturgassektoren, har siden 1999 gennemgået en omfattende omstruktureringsproces, der med vedtagelsen af lovdekret nr. 137-A/99 af 22. april 1999 førte til dannelsen af GALP, der er et offentligt ejet selskab, som samler direkte kapitalandele, der ejes af staten i visse offentlige virksomheder.

15 Privatiseringen af GALP påbegyndtes ved selskabets stiftelse og foregik i fem på hinanden følgende etaper inden for rammerne af den ordning, der er fastsat i LQP. Staten ejer på nuværende tidspunkt 8 % af selskabskapitalen i GALP, heraf 7 % gennem Parpública og 1 % gennem CGD.

16 Det fremgår af sagens akter, at GALP for nærværende er den største integrerede koncern på området for olie- og naturgasprodukter i Portugal.

17 Den 18. oktober 2006 fremsendte Kommissionen en åbningsskrivelse til Den Portugisiske Republik, hvorved den foreholdt denne at have tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 43 EF og 56 EF, idet den ved privatiseringen af GALP har skabt præferenceaktier, som ejes af den portugisiske stat, hvortil der er knyttet særlige rettigheder, bl.a. retten til at udpege selskabets bestyrelsesformand og en vetoret med hensyn til visse af selskabets vigtige beslutninger.

18 Da Kommissionen fandt Den Portugisiske Republiks svar af 18. december 2006 utilstrækkeligt, fremsatte den den 29. juni 2007 en begrundet udtalelse, hvori den gentog åbningsskrivelsens anbringender og opfordrede medlemsstaten til at efterkomme udtalelsen inden for en frist på to måneder fra modtagelsen heraf.

19 De portugisiske myndigheder besvarede denne begrundede udtalelse ved skrivelse af 30. oktober 2007. Da Kommissionen ikke var tilfreds med dette svar, anlagde den denne sag.

Om formaliteten

Parternes argumenter

20 Den Portugisiske Republik har i sine indlæg bestridt, at sagen kan antages til realitetsbehandling, og har herved gjort gældende, at søgsmålet delvist bør afvises, idet Kommissionen i stævningen har nedlagt nye påstande, som ikke var indeholdt i den begrundede udtalelse, og dermed har udvidet sagsgenstanden som defineret under den administrative procedure.

21 Den Portugisiske Republik har i denne henseende dels henvist til statens ret til at undergive bestyrelsens beslutninger vedrørende driften af GALP en godkendelse fra bestyrelsesformanden, som er udnævnt af staten selv, og nævnte formands vetoret over for visse af bestyrelsens beslutninger som omhandlet i artikel 18, stk. 1, litra b), i GALP's vedtægter, der skal godkendes af et kvalificeret flertal på to tredjedele af bestyrelsesmedlemmerne. Dels har Den Portugisiske Republik gjort gældende, at Kommissionen kritiserer den for ikke at overholde princippet om forbud mod

forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, som er fastsat i artikel 12 EF, idet den har handlet diskriminerende under de forskellige etaper af GALP's privatisering og ved forhandlingen af aktionæraftalen, der blev indgået i 2006.

22 Da der ifølge denne medlemsstat er tale om nye anbringender i forhold til de anbringender, der er indeholdt i den begrundede udtalelse, bør disse anbringender afvises.

23 Kommissionen har bestridt samtlige disse påstande og bekræftet, at søgsmålet omhandler retten til at udpege GALP's bestyrelsesformand og vetoretten over for ændringer af selskabsaftalen og andre beslutninger vedrørende visse områder, som er fastsat i vedtægterne. Disse særlige kompetencer følger af portugisisk lovgivning, dvs. af LQP, bl.a. dens artikel 3 og 15, og af lovdekret nr. 261-A/99, bl.a. dets artikel 4, stk. 3.

24 De nye argumenter, der er fremført i stævningen, og som Den Portugisiske Republik mener bør afvises, er dels præciseringer vedrørende kompetencen for det af staten udpegede bestyrelsesmedlem, som er relevante med henblik på at kvalificere udpegningssituationen som en foranstaltning, der er iværksat af staten, og som ikke følger af en almindelig anvendelse af selskabsretten. Dels fremgår det ifølge Kommissionen klart af stævningen, at den ikke ved blot at beskrive Den Portugisiske Republiks fremgangsmåde har påberåbt sig artikel 12 EF, men at den har anfægtet skabelsen af særlige rettigheder for staten ved hjælp af almindelige bestemmelser, der finder anvendelse uden forskel, og disse bestemmelsers diskriminerende anvendelse ved privatretlige instrumenter. Kommissionen har desuden i replikken forklaret, at den ikke ønsker at insistere på denne fremgangsmåde, som havde til formål at indsætte sagens genstand i dens rette sammenhæng.

25 Ifølge Kommissionen udgør disse betragtninger derfor ikke nye anbringender i forhold til de anbringender, der er indeholdt i den begrundede udtalelse.

Domstolens bemærkninger

26 Indledningsvis bemærkes, at efter fast retspraksis afgrænses genstanden for et traktatbrudssøgsmål i henhold til artikel 258 TEUF af Kommissionens begrundede udtalelse, således at søgsmålet skal støttes på de samme grunde og anbringender som denne udtalelse (jf. dom af 8.12.2005, sag C-33/04, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 10629, præmis 36, af 9.11.2006, sag C-236/05, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. I, s. 10819, præmis 10, og af 8.7.2010, sag C-171/08, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 6817, præmis 25).

27 Dette krav kan imidlertid ikke indebære, at der under alle omstændigheder skal være fuldstændigt sammenfald mellem klagepunkterne i konklusionen i den begrundede udtalelse og de i stævningen nedlagte påstande, når sagsgenstanden, således som den er fastlagt i den begrundede udtalelse, ikke er blevet udvidet eller ændret (jf. dom af 14.7.2005, sag C-433/03, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 6985, præmis 28, dommen i sagen Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, præmis 11, dommen i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 26, samt dom af 18.11.2010, sag C-458/08, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 11599, præmis 44).

28 Det må således fastslås, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde hverken har udvidet eller ændret tvistens genstand, som den er defineret i den begrundede udtalelse.

29 Det er herved tilstrækkeligt at bemærke, at Kommissionen i såvel den begrundede udtalelses konklusion som i påstandene nedlagt i stævningen klart har anført, at den kritiserer Den Portugisiske Republik for, at den portugisiske stat og andre offentlige aktionærer ejer præferenceaktier i GALP's selskabskapital, hvortil der er knyttet særlige rettigheder, nemlig retten til at udpege bestyrelsesformanden, som har kompetence til at godkende selskabsorganernes ledelsesbeslutninger og retten til at nedlægge veto over for vigtige beslutninger i nævnte selskab. Ved ligeledes at påberåbe sig

de forpligtelser, som medlemsstaterne har i henhold til artikel 43 EF og 56 EF, og som Kommissionen finder, at Den Portugisiske Republik har tilsidesat, har Kommissionen således tilstrækkeligt præcist defineret sagens genstand.

30 Det er korrekt, at det ikke fremgår af stævningen, at Kommissionen dels har foreholdt Den Portugisiske Republik at have handlet diskriminerende under de forskellige etaper af GALP's privatisering og ved forhandlingen af aktionæraftalen, dels for første gang har påberåbt sig visse nationale bestemmelser, bl.a. artikel 18 i GALP's vedtægter og de rettigheder, der er fastsat i denne bestemmelse. I modsætning til Den Portugisiske Republiks påstande fremgår det dog af sagens akter, at Kommissionen ikke i sin stævning har anført, at den portugisiske stat besidder nye særlige kompetencer, og at Kommissionen med supplerende argumenter til illustration af dens klagepunkters berettigelse har henvist ikke blot til andre nationale bestemmelser, som gennemfører LQP og lovdekret nr. 261-A/99, hvilke udgør hjemmelen for statens særlige kompetencer, men ligeledes til aktionæraftalens tilblivelse.

31 Den omstændighed, at Kommissionen detaljeret har angivet de klagepunkter, som den mere generelt allerede havde gjort gældende i den begrundede udtalelse, har således ikke ændret genstanden for det påståede traktatbrud og har derfor ikke haft nogen indflydelse på sagens omfang (jf. i denne retning dom af 27.11.2003, sag C-185/00, Kommissionen mod Finland, Sml. I, s. 14189, præmis 84-87, dommen af 8.7.2010 i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 29, og dom af 11.11.2010, sag C-543/08, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 11241, præmis 23).

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

Om realiteten

Om der foreligger restriktioner

Parternes argumenter

33 Kommissionen har bl.a. gjort gældende, at den omstændighed, at den portugisiske stat har særlige rettigheder i GALP, nemlig retten til at udpege bestyrelsesformanden, som har kompetence til at godkende selskabsorganernes ledelsesbeslutninger — en rettighed, der bekræftes i bestemmelserne i den aktionæraftale, som den portugisiske stat har forhandlet gennem CDG — og retten til at nedlægge veto over for vigtige beslutninger i selskabet, både hindrer direkte investeringer og porteføljeinvesteringer i selskabets kapital og derfor udgør en restriktion for de frie kapitalbevægelser og etableringsfriheden.

34 Sådanne særlige rettigheder indskrænker nemlig ifølge Kommissionen dels aktionærernes mulighed for faktisk at deltage i ledelsen af og kontrollen med det omhandlede selskab i forhold til de ejede aktiers værdi, dels afholder de investorer fra andre medlemsstater fra at købe aktier i selskabet.

35 Kommissionen har herved præciseret, at skabelsen af særlige rettigheder i tilknytning til præferenceaktier ikke følger af en almindelig anvendelse af selskabsretten, men udgør en statslig foranstaltning, der er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 43 EF og artikel 56, stk. 1, EF. GALP's vedtægter, som fastsætter de omhandlede særlige

rettigheder, er nemlig bestemt ved lov i en periode, hvor den portugisiske stat ejede hele selskabets kapital, og de kan ikke ændres uden denne stats samtykke.

36 Den Portugisiske Republik har under henvisning til dom af 26. marts 2009, Kommissionen mod Italien (sag C-326/07, Sml. I, s. 2291, præmis 39), indledningsvis gjort gældende, at de nationale bestemmelser, som Kommissionen har anfægtet, udelukkende skal undersøges i henhold til artikel 43 EF, eftersom både vetoretten og retten til at udpege GALP's bestyrelsesformand — ligesom det var tilfældet i den sag, der gav anledning til nævnte dom — vedrører beslutninger om driften af selskabet og dermed udelukkende de aktionærer, der kan udøve en vis indflydelse på selskabet.

37 Den Portugisiske Republik har endvidere gjort gældende, at de nationale bestemmelser, som fastsætter statens særlige rettigheder, under alle omstændigheder ikke er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 43 EF og 56 EF, for så vidt som de ikke udgør en restriktion for de omhandlede grundlæggende friheder. De omhandlede nationale foranstaltningers virkninger på adgangen til markedet er i henhold til Domstolens praksis vedrørende etableringsfrihed rent hypotetiske og under alle omstændigheder fuldstændig usikre og indirekte (dom af 20.6.1996, forenede sager C-418/93 — C-421/93, C-460/93 — C-462/93, C-464/93, C-9/94 — C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 og C-332/94, Semeraro Casa Uno m.fl., Sml. I, s. 2975, præmis 32). Nævnte nationale foranstaltninger kan kun udgøre restriktive foranstaltninger i henhold til artikel 43 EF og 56 EF, hvis de direkte og væsentligt påvirker investorernes adgang til markedet. Den Portugisiske Republik har herved anmodet Domstolen om at fortolke begrebet »restriktion« for de frie kapitalbevægelser og etableringsretten i lyset af dom af 24. november 1993, Keck og Mithouard (forenede sager C-267/91 og C-268/91, Sml. I, s. 6097), om bestemte former for salg og frie varebevægelser.

38 Henset til strukturen af GALP's aktionærkreds og dennes udvikling siden 1999 er det desuden åbenlyst, at den omstændighed, at staten har særlige rettigheder i nævnte selskab, ikke har haft nogen negativ virkning for hverken direkte investeringer eller porteføljeinvesteringer i selskabets kapital.

39 Med hensyn til retten til at udnævne GALP's bestyrelsesformand, hvilken bestemmelse findes i selskabets vedtægter samt i aktionæraftalen, og dens karakter af statslig foranstaltning har Den Portugisiske Republik endelig gjort gældende, at denne ret ikke er en statslig foranstaltning, men en privatretlig retsakt, som ikke er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 43 EF og 56 EF.

40 Over for disse argumenter har Kommissionen vedrørende Den Portugisiske Republiks henvisning til dommen i sagen Kommissionen mod Italien anført, at både vetoretten og retten til at udpege bestyrelsesformanden tillægger staten særlige rettigheder i forhold til visse af generalforsamlingens beslutninger, som berører alle potentielle aktionærer og investorer og ikke kun dem, der udøver en vis indflydelse på det omhandlede selskabs beslutninger. Denne medlemsstat kan derfor ikke anfægte anvendelsen af artikel 56 EF i det foreliggende tilfælde.

Domstolens bemærkninger

— Om artikel 43 EF og 56 EF finder anvendelse

41 Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt en national lovgivning henhører under den ene eller den anden af disse grundlæggende friheder, følger det af fast retspraksis, at det er nødvendigt at inddrage formålet med den pågældende lovgivning (jf. bl.a. dom af 24.5.2007, sag C-157/05, Holböck, Sml. I, s. 4051, præmis 22, samt dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 33, og dommen af 11.11.2010 i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 40).

42 Nationale bestemmelser, der finder anvendelse på det forhold, at en statsborger i en medlemsstat ejer en andel af kapitalen i et selskab med hjemsted i en anden medlemsstat, der giver ham mulighed for at udøve en vis indflydelse på beslutningerne i dette selskab og for at træffe afgørelse om selskabets drift, er omfattet af det materielle anvendelsesområde for artikel 43 EF's bestemmelser om etableringsfriheden (jf. bl.a. dom af 13.4.2000, sag C-251/98, Baars, Sml. I, s. 2787, præmis 22, samt dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 34, og dommen af 11.11.2010 i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 41).

43 Det er bl.a. direkte investeringer, dvs. investeringer af enhver art foretaget af fysiske eller juridiske personer, som har til formål at etablere eller opretholde varige og direkte forbindelser mellem investoren og den virksomhed, for hvilken disse midler er bestemt med henblik på udøvelse af erhvervsvirksomhed, der er omfattet af bestemmelserne i artikel 56 EF om de frie kapitalbevægelser. Dette formål forudsætter, at de aktier, der indehaves af aktionæren, giver denne mulighed for faktisk deltagelse i selskabets drift eller i kontrollen hermed (jf. bl.a. dom af 23.10.2007, sag C-112/05, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 8995, præmis 18 og den deri nævnte retspraksis, samt dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 35, og dommen af 11.11.2010 i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 42).

44 En national lovgivning, der ikke kun kan finde anvendelse på kapitalinteresser, der giver mulighed for at udøve en bestemmende indflydelse på beslutningerne i et selskab og træffe afgørelse om dets drift, men som finder anvendelse, uanset hvor stor en andel en aktionær besidder af kapitalen i et selskab, kan henhøre under såvel artikel 43 EF som artikel 56 EF (dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 36, og dommen af 11.11.2010 i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 43).

45 Det må konstateres, at det i denne traktatbrudssag ikke kan udelukkes, at de omtvistede nationale bestemmelser kan påvirke alle aktionærer og potentielle investorer og

ikke kun aktionærer, der er i stand til at udøve en bestemmende indflydelse på driften af og kontrollen med GALP. De omtvistede bestemmelser skal derfor undersøges i forhold til såvel artikel 43 EF som artikel 56 EF.

— Om tilsidesættelsen af forpligtelserne i henhold til artikel 56 EF

46 Indledningsvis bemærkes, at artikel 56, stk. 1, EF ifølge fast retspraksis indeholder et generelt forbud mod restriktioner for kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne (jf. bl.a. dom af 28.9.2006, forenede sager C-282/04 og C-283/04, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 9141, præmis 18 og den deri nævnte retspraksis, samt dommen af 23.10.2007 i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 17, dommen af 8.7.2010 i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 48, og dommen af 11.11.2010 i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 45).

47 I mangel af en definition i EF-traktaten af begrebet »kapitalbevægelser« i artikel 56, stk. 1, EF har Domstolen anerkendt, at nomenklaturen for kapitalbevægelser i bilag I til Rådets direktiv 88/361/EØF af 24. juni 1988 om gennemførelse af traktatens artikel [67] (ophævet ved Amsterdamtraktaten) (EFT L 178, s. 5) har vejledende værdi. Domstolen har således fastslået, at navnlig såkaldte »direkte« investeringer, dvs. investeringer ved erhvervelse af kapitalinteresser i en virksomhed i form af aktiebesiddelse, som giver mulighed for faktisk at deltage i driften af og kontrollen med virksomheden, og såkaldte »porteføljeinvesteringer«, dvs. erhvervelse af værdipapirer, der handles på kapitalmarkedet, med det ene formål at investere uden at ville opnå indflydelse på virksomhedens drift og kontrollen med den, udgør kapitalbevægelser i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 56, stk. 1, EF (jf. dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 19 og den deri nævnte retspraksis,

dommen af 23.10.2007 i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 18, dommen af 8.7.2010 i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 49, og dommen af 11.11.2010 i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 46).

48 Domstolen har fastslået, at når det drejer sig om disse to former for investeringer, skal nationale foranstaltninger, som kan hindre eller begrænse erhvervelsen af aktier i de omhandlede virksomheder, eller som kan afholde investorer fra andre medlemsstater fra at investere i disse virksomheders kapital, anses for »restriktioner« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 56, stk. 1, EF (jf. dommen af 11.11.2010 i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 47 og den deri nævnte retspraksis).

49 Den Portugisiske Republik har bestridt, at artikel 4, stk. 3, i GALP's vedtægter og de relevante bestemmelser i aktionæraftalen har karakter af en national foranstaltning. Den har endvidere gjort gældende, at i henhold til aktionæraftalen udøves statens ret til at udpege GALP's bestyrelsesformand gennem CGD og ikke af den portugisiske stat, hvorfor den omhandlede bestemmelse ikke udgør en statslig foranstaltning og ikke henhører under anvendelsesområdet for artikel 43 EF og 56 EF.

50 Herved bemærkes på den ene side, at GALP's vedtægter — således som det fremgår af sagens akter — blev indført før gennemførelsen af den første etape i privatiseringen af GALP, dvs. på et tidspunkt, hvor den portugisiske stat ejede størstedelen af GALP's selskabskapital. Samtidig blev der ved lov ligeledes fastsat en særlig vetoret for staten, som bl.a. finder anvendelse ved beslutninger om ændringer af selskabets vedtægter. Bestemmelsen vedrørende retten til at udpege GALP's bestyrelsesformand kan således ikke længere fjernes af aktionærerne uden statens samtykke.

51 Hvad på den anden side angår det argument, som Den Portugisiske Republik i denne forbindelse har fremført vedrørende CGD's udnævnelse af bestyrelsesformanden, er det tilstrækkeligt at bemærke, at eftersom CGD er en bank, hvis kapital fuldt ud ejes af staten, udøver denne sine rettigheder gennem CGD. Hvad angår aktionæraftalens private karakter træffer den portugisiske stat således gennem CGD aftale med de storaktionærer, som den har valgt med henblik på at opretholde sin indflydelse på GALP's sammensætning og ledelse.

52 På denne baggrund bemærkes, at det er Den Portugisiske Republik selv, der for det første via den nationale lovgiver har tilladt udstedelsen af præferenceaktier som del af GALP's selskabskapital, og for det andet som offentlig myndighed i henhold til LQP's artikel 15, stk. 3, har besluttet at indføre præferenceaktier som del af selskabskapitalen, at tildele dem til staten og at fastsætte de særlige rettigheder, som de giver.

53 Det bemærkes endvidere, at statens ret til at udpege GALP's bestyrelsesformand ikke følger af en almindelig anvendelse af selskabsretten. Hvor CSC udtrykkeligt forbyder, at visse aktieklasser gives ret til at udnævne visse bestyrelsesmedlemmer, fastsætter lovdekret nr. 261-A/99 og GALP's vedtægter derimod, at godkendelsen af valget af bestyrelsesformand er en ret, der er uløseligt forbundet med statens særlige aktier. Der er dermed tale om en særlig ret, som fraviger de almindelige selskabsretlige regler, og som alene er indført til fordel for offentlige aktører ved en national lovgivningsmæssig foranstaltning (jf. i denne retning dommen af 23.10.2007 i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 59-61).

54 Statens ret til at udpege GALP's bestyrelsesformand skal således tilskrives Den Portugisiske Republik og falder følgelig ind under anvendelsesområdet for artikel 56, stk. 1, EF.

55 Hvad angår den restriktive karakter af den portugisiske stats ejerskab af præferenceaktier med særlige rettigheder i GALP's selskabskapital, som er fastsat i den nationale lovgivning, delvist sammenholdt med selskabets vedtægter, bemærkes, at sådanne aktier kan afholde erhvervsdrivende i andre medlemsstater fra at investere i sidstnævntes kapital.

56 For så vidt angår vetoretten fremgår det af artikel 4, stk. 3, i lovdekret nr. 261-A/99, at vedtagelsen af et betydeligt antal væsentlige beslutninger vedrørende GALP er underlagt den portugisiske stats samtykke. Herved præciseres, at sidstnævntes stemme bl.a. kræves for enhver beslutning om ændring af GALP's vedtægter, således at den portugisiske stats indflydelse i selskabet ikke kan mindskes, uden at staten selv giver sit samtykke hertil.

57 Denne vetoret kan derfor, i det omfang den giver denne stat en indflydelse på driften af og kontrollen med GALP, som ikke kan begrundes i omfanget af den andel, som den ejer i selskabet, afholde erhvervsdrivende i andre medlemsstater fra at foretage direkte investeringer i GALP's selskabskapital, for så vidt som de ikke kan deltage i driften af og kontrollen med selskabet i forhold til deres andeles værdi (jf. bl.a. dommen af 23.10.2007 i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 50-52, dommen af 8.7.2010 i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 60, og dommen af 11.11.2010 i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 56).

58 Den omtvistede vetoret kan ligeledes have en hæmmende virkning på porteføljeinvesteringer i GALP's selskabskapital, for så vidt som den portugisiske stats eventuelle nægtelse af at godkende en vigtig beslutning, som af dette selskabs organer er betegnet som værende i selskabets interesse, kan påvirke værdien af selskabets aktier og følgelig interessen for at investere i sådanne aktier (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 27, dommen af 8.7.2010 i sagen

Kommissionen mod Portugal, præmis 61, og dommen af 11.11.2010 i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 57).

59 Hvad angår retten til at udpege bestyrelsesformanden bemærkes, at denne ret udgør en hindring for de frie kapitalbevægelser, for så vidt som en sådan særlig ret udgør en undtagelse fra de almindelige selskabsretlige regler, som alene er indført til fordel for offentlige aktører ved en national lovgivningsmæssig foranstaltning (jf. dommen af 23.10.2007 i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 61, og dommen af 11.11.2010 i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 62). Selv om det er korrekt, at denne ret kan tildeles ved lov som en ret for et kvalificeret mindretal, bemærkes, at en sådan ret i så fald skal være tilgængelig for alle aktionærerne og ikke udelukkende kan være forbeholdt staten.

60 Ved at begrænse muligheden for andre aktionærer end den portugisiske stat for at deltage i GALP's selskabskapital med henblik på at etablere eller opretholde varige og direkte økonomiske forbindelser med dette selskab, som giver mulighed for faktisk deltagelse i driften af eller kontrollen med selskabet, kan den ret til at udnævne et bestyrelsesmedlem, som er fastsat i LQP's artikel 15, stk. 1, og i artikel 4, stk. 3, i lovdekret nr. 261-A/99, afholde direkte investorer fra andre medlemsstater fra at investere i selskabets kapital.

61 Heraf følger, at vetoretten vedrørende visse af GALP's generalforsamlingsbeslutninger og retten til at udpege bestyrelsesformanden udgør en hindring for de frie kapitalbevægelser i henhold til artikel 56, stk. 1, EF.

62 Der kan i øvrigt ikke rejses tvivl om en sådan konstatering ved de argumenter, som Den Portugisiske Republik har gjort gældende, om, at den logik, som påstås at ligge til grund for Keck og Mithouard-dommen, finder anvendelse i den foreliggende sag.

63 I denne henseende bemærkes, at de omhandlede nationale foranstaltninger ikke kan sammenlignes med reglerne vedrørende bestemte former for salg, som Domstolen i Keck og Mithouard-dommen fandt lå uden for anvendelsesområdet for artikel 28 EF.

64 Ifølge den nævnte dom er anvendelsen på varer fra andre medlemsstater af nationale bestemmelser, som på importmedlemsstatens område begrænser eller forbyder bestemte former for salg, ikke af en sådan karakter, at den hindrer handelen mellem medlemsstaterne, forudsat at bestemmelserne for det første finder anvendelse på alle berørte erhvervsdrivende, der driver virksomhed i indlandet, og for det andet, at de såvel retligt som faktisk påvirker afsætningen af indenlandsk fremstillede varer og varer fra andre medlemsstater på samme måde. Begrundelsen herfor er, at en sådan anvendelse ikke kan hindre de sidstnævnte varers adgang til importmedlemsstatens marked eller medføre større ulemper i denne henseende end for indenlandsk fremstillede varer (dom af 10.5.1995, sag C-384/93, Alpine Investments, Sml. I, s. 1141, præmis 37).

65 Selv om de omtvistede nationale bestemmelser finder anvendelse uden forskel på såvel hjemmehørende som ikke-hjemmehørende personer, bemærkes dog, at de påvirker situationen for den, der erhverver en kapitalandel som sådan, og derfor kan afholde investorer fra andre medlemsstater fra at foretage sådanne investeringer, og at de følgelig opstiller betingelser for adgangen til markedet (jf. dom af 13.5.2003, sag C-463/00, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 4581, præmis 61 og den deri nævnte retspraksis, samt dommen af 8.7.2010 i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 67, og dommen af 11.11.2010 i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 68).

66 Den konklusion, at disse nationale bestemmelser udgør en hindring for de frie kapitalbevægelser, kan i øvrigt ikke anfægtes ved det af Den Portugisiske Republik fremførte argument om, at de omtvistede særlige rettigheder ikke har nogen virkning på

hverken direkte investeringer eller porteføljeinvesteringer i GALP's selskabskapital, eftersom et stort antal af GALP's aktier besiddes af investorer fra andre medlemsstater.

67 Det bemærkes, at de omtvistede nationale bestemmelser, for så vidt som de skaber instrumenter, der kan begrænse de direkte investorers mulighed for at deltage i GALP's selskabskapital med henblik på at etablere eller opretholde varige og direkte økonomiske forbindelser med dette selskab, som giver mulighed for faktisk deltagelse i driften af eller kontrollen med selskabet, som nævnt i denne doms præmis 58 og 61, begrænser interessen i at erhverve en andel i et selskabs kapital (jf. i denne retning dommen af 23.10.2007 i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 54, og dommen af 11.11.2010 i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 70).

68 Denne konstatering ændres ikke af den omstændighed, at der blandt GALP's aktionærer findes direkte investorer. Denne omstændighed kan således ikke inden for rammerne af denne sag ændre på, at aktuelle eller potentielle direkte investorer fra andre medlemsstater på grund af de omtvistede nationale bestemmelser kan være blevet afskrækket fra at erhverve aktier i dette selskab med henblik på at etablere eller opretholde varige og direkte økonomiske forbindelser med dette selskab, som giver mulighed for faktisk deltagelse i driften af eller kontrollen med selskabet, selv om de har ret til at påberåbe sig princippet om de frie kapitalbevægelser og den beskyttelse, som følger heraf (jf. i denne retning dommen af 23.10.2007 i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 55, og dommen af 11.11.2010 i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 71).

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

Om begrundelsen for restriktionerne

Parternes argumenter

70 Kommissionen har anført, at de restriktioner, som følger af den portugisiske stats særlige rettigheder i GALP, ikke kan begrundes med nogen af de formål, som Den Portugisiske Republik har påberåbt sig, og at de under alle omstændigheder er i strid med proportionalitetsprincippet.

71 Kommissionen har gjort gældende, at statens særlige rettigheder i GALP ikke kan begrundes i hensynet til den offentlige sikkerhed, i det foreliggende tilfælde energiforsyningssikkerheden i Portugal. Som det fremgår af såvel lovdekret nr. 31/2006, der fastsætter det generelle grundlag for den nationale olieordnings tilrettelæggelse og funktionsmåde (*Diário da República* I, serie A, nr. 33, af 15.2.2006), som af lovdekret nr. 30/2006, der fastsætter det generelle grundlag for den nationale naturgasordnings tilrettelæggelse og funktionsmåde (*Diário da República* I, serie A, nr. 33, af 15.2.2006), påhviler det nemlig staten og ikke GALP at garantere forsyningssikkerheden for olie og naturgas.

72 For så vidt angår proportionalitetsprincippet har Kommissionen gjort gældende, at statens særlige rettigheder i GALP ikke er passende i forhold til at sikre et velfungerende gasdistributionssystem og GALP's detailsalg af olieprodukter. Disse rettigheder udgør i realiteten instrumenter, der er bestemt til at forfølge selskabets private interesser og ikke den nationale interesse. Da der desuden ikke — i strid med kravene i henhold til Domstolens praksis på området (jf. bl.a. dom af 4.6.2002, sag C-483/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 4781, præmis 50-53) — er fastsat

noget objektivt og præcist kriterium vedrørende disse rettigheders udøvelse, er deres anvendelse i praksis underlagt et fuldstændigt frit skøn.

73 Kommissionen har endvidere gjort gældende, at den afledte EU-ret heller ikke begrunder eksistensen af statens særlige rettigheder i GALP.

74 Ifølge Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2003/55/EF af 26. juni 2003 om fælles regler for det indre marked for naturgas og om ophævelse af direktiv 98/30/EF (EUT L 176, s. 57) kan det offentlige ansvar for at garantere forsyningssikkerheden for naturgas kræve statens eksterne indgriben i dens egenskab af reguleringsmyndighed og ikke statens interne indgriben i dens egenskab af præferenceaktionær i de virksomheder, der udøver virksomhed på markedet.

75 Hvad angår oliesektoren har Kommissionen anført, at i henhold til Rådets direktiv 2006/67/EF af 24. juli 2006 om forpligtelse for medlemsstaterne til at opretholde minimumslagre af mineralolie og/eller mineralolieprodukter (EUT L 217, s. 8) påhviler det offentlige ansvar for at sikre forsyningssikkerheden af olieprodukter ligeledes staten og ikke private virksomheder.

76 Endelig har Kommissionen bestridt Den Portugisiske Republiks argumentation om, at artikel 86 EF finder anvendelse på de omhandlede foranstaltninger, dels idet denne bestemmelse er rettet til en bestemt kategori af virksomheder og ikke til medlemsstaterne, dels idet denne sag ikke omhandler særlige rettigheder, som staten har tildelt GALP, men derimod særlige rettigheder, som staten har i dette selskab.

77 Den Portugisiske Republik har selv medgivet, at de omhandlede nationale foranstaltninger udgør en restriktion for etableringsfriheden og for de frie kapitalbevægelser, og har herved gjort gældende, at disse foranstaltninger dog er begrundet i forhold til artikel 46 EF og 58 EF, idet de er nødvendige med henblik på at garantere landets forsyningssikkerhed for naturgas og olie, og at de gør det muligt at sikre denne på passende vis, navnlig henset til, at der ikke på EU-plan findes instrumenter, der er egnede hertil.

78 Nævnte medlemsstat har ligeledes anført, at udøvelsen af de omhandlede særlige rettigheder kan gøres til genstand for en effektiv retslig kontrol. Hvis staten udøver nævnte rettigheder, og det ikke sker på grundlag af en faktisk og alvorlig trussel for forsyningssikkerheden, begår den således en overtrædelse, som enhver af GALP's aktionærer kan påberåbe sig for de nationale domstole, såvel forvaltningsdomstolene som de civile domstole.

79 Den Portugisiske Republik har endvidere anført, at de omtvistede bestemmelser overholder proportionalitetsprincippet, og har herved gjort gældende, at Kommissionen under alle omstændigheder ikke har godtgjort, at det er muligt at træffe mindre indgribende foranstaltninger, som giver staten mulighed for hurtigt og effektivt at handle i tilfælde af en faktisk og alvorlig trussel mod forsyningssikkerheden.

80 Endelig har nævnte medlemsstat gjort gældende, at de omtvistede nationale bestemmelser alligevel er forenelige med EU-retten i medfør af artikel 86, stk. 2, EF, idet de er nødvendige for, at GALP på passende vis kan løse de opgaver om udførelse af tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, som staten har pålagt den.

Domstolens bemærkninger

81 Nationale foranstaltninger, der begrænser de frie kapitalbevægelser, kan ifølge fast retspraksis begrundes i de i artikel 58 EF nævnte hensyn eller i tvingende almene hensyn, forudsat at de er egnede til at virkeliggøre det formål, som de forfølger, og ikke går videre end nødvendigt med henblik på at virkeliggøre dette formål (jf. dommen af 23.10.2007 i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 72 og 73 og den deri nævnte retspraksis, dommen af 8.7.2010 i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 69, og dommen af 11.11.2010 i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 83).

82 For så vidt angår de undtagelser, der er tilladt ifølge artikel 58 EF, kan det ikke benægtes, at hensynet til at sikre medlemsstatens energiforsyningssikkerhed i tilfælde af krise, krig eller terrorisme, som Den Portugisiske Republik har påberåbt sig, kan udgøre et hensyn til den offentlige sikkerhed (jf. dom af 14.2.2008, sag C-274/06, Kommissionen mod Spanien, præmis 38, samt dommen af 8.7.2010 i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 72, og dommen af 11.11.2010 i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 84) og eventuelt begrunde en hindring for de frie kapitalbevægelser. Den betydning, som medlemsstaterne tillægger beskyttelsen af energiforsyningssikkerheden, fremgår i øvrigt af bl.a. direktiv 2006/67 for så vidt angår olie og af direktiv 2003/55 for så vidt angår naturgas.

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

Kommissionen mod Portugal, præmis 73, og dommen af 11.11.2010 i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 85).

84 Den Portugisiske Republik har herved bl.a. gjort gældende, at der i øjeblikket er grund til bekymring vedrørende visse investeringer, der er foretaget i virksomheder inden for strategiske sektorer af navnlig investeringsfonde eller fonde, der eventuelt har forbindelse til terroristorganisationer, hvilket udgør en sådan trussel for energiforsyningen. Henset til en medlemsstats pligt til at sikre en regelmæssig og kontinuerlig forsyning af olie og naturgas er det berettiget, at denne stat udstyrer sig selv med de midler, som er nødvendige for i tilfælde af krise at sikre denne grundlæggende interesse, som forsyningssikkerhed udgør, og det tilkommer denne medlemsstat at sørge for, at der indføres passende instrumenter, som tillader en hurtig og effektiv reaktion med henblik på fortsat sikring af denne forsyning.

85 Da Den Portugisiske Republik dog kun har påberåbt sig hensynet til energiforsyningssikkerheden uden at præcisere de nøjagtige grunde til, at den er af den opfattelse, at hver af de omtvistede særlige rettigheder eller disse tilsammen vil gøre det muligt at undgå et sådant indgreb i et grundlæggende samfundshensyn såsom energiforsyningen, kan en begrundelse baseret på den offentlige sikkerhed ikke tiltrædes i det foreliggende tilfælde.

86 Den Portugisiske Republiks argument om, at EU-retten på dens nuværende udviklingstrin ikke i tilstrækkelig grad garanterer medlemsstaternes energiforsyningssikkerhed, og at dette tvinger den til at træffe passende nationale foranstaltninger til sikring af beskyttelsen af dette grundlæggende samfundshensyn, kan ikke lægges til grund.

87 Selv hvis der, som Den Portugisiske Republik har påstået, skulle findes en pligt for medlemsstaterne i henhold til den afledte EU-ret til at sikre energiforsyningen på

statens område, ville overholdelsen af en sådan forpligtelse ikke kunne påberåbes som begrundelse for en foranstaltning, der i princippet strider mod en grundlæggende frihed (jf. dommen af 11.11.2010 i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 89).

88 Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt de omtvistede nationale bestemmelser er forholdsmæssige, bemærkes for fuldstændighedens skyld, som Kommissionen med rette har anført, at udøvelsen af de særlige rettigheder, som besiddelsen af præferenceaktier i GALP's selskabskapital giver den portugisiske stat, i modsætning til hvad den sagsøgte medlemsstat har påstået, ikke er undergivet nogen specifik og objektiv betingelse eller omstændighed.

89 Selv om LQP's artikel 15, stk. 3, bestemmer, at udstedelsen af præferenceaktier i GALP's selskabskapital, der giver den portugisiske stat særlige rettigheder, er undergivet den betingelse, der desuden er formuleret temmelig generelt og upræcist, at nationale hensyn tilsiger det, skal det ikke desto mindre bemærkes, at hverken denne lov eller GALP's vedtægter fastsætter kriterierne for, under hvilke konkrete omstændigheder disse særlige rettigheder kan udøves (jf. dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 51, og dommen af 11.11.2010 i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 91). Det samme gør sig gældende i forhold til artikel 15, stk. 1, idet denne bestemmelse undergiver den portugisiske stats udpegning af et bestyrelsesmedlem en betingelse vedrørende sikringen af almenvellet, som ligeledes er affattet meget bredt og upræcist.

90 En sådan usikkerhed udgør et alvorligt indgreb i de frie kapitalbevægelser, idet den med hensyn til anvendelsen af sådanne rettigheder giver de nationale myndigheder en så vid skønsmargin, at den ikke kan anses for at stå i et rimeligt forhold til de tilstræbte mål (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 52, og dommen af 11.11.2010 i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 92).

91 Endelig bemærkes for så vidt angår begrundelsen udledt af artikel 86, stk. 2, EF, at denne bestemmelse, sammenholdt med samme artikels stk. 1, kan påberåbes som grundlag for, at en medlemsstat tildeler en virksomhed, som har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, særlige eller eksklusive rettigheder, der er i strid med traktatens bestemmelser, i det omfang opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet den, kun kan sikres ved tildeling af sådanne rettigheder, og forudsat at udviklingen af samhandelen ikke påvirkes i et sådant omfang, at det strider mod Unionens interesse (dom af 17.5.2001, sag C-340/99, TNT Traco, Sml. I, s. 4109, præmis 52, af 18.12.2007, sag C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia, Sml. I, s. 12175, præmis 78, og af 1.10.2009, sag C-567/07, Woningstichting Sint Servatius, Sml. I, s. 9021, præmis 44).

92 Det må i det foreliggende tilfælde konstateres, at dette ikke er formålet med bestemmelserne i den nationale lovgivning, der er tvist om i denne traktatbrudssag mod Den Portugisiske Republik.

93 Som Kommissionen med rette har anført, vedrører disse bestemmelser ikke tildelingen af særlige eller eksklusive rettigheder til GALP eller karakteriseringen af sidstnævntes aktiviteter som tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, men angår lovligheden af tildelingen til den portugisiske stat i dennes egenskab af aktionær i GALP af særlige rettigheder knyttet til præferenceaktier, som den besidder i GALP's selskabskapital.

94 Eftersom det påhviler en medlemsstat detaljeret at redegøre for grundene til, at en opfyldelse på økonomisk acceptable vilkår af de opgaver af almindelig økonomisk interesse, som den har overdraget en virksomhed, efter dens opfattelse ville blive hindret, såfremt de anfægtede foranstaltninger blev ophævet (dommen af 13.5.2003 i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 82), har Den Portugisiske Republik under alle omstændigheder på ingen måde forklaret, hvorfor dette skulle være tilfældet i den foreliggende sag.

95 Heraf følger, at artikel 86, stk. 2, EF ikke finder anvendelse på en situation som den foreliggende og derfor ikke kan påberåbes af Den Portugisiske Republik som begrundelse for de omtvistede nationale bestemmelser, for så vidt som disse udgør en hindring for de frie kapitalbevægelser, som er fastsat i traktaten.

96 Argumentet vedrørende artikel 86, stk. 2, EF må således ligeledes forkastes.

97 Det skal følgelig fastslås, at Den Portugisiske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 56 EF, idet den i GALP har opretholdt særlige rettigheder som dem, der i det foreliggende tilfælde er fastsat i LQP og lovdekret nr. 261-A/99 samt i selskabets vedtægter, til fordel for den portugisiske stat og andre offentlige organer og tildelt i tilknytning til præferenceaktier, som staten ejer i dette selskabs selskabskapital.

Om tilsidesættelsen af forpligtelserne i henhold til artikel 43 EF

98 Med hensyn til Kommissionens påstand om, at det fastslås, at Den Portugisiske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 43 EF, er det tilstrækkeligt at bemærke, at for så vidt som de omhandlede nationale foranstaltninger indebærer restriktioner for etableringsfriheden, er sådanne restriktioner ifølge Domstolens faste praksis en direkte følge af de ovenfor behandlede hindringer for de frie kapitalbevægelser, som de er uløseligt forbundet med. Da det er fastslået, at artikel 56, stk. 1, EF er tilsidesat, er det således ufornødent at foretage en særskilt prøvelse af foranstaltningerne i lyset af traktatens bestemmelser om etableringsfriheden (jf. bl.a. dommen af 13.5.2003 i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 86, dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 43, dommen af 8.7.2010 i sagen Kommissionen

mod Portugal, præmis 80, og dommen af 11.11.2010 i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 99).

Sagens omkostninger

99 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har nedlagt påstand om, at Den Portugisiske Republik tilpligtes at betale sagens omkostninger, og da Den Portugisiske Republik har tabt sagen, bør det pålægges den at betale sagens omkostninger.

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

1) **Den Portugisiske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 56 EF, idet den i GALP Energia SGPS SA har opretholdt særlige rettigheder som dem, der i dette tilfælde er fastsat i lov nr. 11/90 om rammelov for privatisering (Lei nº 11/90, Lei Quadro das Privatizações) af 5. april 1990 og lovdekret nr. 261-A/99 om godkendelse af den første etape i privatiseringsprocessen for GALP — Petróleos e Gás de Portugal, SGPS SA's selskabskapital (Decreto-Lei nº 261-A/99 aprova a 1.ª fase do processo de privatização do capital social de GALP — Petróleos e Gás de Portugal, SGPS SA) af 7. juli 1999 samt i selskabets vedtægter, til fordel for den portugisiske stat og andre offentlige organer og tildelt i tilknytning til præferenceaktier (»golden shares«), som staten ejer i dette selskabs selskabskapital.**

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

Underskrifter