ARREST VAN HET HOF (Eerste kamer)

10 november 2011 *

In zaak C-212/09,

betreffende een beroep wegens niet-nakoming krachtens artikel 226 EG, ingesteld op 11 juni 2009,

Europese Commissie, vertegenwoordigd door G. Braun, M. Teles Romão en P. Guerra e Andrade als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

Portugese Republiek, vertegenwoordigd door L. Inez Fernandes als gemachtigde, bijgestaan door C. Botelho Moniz, M. Rosado da Fonseca en P. Gouveia e Melo, advogados,

verweerster,

* Procestaal: Portugees.

wijst

HET HOF (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: M. Safjan, president van de Vijfde kamer, waarnemend voor de president van de Eerste kamer, A. Borg Barthet, E. Levits, J.-J. Kasel en M. Berger (rapporteur), rechters,

advocaat-generaal: P. Cruz Villalón,
griffier: M. Ferreira, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 19 januari 2011,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,

het navolgende

Arrest

1 De Commissie van de Europese Gemeenschappen verzoekt het Hof vast te stellen dat de Portugese Republiek, door in GALP Energia SGPS SA (hierna: „GALP") bijzondere rechten van de Portugese Staat en van andere overheidslichamen of van de Portugese

openbare sector toegekend in verband met preferente aandelen („golden shares") van deze Staat te handhaven, de krachtens de artikelen 43 EG en 56 EG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen.

Toepasselijke bepalingen

Nationale regeling

2 Artikel 15, lid 1, van de Lei nº 11/90, Lei Quadro das Privatizações (kaderwet inzake privatiseringen), van 5 april 1990 (*Diário da República* I, serie A, nr. 80, van 5 april 1990; hierna: „LQP"), bepaalt:

„Bij wijze van uitzondering en wanneer redenen van algemeen belang het vereisen, kan de handeling houdende goedkeuring van de statuten van de te privatiseren onderneming, ter vrijwaring van het openbaar belang bepalen dat de vennootschapsbesluiten inzake bepaalde materies door een door de Staat benoemde bestuurder moeten worden goedgekeurd."

3 Artikel 15, lid 3, LQP voorziet in de volgende bewoordingen in de mogelijkheid om preferente aandelen te creëren:

„De in artikel 4, lid 1, bedoelde handeling [houdende goedkeuring van de statuten van de te privatiseren of in een naamloze vennootschap om te zetten onderneming] kan bovendien, bij wijze van uitzondering, bepalen dat, wanneer het nationaal belang dit vereist, preferente aandelen worden gecreëerd die bestemd zijn om eigendom van

de Staat te blijven en die, ongeacht het aantal ervan, de Staat een in de statuten naar behoren afgebakend vetorecht inzake wijzigingen van de statuten en inzake andere besluiten op een bepaald gebied geven."

4 Overeenkomstig artikel 15 LQP voorziet artikel 4, lid 1, van de 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 (wetsbesluit nr. 261-A/99 houdende goedkeuring van de eerste fase van de privatisering van GALP — Petróleos e Gás de Portugal SGPS SA) van 7 juli 1999 (*Diário da República* I, serie A, nr. 156, van 7 juli 1999; hierna: „wetsbesluit nr. 261-A/99") in de mogelijkheid om „gewone aandelen in preferente aandelen om te zetten".

5 Ingevolge artikel 4, lid 2, van dit wetsbesluit mogen de preferente aandelen niet meer dan 10% van het vennootschappelijk kapitaal van GALP vóór de kapitaalsverhoging vertegenwoordigen en moet de meerderheid ervan in het bezit zijn van de overheidslichamen.

6 Volgens artikel 4, lid 3, van dit wetsbesluit verlenen de preferente aandelen een vetorecht inzake de benoeming van maximaal een derde van het aantal bestuurders. Zij verlenen ditzelfde recht voor de besluiten tot wijziging van de statuten van de vennootschap, de besluiten houdende goedkeuring van groepsovereenkomsten die voorzien in pariteit of in ondergeschiktheid, en de besluiten die op enigerlei wijze de bevoorrading van het land met aardolie, gas of daarvan afgeleide producten in gevaar kunnen brengen.

7 Artikel 391, lid 2, van het wetboek van handelsvennootschappen (hierna: „WHV") luidt als volgt:

„In de vennootschappelijke overeenkomst kan worden bepaald dat de verkiezing van de bestuurders moet worden goedgekeurd met een aantal stemmen dat overeenkomt met een bepaald gedeelte van het kapitaal, of dat de verkiezing van een aantal bestuurders, maximaal een derde, eveneens moet worden goedgekeurd met de meerderheid van de door bepaalde aandelen verleende stemmen, maar het recht om bestuurders te benoemen kan niet worden toegekend aan bepaalde categorieën van aandelen."

De statuten van GALP

8 Wetsbesluit nr. 137-A/99 van 22 april 1999 (*Diário da República* I, serie A, nr. 94, van 22 april 1999) waarbij GALP is opgericht, bevat in bijlage de tekst van de statuten van die vennootschap.

9 Volgens artikel 4, lid 1, van de statuten van GALP wordt het vennootschappelijk kapitaal van deze vennootschap vertegenwoordigd door 40 miljoen aandelen van categorie A en ongeveer 789 miljoen aandelen van categorie B.

10 In artikel 4, lid 3, van de statuten van GALP wordt bepaald dat aan de aandelen van categorie A bepaalde bijzondere rechten zijn verbonden:

„a) de verkiezing van de voorzitter van de raad van bestuur kan slechts worden goedgekeurd met de meerderheid van de aan de aandelen van categorie A verbonden stemmen;

b) voor de goedkeuring van alle besluiten houdende toestemming voor het sluiten van groepsovereenkomsten die voorzien in pariteit of in ondergeschiktheid, alsmede van de besluiten die op enigerlei wijze de bevoorrading van het land met aardolie, gas, elektriciteit of daarvan afgeleide producten in gevaar kunnen brengen, is de meerderheid van de aan de aandelen van categorie A verbonden stemmen vereist;

[...]"

11 Bovendien is volgens artikel 18, lid 1, sub b, van de statuten van GALP voor de goedkeuring van de besluiten van de raad van bestuur van GALP op bepaalde gebieden de gekwalificeerde meerderheid van twee derde van de bestuurders vereist, met dien verstande dat die meerderheid de stem van de voorzitter van de raad van bestuur moet omvatten. Het gaat onder meer om de volgende gebieden: strategische desinvesteringen, het nemen van deelnemingen in sectoren die niet tot de hoofdactiviteiten van de vennootschap behoren, de keuze van strategische partners, de vaststelling en de wijziging van de strategische lijnen, het strategische plan en de desbetreffende activiteitengebieden, de vaststelling van de basisstructuur van het bestuur en de organisatie, de vaststelling van de bestuursautonomie van de door GALP gecontroleerde vennootschappen, de splitsing, fusie of ontbinding van door GALP gecontroleerde vennootschappen en de uitkering van dividend door vennootschappen die door GALP worden gecontroleerd.

De aandeelhoudersovereenkomst van GALP

12 Op 4 oktober 2006 is tussen verschillende aandeelhouders van GALP, te weten Amorim Energia, ENI en Caixa Geral de Depósitos SA (hierna: „CGD"), een staatsbank, een aandeelhoudersovereenkomst gesloten. Deze overeenkomst is verschillende keren gewijzigd.

13 In deze overeenkomst wordt onder meer bepaald dat de CGD een bestuurder aanwijst, die vervolgens tot voorzitter van de raad van bestuur moet worden gekozen.

Voorgeschiedenis van het geding en precontentieuze procedure

14 Vanaf 1999 heeft de Portugese energiesector, inzonderheid de sectoren aardolie en aardgas, een ingrijpende herstructurering ondergaan, die is uitgelopen op de oprichting, bij wetbesluit nr. 137-A/99 van 22 april 1999, van GALP, een overheidskapitaalvennootschap die de rechtstreekse deelnemingen van de Staat in een aantal overheidsondernemingen bundelt.

15 De privatisering van GALP is begonnen vanaf de oprichting van de vennootschap en is verlopen in vijf opeenvolgende fasen in het kader van de door de LQP vastgestelde regeling. De Staat bezit thans nog 8 % van het vennootschappelijk kapitaal van GALP, namelijk 7 % via Parpública en 1 % via de CGD.

16 Uit de stukken blijkt dat GALP thans de grootste geïntegreerde groep op het gebied van aardolieproducten en aardgas in Portugal is.

17 Op 18 oktober 2006 heeft de Commissie de Portugese Republiek een aanmaningsbrief gestuurd waarin zij haar verweet de krachtens de artikelen 43 EG en 56 EG op haar rustende verplichtingen niet te zijn nagekomen door in het kader van de privatisering van GALP preferente aandelen voor de Portugese Staat te hebben gecreëerd waaraan bijzondere rechten zijn verbonden, met name het recht om de voorzitter van de raad van bestuur van deze vennootschap aan te wijzen en het recht om een veto uit te spreken met betrekking tot een aantal belangrijke besluiten van die vennootschap.

18 Omdat zij het door de Portugese Republiek op 18 december 2006 gegeven antwoord ontoereikend achtte, heeft de Commissie op 29 juni 2007 een met redenen omkleed advies uitgebracht, waarin zij de bewoordingen van die aanmaning herhaalde en die lidstaat verzocht om binnen twee maanden na ontvangst van dit advies daaraan gevolg te geven.

19 Bij brief van 30 oktober 2007 hebben de Portugese autoriteiten geantwoord op dit met redenen omkleed advies. Omdat de Commissie met dit antwoord geen genoegen kon nemen, heeft zij het onderhavige beroep ingesteld.

Ontvankelijkheid van het beroep

Argumenten van partijen

20 In haar opmerkingen betwist de Portugese Republiek de ontvankelijkheid van het beroep. Zij stelt dat het beroep ten dele niet-ontvankelijk is voor zover de Commissie in haar verzoekschrift grieven heeft geformuleerd die niet voorkwamen in het met redenen omkleed advies, en daardoor het in de precontentieuze fase van de procedure afgebakende voorwerp van de procedure heeft verruimd.

21 De Portugese Republiek verwijst dienaangaande enerzijds naar het recht van de Staat om de besluiten van de raad van bestuur betreffende het bestuur van GALP te onderwerpen aan de goedkeuring van de door de Staat zelf benoemde voorzitter van die raad van bestuur, en naar het recht van die voorzitter om zijn veto uit te spreken over een aantal in artikel 18, lid 1, sub b, van de statuten van GALP bedoelde besluiten van de raad van bestuur, die met de gekwalificeerde meerderheid van twee derde van de bestuurders moeten worden goedgekeurd. Anderzijds voert zij aan dat de Commissie haar verwijt het in artikel 12 EG verankerde verbod van discriminatie op grond van

nationaliteit niet in acht te hebben genomen door in het kader van de verschillende fasen van de privatisering van GALP en van de onderhandelingen over de in 2006 gesloten aandeelhoudersovereenkomst op discriminerende wijze te hebben gehandeld.

22 Volgens deze lidstaat moeten die middelen niet-ontvankelijk worden verklaard omdat zij die niet voorkwamen in het met redenen omkleed advies.

23 De Commissie wijst al deze stellingen af. Volgens haar ziet het onderhavige beroep op het recht om de voorzitter van de raad van bestuur van GALP aan te wijzen en op het recht van veto inzake wijzigingen van de vennootschappelijke overeenkomst en van andere besluiten op bepaalde in de statuten genoemde gebieden. Deze bijzondere bevoegdheden vloeien voort uit de Portugese wetgeving, te weten de LQP, met name de artikelen 3 en 15 daarvan, en wetsbesluit nr. 261-A/99, inzonderheid artikel 4, lid 3, daarvan.

24 De in het verzoekschrift aangevoerde argumenten die door de Portugese Republiek als nieuw en dus niet-ontvankelijk worden aangemerkt, zijn haars inziens verduidelijkingen betreffende de bevoegdheid van de door de Staat aangewezen bestuurder, die relevant zijn om die aanwijzing aan te merken als een door de Staat getroffen maatregel die niet uit de normale toepassing van het vennootschapsrecht voortvloeit. Verder stelt de Commissie dat uit het verzoekschrift duidelijk blijkt dat zij, door gewoon een kunstgreep van de Portugese Republiek te beschrijven, zich niet op artikel 12 EG heeft beroepen, maar kritiek heeft geleverd op het creëren van bijzondere rechten voor de Staat door middel van algemene bepalingen die zonder onderscheid van toepassing zijn, en op het op een discriminerende wijze toepassen van die bepalingen door middel van instrumenten uit het privaatrecht. Bovendien heeft de Commissie in repliek verklaard niet te willen volharden in deze aanpak, die erop gericht was het voorwerp van de procedure in zijn context te plaatsen.

25 Volgens deze instelling zijn die overwegingen dus geen middelen die in het met redenen omkleed advies niet waren aangevoerd.

Beoordeling door het Hof

26 Om te beginnen zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak het voorwerp van een beroep wegens niet-nakoming krachtens artikel 258 VWEU wordt bepaald door het met redenen omkleed advies van de Commissie, zodat het beroep op dezelfde overwegingen en middelen dient te berusten als dat advies (zie arresten van 8 december 2005, Commissie/Luxemburg, C-33/04, Jurispr. blz. I-10629, punt 36; 9 november 2006, Commissie/Verenigd Koninkrijk, C-236/05, Jurispr. blz. I-10819, punt 10, en 8 juli 2010, Commissie/Portugal, C-171/08, Jurispr. blz. I-6817, punt 25).

27 Dit vereiste betekent echter niet dat de formulering van de grieven in het dispositief van het met redenen omkleed advies en in het petitum van het verzoekschrift steeds volkomen gelijkluidend moet zijn, mits het voorwerp van het geschil zoals dat in het met redenen omkleed advies is omschreven, niet is verruimd of gewijzigd (zie arrest van 14 juli 2005, Commissie/Duitsland, C-433/03, Jurispr. blz. I-6985, punt 28; arresten Commissie/Verenigd Koninkrijk, reeds aangehaald, punt 11, en Commissie/Portugal, reeds aangehaald, punt 26, en arrest van 18 november 2010, Commissie/Portugal, C-458/08, Jurispr. blz. I-11599, punt 44).

28 Vaststaat echter dat de Commissie in het onderhavige geval het voorwerp van het geschil zoals dat in het met redenen omkleed advies is afgebakend, heeft uitgebreid noch gewijzigd.

29 Dienaangaande behoeft er slechts op te worden gewezen dat de Commissie zowel in het dispositief van het met redenen omkleed advies als in de conclusies van het gedinginleidende verzoekschrift duidelijk heeft aangegeven dat zij de Portugese Republiek verwijt dat de Portugese Staat en andere publiekrechtelijke aandeelhouders preferente aandelen in het vennootschappelijk kapitaal van GALP bezitten waaraan bijzondere rechten zijn verbonden, te weten het recht om de voorzitter van de raad van bestuur van GALP aan te wijzen, die bevoegd is om de bestuursbesluiten van de vennootschappelijke organen te bekrachtigen en zijn veto uit te speken tegen

belangrijke besluiten van die vennootschap. Door zich ook te beroepen op de krachtens de artikelen 43 EG en 56 EG op de lidstaten rustende verplichtingen die door de Portugese Republiek niet zouden zijn nagekomen, heeft de Commissie het voorwerp van het geschil voldoende nauwkeurig aangegeven.

30 Het is juist dat de Commissie pas in het verzoekschrift, enerzijds aan de Portugese Republiek heeft verweten op discriminerende wijze te hebben gehandeld in het kader van de verschillende fasen van de privatisering van GALP en in het kader van de onderhandelingen over de aandeelhoudersovereenkomst, en anderzijds zich voor het eerst heeft gebaseerd op een aantal nationale bepalingen, met name artikel 18 van de statuten van GALP en de rechten waarin die bepaling voorziet. Uit de stukken blijkt echter dat, anders dan de Portugese Republiek heeft gesteld, de Commissie in haar verzoekschrift niet heeft geoordeeld dat de Portugese Staat nieuwe bijzondere rechten had gekregen, maar, om de gegrondheid van haar grieven kracht bij te zetten, niet alleen heeft gewezen op andere nationale bepalingen ter nadere uitvoering van de LQP en van wetsbesluit nr. 261-A/99, die de grondslag van de bijzondere bevoegdheden van de Staat vormen, maar ook op de ontstaansgeschiedenis van de aandeelhoudersovereenkomst.

31 Bijgevolg heeft het feit dat de Commissie de grieven die zij in het met redenen omkleed advies in meer algemene termen had geformuleerd, nauwkeuriger heeft omschreven, het voorwerp van de gestelde niet-nakoming niet gewijzigd en dus geen invloed gehad op de omvang van het geding (zie in die zin arresten van 27 november 2003, Commissie/Finland, C-185/00, Jurispr. blz. I-14189, punten 84-87; 8 juli 2010, Commissie/Portugal, reeds aangehaald, punt 29, en 11 november 2010, Commissie/Portugal, C-543/08, Jurispr. blz. I-11241, punt 23).

32 Gelet op een en ander moet de door de Portugese Republiek opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid worden verworpen.

Ten gronde

Het bestaan van beperkingen

Argumenten van partijen

33 De Commissie voert met name aan dat het bezit door de Portugese Staat van bijzondere rechten in GALP, te weten het recht op aanwijzing van de voorzitter van de raad van bestuur, die bevoegd is om bestuursbesluiten van de vennootschappelijke organen te bekrachtigen, een recht dat is bevestigd in de aandeelhoudersovereenkomst waarover door de Portugese Staat via de CGD is onderhandeld, en het recht om een veto uit te spreken over belangrijke besluiten van die vennootschap, zowel de directe investeringen als de portefeuillebeleggingen in die vennootschap belemmert en daardoor een beperking vormt van het vrije verkeer van kapitaal en van de vrijheid van vestiging.

34 Volgens deze instelling beperken dergelijke bijzondere rechten immers de mogelijkheid voor de aandeelhouders om naar rato van de waarde van hun aandelen daadwerkelijk deel te hebben aan het bestuur van en de zeggenschap over de vennootschap, en brengen zij investeerders uit andere lidstaten ervan af aandelen van deze vennootschap te kopen.

35 De Commissie verklaart dienaangaande dat het creëren van aan preferente aandelen verbonden bijzondere rechten niet voortvloeit uit een normale toepassing van het vennootschapsrecht, maar een binnen de werkingssfeer van de artikelen 43 EG en 56, lid 1, EG vallende overheidsmaatregel is. De statuten van GALP, die voorzien in de betrokken bijzondere rechten, zijn immers bij wet opgesteld in een periode waarin

de Portugese Staat alle aandelen in deze vennootschap bezat, en kunnen niet worden gewijzigd zonder de toestemming van die Staat.

36 De Portugese Republiek betoogt allereerst, onder verwijzing naar het arrest van 26 maart 2009, Commissie/Italië (C-326/07, Jurispr. blz. I-2291, punt 39), dat de door de Commissie gelaakte nationale bepalingen uitsluitend aan artikel 43 EG moeten worden getoetst aangezien, net als in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot dat arrest, zowel het vetorecht als het recht om de voorzitter van de raad van bestuur van GALP aan te wijzen betrekking heeft op besluiten die het bestuur van de vennootschap betreffen, en dus uitsluitend aandeelhouders treft die een zekere invloed kunnen uitoefenen op de vennootschap.

37 Verder stelt die lidstaat dat de nationale bepalingen die voorzien in bijzondere rechten voor de Staat, in elk geval niet binnen de werkingssfeer van de artikelen 43 EG en 56 EG vallen, aangezien zij geen beperking van de betrokken fundamentele vrijhouden inhouden De gevolgen van de betrokken nationale maatregelen voor de toegang tot de markt zijn immers, overeenkomstig de rechtspraak van het Hof over de vrijheid van vestiging, louter hypothetisch en in elk geval volkomen onzeker en indirect (arrest van 20 juni 1996, Semeraro Casa Uno e.a., 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 en C-332/94, Jurispr. blz. I-2975, punt 32). Die maatregelen kunnen slechts beperkende maatregelen in de zin van de artikelen 43 EG en 56 EG zijn, wanneer zij de toegang van de investeerders tot de markt rechtstreeks en aanzienlijk beïnvloeden. De Portugese Republiek verzoekt het Hof dienaangaande, het begrip „beperking" van het vrije verkeer van kapitaal en van het recht van vestiging uit te leggen tegen de achtergrond van het arrest van 24 november 1993, Keck en Mithouard (C-267/91 en C-268/91, Jurispr. blz. I-6097), betreffende verkoopmodaliteiten in verband met het vrije verkeer van goederen.

38 Uit de samenstelling van de aandeelhouders van GALP en de wijze waarop deze sinds 1999 is geëvolueerd, blijkt overduidelijk dat het bestaan van bijzondere rechten van de Staat in die vennootschap geen enkel negatief gevolg heeft gehad voor de directe investeringen of de portefeuillebeleggingen in het kapitaal van de deze vennootschap.

39 Met betrekking tot het karakter van overheidsmaatregel van het recht om de voorzitter van de raad van bestuur van GALP te benoemen, een recht waarin zowel door de statuten van de vennootschap als door de aandeelhoudersovereenkomst is voorzien, betoogt de Portugese Republiek ten slotte dat dit recht geen overheidsmaatregel is, maar een privaatrechtelijke handeling die niet binnen de werkingssfeer van de artikelen 43 EG en 56 EG valt.

40 Als verweer tegen deze argumenten voert de Commissie met betrekking tot de verwijzing door de Portugese Republiek naar het reeds aangehaalde arrest Commissie/Italië aan dat zowel het vetorecht als het recht om de voorzitter van de raad van bestuur aan te wijzen de Staat bijzondere rechten met betrekking tot bepaalde besluiten van de algemene vergadering verleent, die alle aandeelhouders en potentiële investeerders raken en niet alleen degenen die een zekere invloed kunnen uitoefenen op de besluiten van de betrokken vennootschap. Bijgevolg kan deze lidstaat haars inziens niet op goede gronden stellen dat artikel 56 EG in het onderhavige geval niet van toepassing is.

Beoordeling door het Hof

— De toepasselijkheid van de artikelen 43 EG en 56 EG

41 Met betrekking tot de vraag of een nationale wettelijke regeling onder de ene of de andere van deze fundamentele vrijheden valt, volgt uit vaste rechtspraak dat rekening dient te worden gehouden met het voorwerp van de betrokken wettelijke regeling (zie met name arresten van 24 mei 2007, Holböck, C-157/05, Jurispr. blz. I-4051, punt 22, en 11 november 2010, Commissie/Portugal, reeds aangehaald, punt 40).

42 Nationale bepalingen die van toepassing zijn op de deelneming door een staatsburger van een lidstaat in het kapitaal van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap, waardoor hij een zodanige invloed kan uitoefenen op de besluiten van de vennootschap dat hij de activiteiten ervan kan bepalen, vallen binnen de materiële werkingssfeer van de bepalingen van artikel 43 EG betreffende de vrijheid van vestiging (zie met name arrest van 13 april 2000, Baars, C-251/98, Jurispr. blz. I-2787, punt 22; arrest Commissie/Italië, reeds aangehaald, punt 34, en arrest van 11 november 2010, Commissie/Portugal, reeds aangehaald, punt 41).

43 Met name directe investeringen, te weten alle investeringen welke door natuurlijke personen of rechtspersonen worden verricht en gericht zijn op de vestiging of de handhaving van duurzame en rechtstreekse betrekkingen tussen de kapitaalverschaffer en de vennootschap waarvoor de desbetreffende middelen bestemd zijn met het oog op de uitoefening van een economische activiteit, vallen onder de bepalingen van artikel 56 EG, betreffende het vrije verkeer van kapitaal. Dit doel veronderstelt dat de aandelen de aandeelhouder de mogelijkheid bieden daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de zeggenschap over deze vennootschap (zie met name arrest van 23 oktober 2007, Commissie/Duitsland, C-112/05, Jurispr. blz. I-8995, punt 18 en aldaar aangehaalde rechtspraak; arrest Commissie/Italië, reeds aangehaald, punt 35, en arrest van 11 november 2010, Commissie/Portugal, reeds aangehaald, punt 42).

44 Een nationale wettelijke regeling die niet alleen van toepassing is op deelnemingen waarmee een zodanige invloed op de besluiten van een vennootschap kan worden uitgeoefend dat de activiteiten ervan kunnen worden bepaald, maar die van toepassing is ongeacht de grootte van de deelneming van de aandeelhouder in een vennootschap, kan zowel onder artikel 43 EG als onder artikel 56 EG vallen (arrest Commissie/Italië, reeds aangehaald, punt 36, en arrest van 11 november 2010, Commissie/Portugal, reeds aangehaald, punt 43).

45 Vaststaat dat het in het onderhavige beroep wegens niet-nakoming niet uitgesloten is dat de betrokken nationale bepalingen alle aandeelhouders en potentiële investeerders

raken, en niet alleen de aandeelhouders die invloed kunnen uitoefenen op het bestuur van en de zeggenschap over GALP. Bijgevolg moeten de omstreden bepalingen aan de artikelen 43 EG en 56 EG worden getoetst.

— De niet-nakoming van de uit artikel 56 EG voortvloeiende verplichtingen

46 Om te beginnen zij eraan herinnerd dat, volgens vaste rechtspraak, artikel 56, lid 1, EG op algemene wijze beperkingen van het kapitaalverkeer tussen de lidstaten verbiedt (zie met name arresten van 28 september 2006, Commissie/Nederland, C-282/04 en C-283/04, Jurispr. blz. I-9141, punt 18 en aldaar aangehaalde rechtspraak; 23 oktober 2007, Commissie/Duitsland, reeds aangehaald, punt 17; 8 juli 2010, Commissie/Portugal, reeds aangehaald, punt 48, en 11 november 2010, Commissie/Portugal, reeds aangehaald, punt 45).

47 Aangezien het EG-Verdrag geen definitie van het begrip „kapitaalverkeer" in de zin van artikel 56, lid 1, EG, bevat, heeft het Hof indicatieve waarde toegekend aan de nomenclatuur van het kapitaalverkeer in bijlage I bij richtlijn 88/361/EEG van de Raad van 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel [67] van het Verdrag [ingetrokken bij het Verdrag van Amsterdam] (PB L 178, blz. 5). Zo heeft het Hof geoordeeld dat kapitaalverkeer in de zin van artikel 56, lid 1, EG met name bestaat in de zogenoemde „directe" investeringen, te weten investeringen in de vorm van een deelneming in een onderneming door aandeelhouderschap die de mogelijkheid biedt om daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de zeggenschap over een vennootschap, en de zogenoemde „portefeuillebeleggingen", te weten investeringen in de vorm van de verwerving van effecten op de kapitaalmarkt met het uitsluitend doel te beleggen, zonder invloed op het bestuur van en de zeggenschap over de onderneming te willen uitoefenen (zie reeds aangehaald arrest Commissie/Nederland, punt 19 en de aldaar

aangehaalde rechtspraak, en reeds aangehaalde arresten van 27 oktober 2007, Commissie/Duitsland, punt 18; 8 juli 2010, Commissie/Portugal, punt 49, en 11 november 2010, Commissie/Portugal, punt 46).

48 Aangaande deze twee investeringsvormen heeft het Hof gepreciseerd dat nationale maatregelen die het verwerven van aandelen in de betrokken ondernemingen kunnen blokkeren of beperken, of investeerders uit andere lidstaten ervan kunnen weerhouden in die ondernemingen te investeren, moeten worden aangemerkt als „beperkingen" in de zin van artikel 56, lid 1, EG (zie arrest van 11 november 2010, Commissie/Portugal, reeds aangehaald, punt 47 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

49 De Portugese Republiek betwist dat artikel 4, lid 3, van de statuten van GALP en de relevante bepalingen van de aandeelhoudersovereenkomst nationale maatregelen zijn. Zij voert bovendien aan dat volgens die overeenkomst het recht van de Staat om de voorzitter van de raad van bestuur van GALP aan te wijzen door de CGD en niet door de Portugese Staat wordt uitgeoefend, zodat de betrokken bepaling dus geen overheidsmaatregel is en dan ook niet binnen de werkingssfeer van de artikelen 43 EG en 56 EG valt.

50 Vaststaat dienaangaande dat, zoals uit de stukken blijkt, de statuten van GALP zijn vastgesteld vóór het einde van de eerste fase van de privatisering van GALP, dus in een periode waarin de Portugese Staat de meerderheid van het vennootschappelijk kapitaal van GALP bezat. Terzelfder tijd is eveneens bij wet aan deze Staat een specifiek vetorecht met betrekking tot onder meer de besluiten houdende wijziging van de statuten van deze vennootschap toegekend. Aldus kunnen de vennoten de bepaling betreffende het recht om de voorzitter van de raad van bestuur van GALP aan te wijzen, thans niet meer intrekken zonder instemming van de Staat.

51 Met betrekking tot het door de Portugese Republiek in dit verband aangevoerde argument dat de president van de raad van bestuur door de CGD wordt benoemd, kan worden volstaan met de vaststelling dat, aangezien de Staat het volledige kapitaal van de CGD bezit, hij zijn rechten via deze bank uitoefent. Wat het privaatrechtelijke karakter van de aandeelhoudersovereenkomst betreft, pleegt de Portugese Staat dus via de CGD overleg met de door hem gekozen referentieaandeelhouders om zijn invloed op de samenstelling en het bestuur van GALP te handhaven.

52 In die omstandigheden dient te worden geoordeeld dat het de Portugese Republiek zelf is die, enerzijds, via de nationale wetgever heeft ingestemd met de uitgifte van preferente aandelen in het vennootschappelijk kapitaal van GALP en, anderzijds, in haar hoedanigheid van overheidslichaam krachtens artikel 15, lid 3, LQP heeft besloten preferente aandelen in genoemd kapitaal te creëren, deze toe te wijzen aan de Staat en te bepalen welke bijzondere rechten daaraan zijn verbonden.

53 Vaststaat ook dat het recht van de Staat om de voorzitter van de raad van bestuur van GALP aan te wijzen niet voortvloeit uit een normale toepassing van het vennootschapsrecht. Waar het WHV uitdrukkelijk verbiedt, het recht om bepaalde bestuurders te benoemen aan bepaalde categorieën van aandelen te verbinden, bepalen wetsbesluit nr. 261-A/99 en de statuten van GALP dat de goedkeuring van de keuze van de voorzitter van de raad van bestuur een aan de specifieke aandelen van de Staat verbonden recht is. Het gaat dus om een specifiek, van het gemene vennootschapsrecht afwijkend recht, dat uitsluitend ten gunste van de publieke investeerders is ingevoerd door middel van een nationale wettelijke maatregel (zie in die zin arrest van 23 oktober 2007, Commissie/Duitsland, reeds aangehaald, punten 59-61).

54 Bijgevolg kan het recht van de Staat om de voorzitter van de raad van bestuur van GALP aan te wijzen, aan de Portugese Republiek worden toegerekend en valt het dus binnen de werkingssfeer van artikel 56, lid 1, EG.

55 Met betrekking tot het beperkende karakter van het houden door de Portugese Staat van preferente aandelen waaraan bijzondere rechten in het vennootschappelijke kapitaal van GALP zijn verbonden, waarin de nationale wetgeving deels in samenhang met de statuten van die vennootschap voorziet, staat vast dat dergelijke aandelen de marktdeelnemers uit andere lidstaten ervan kunnen weerhouden om te investeren in het kapitaal van deze vennootschap.

56 Wat het vetorecht betreft, blijkt immers uit artikel 4, lid 3, van wetsbesluit nr. 261-A/99 dat voor de goedkeuring van een aanzienlijk aantal belangrijke besluiten betreffende GALP de instemming van de Portugese Staat is vereist. In dit verband dient te worden gepreciseerd dat de instemming van deze laatste met name is vereist voor elk besluit houdende wijziging van de statuten van GALP, zodat de invloed van de Portugese Staat op deze vennootschap slechts kan worden verminderd wanneer de Staat zelf daarmee akkoord gaat.

57 Bijgevolg kan dat vetorecht, voor zover het de Staat een invloed op het bestuur van en de zeggenschap over GALP verleent die niet wordt gerechtvaardigd door de omvang van diens deelneming in die vennootschap, marktdeelnemers uit andere lidstaten ontmoedigen om directe investeringen te verrichten in het vennootschappelijke kapitaal van GALP, aangezien zij niet naar rato van de waarde van hun deelnemingen deel kunnen hebben aan het bestuur van en de zeggenschap over deze vennootschap (zie met name reeds aangehaalde arresten van 23 oktober 2007, Commissie/Duitsland, punten 50-52; 8 juli 2010, Commissie/Portugal, punt 60, en 11 november 2010, Commissie/Portugal, punt 56).

58 Het betrokken vetorecht kan portefeuillebeleggingen in het vennootschappelijke kapitaal van GALP ontmoedigen, aangezien een eventuele weigering van de Portugese Staat om een belangrijk, door de organen van deze vennootschap als in het belang van de vennootschap voorgesteld besluit goed te keuren, immers nadelig kan werken op de waarde van de aandelen van die vennootschap en dus op de aantrekkelijkheid van een investering in dergelijke aandelen (zie in die zin reeds aangehaald arrest

Commissie/Nederland, punt 27, en reeds aangehaalde arresten van 8 juli 2010, Commissie/Portugal, punt 61, en 11 november 2010, Commissie/Portugal, punt 57).

59 Het recht om de voorzitter van de raad van bestuur aan te wijzen vormt een beperking van het vrije verkeer van kapitaal, daar een dergelijk bijzonder recht een afwijking van het gemene vennootschapsrecht is die uitsluitend ten gunste van de publieke investeerders is ingevoerd door middel van een nationale wettelijke maatregel (zie reeds aangehaalde arresten van 23 oktober 2007, Commissie/Duitsland, punt 61, en 11 november 2010, Commissie/Portugal, punt 62). Al kan deze mogelijkheid door de wet worden toegekend als recht van een gekwalificeerde minderheid, moet zij in dat geval voor alle aandeelhouders toegankelijk zijn en mag zij niet uitsluitend aan de Staat worden voorbehouden.

60 Door voor de andere aandeelhouders dan de Portugese Staat de mogelijkheid te beperken om een deelneming in het vennootschappelijke kapitaal van GALP te verwerven teneinde duurzame en rechtstreekse economische betrekkingen met deze vennootschap te vestigen of te handhaven die de mogelijkheid bieden, daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de zeggenschap over de betrokken vennootschap, kan het in artikel 15, lid 1, LQP en artikel 4, lid 3, van wetsbesluit nr. 261-A/99 bepaalde recht om een bestuurder te benoemen, immers directe investeerders uit andere lidstaten ontmoedigen om te investeren in het kapitaal van deze vennootschap.

61 Hieruit volgt dat het vetorecht ten aanzien van bepaalde besluiten van de algemene vergadering van GALP en het recht om de voorzitter van de raad van bestuur aan te wijzen beperkingen van het vrije verkeer van kapitaal in de zin van artikel 56, lid 1, EG vormen.

62 Deze vaststelling wordt overigens niet op losse schroeven gezet door het argument van de Portugese Republiek dat de redenering die volgens haar ten grondslag ligt aan het reeds aangehaalde arrest Keck en Mithouard, op de onderhavige zaak van toepassing is.

63 In dit verband moet worden opgemerkt dat de betrokken nationale maatregelen niet vergelijkbaar zijn met de regelingen inzake verkoopmodaliteiten waaromtrent het Hof in het reeds aangehaalde arrest Keck en Mithouard heeft geoordeeld dat zij niet binnen de werkingssfeer van artikel 28 EG vielen.

64 Volgens dat arrest kan de toepassing op producten uit andere lidstaten van nationale bepalingen die op het grondgebied van de invoerende lidstaat bepaalde verkoopmodaliteiten aan banden leggen of verbieden, immers niet worden beschouwd als een maatregel die de handel tussen lidstaten kan belemmeren, wanneer die bepalingen van toepassing zijn op alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooien, en zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale producten als op die van producten uit andere lidstaten. Deze toepassing heeft immers niet tot gevolg, dat voor die producten de toegang tot de markt van de lidstaat van invoer wordt verhinderd of meer wordt bemoeilijkt dan voor nationale producten het geval is (arrest van 10 mei 1995, Alpine Investments, C-384/93, Jurispr. blz. I-1141, punt 37).

65 Hoewel in het onderhavige geval de betrokken nationale bepalingen zonder onderscheid van toepassing zijn op ingezetenen en niet-ingezetenen, staat vast dat zij de situatie van de verkrijger van een deelneming als zodanig aantasten en dus de investeerders uit andere lidstaten ervan kunnen weerhouden dergelijke investeringen te verrichten, en bijgevolg de toegang tot de markt aan voorwaarden onderwerpen (zie arresten van 13 mei 2003, Commissie/Spanje, C-463/00, Jurispr. blz. I-4581, punt 61 en aldaar aangehaalde rechtspraak; 8 juli 2010, Commissie/Portugal, reeds aangehaald, punt 67, en 11 november 2010, Commissie/Portugal, reeds aangehaald, punt 68).

66 De vaststelling dat die nationale bepalingen beperkingen van het vrije verkeer van kapitaal vormen, wordt overigens niet op losse schroeven gezet door het argument van de Portugese Republiek dat de omstreden bijzondere rechten de directe investeringen

en de portefeuillebeleggingen in het vennootschappelijke kapitaal van GALP niet beinvloeden, aangezien een groot deel van de aandelen van deze vennootschap zich in handen van investeerders uit andere lidstaten bevindt.

67 Vaststaat dat, zoals in de punten 58 en 61 van het onderhavige arrest is vermeld, voor zover de omstreden nationale bepalingen instrumenten zijn die voor investeerders de mogelijkheid kunnen beperken om een deelneming in het vennootschappelijke kapitaal van GALP te verwerven teneinde met deze vennootschap duurzame en rechtstreekse economische betrekkingen te vestigen of te handhaven die de mogelijkheid bieden daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de zeggenschap over de vennootschap, zij de verwerving van een deelneming in het kapitaal minder aantrekkelijk maken (zie in die zin reeds aangehaalde arresten van 23 oktober 2007, Commissie/Duitsland, punt 54, en 11 november 2010, Commissie/Portugal, punt 70).

68 Deze vaststelling wordt niet op losse schroeven gezet door de omstandigheid dat zich onder de aandeelhouders van GALP een aantal directe investeerders bevinden. In het kader van het onderhavige beroep doet deze omstandigheid immers niet af aan het feit dat daadwerkelijke of potentiële directe investeerders uit andere lidstaten door de omstreden nationale bepalingen kunnen worden ontmoedigd om een deelneming in het kapitaal van deze vennootschap te verwerven teneinde met deze vennootschap duurzame en rechtstreekse economische betrekkingen te vestigen of te handhaven die de mogelijkheid bieden daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de zeggenschap over de betrokken vennootschap, ofschoon zij aanspraak konden maken op toepassing van het beginsel van het vrije verkeer van kapitaal en op de bescherming die dit beginsel hun biedt (zie in die zin reeds aangehaalde arresten van 23 oktober 2007, Commissie/Duitsland, punt 55, en 11 november 2010, Commissie/Portugal, punt 71).

69 Mitsdien moet worden vastgesteld dat het bezit van preferente aandelen door de Portugese Staat, in samenhang met de bijzondere rechten die dergelijke aandelen aan de bezitter ervan verlenen, een beperking van het vrije verkeer van kapitaal in de zin van artikel 56, lid 1, EG vormt.

De rechtvaardiging van de beperkingen

Argumenten van partijen

70 De Commissie wijst erop dat de uit de bijzondere rechten van de Portugese Staat in GALP voortvloeiende beperkingen niet kunnen worden gerechtvaardigd door de doelstellingen waarop de Portugese Republiek zich beroept, en hoe dan ook in strijd zijn met het evenredigheidsbeginsel.

71 Zij voert aan dat de bijzondere rechten van de Staat in GALP niet kunnen worden gerechtvaardigd door de openbare veiligheid, in het onderhavige geval het veiligstellen van de energiebevoorrading van Portugal. Uit wetsbesluit nr. 31/2006 houdende vaststelling van de algemene grondslagen van de organisatie en de werking van het nationale aardoliestelsel (*Diário da República* I, serie A, nr. 33, van 15 februari 2006) en wetsbesluit nr. 30/2006 houdende vaststelling van de algemene grondslagen van de organisatie en de werking van het aardgasstelsel (*Diário da República* I, serie A, nr. 33, van 15 februari 2006), blijkt immers dat het de taak van de Staat en niet van GALP is, de bevoorrading met aardolie en aardgas veilig te stellen.

72 Wat het evenredigheidsbeginsel betreft, voert de Commissie aan dat de bijzondere rechten van de Staat in GALP niet geschikt zijn om de goede werking van het netwerk van gasdistributie en de detailverkoop van aardolieproducten door GALP te waarborgen. Deze rechten zijn haars inziens in feite middelen om het particulier belang van de vennootschap en niet om het algemeen belang te behartigen. Daar bovendien, anders dan in de desbetreffende rechtspraak van het Hof (zie met name arrest van 4 juni 2002, Commissie/Frankrijk, C-483/99, Jurispr. blz. I-4781, punten 50-53) wordt geëist, geen enkel objectief en nauwkeurig criterium voor de uitoefening van

die rechten is vastgesteld, is volgens haar de toepassing ervan in de praktijk volstrekt willekeurig.

73 Verder voert de Commissie aan dat ook het afgeleide recht van de Unie het bestaan van bijzondere rechten van de Staat in GALP niet rechtvaardigt.

74 Volgens richtlijn 2003/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van richtlijn 98/30/EG (PB L 176, blz. 57) eist de verantwoordelijkheid van overheid om de bevoorrading met aardgas veilig te stellen immers in voorkomend geval een externe interventie van de Staat als regulerende instantie, maar geen interventie van de Staat van binnenuit als bevoorrechte aandeelhouder van de op de markt werkzame ondernemingen.

75 Wat de aardoliesector betreft, verklaart de Commissie dat volgens richtlijn 2006/67/EG van de Raad van 24 juli 2006 houdende verplichting voor de lidstaten om minimumvoorraden ruwe aardolie en/of aardolieproducten in opslag te houden (PB L 217, blz. 8), ook de verantwoordelijkheid van de overheid om de bevoorrading met aardolieproducten veilig te stellen, bij de Staat en niet bij particuliere ondernemingen ligt.

76 Ten slotte komt de Commissie op tegen het betoog van de Portugese Republiek dat artikel 86 EG op de betrokken maatregelen van toepassing is, op grond dat enerzijds dit artikel tot een bepaalde categorie van ondernemingen en niet tot de lidstaten is gericht, en anderzijds de onderhavige procedure niet betrekking heeft op bijzondere rechten die de Staat aan GALP zou hebben verleend, maar veeleer op de bijzondere rechten van de Staat binnen deze vennootschap.

77 De Portugese Republiek betoogt dat de betrokken nationale maatregelen, ook al zouden zij de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van kapitaal beperken, niettemin gerechtvaardigd zijn uit hoofde van de artikelen 46 EG en 58 EG omdat zij noodzakelijk zijn om de bevoorrading van het land met aardgas en aardolie te waarborgen en dit op een adequate wijze doen, met name gelet op het ontbreken van passende instrumenten daarvoor op het niveau van de Unie.

78 Die lidstaat verklaart ook dat de uitoefening van de betrokken bijzondere rechten aan een doeltreffend rechterlijk toezicht kan worden onderworpen. Indien de Staat die rechten uitoefent zonder zich op een werkelijk en ernstig gevaar voor de bevoorrading te baseren, maakt hij een inbreuk waartegen iedere aandeelhouder van GALP voor de nationale rechterlijke instanties, zowel de bestuurlijke als de civiele, kan opkomen.

79 Verder stelt de Portugese Republiek dat de omstreden bepalingen in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel en dat de Commissie in elk geval niet het bewijs heeft geleverd dat er minder beperkende maatregelen bestaan die de Staat de mogelijkheid bieden om even snel en doeltreffend te reageren in geval van een werkelijke en ernstige bedreiging van de bevoorrading.

80 Ten slotte stelt deze lidstaat dat de omstreden nationale bepalingen in elk geval op grond van artikel 86, lid 2, EG verenigbaar zijn met het recht van de Unie, omdat zij noodzakelijk zijn om GALP in staat te stellen de diensten van algemeen economisch belang waarmee zij door de Staat is belast, op passende wijze te verrichten.

Beoordeling door het Hof

81 Volgens vaste rechtspraak kunnen nationale maatregelen die het vrije verkeer van kapitaal beperken, gerechtvaardigd zijn door de in artikel 58 EG genoemde redenen of door dwingende redenen van algemeen belang, op voorwaarde dat zij geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel (zie reeds aangehaalde arresten van 23 oktober 2007, Commissie/Duitsland, punten 72 en 73 en de aldaar aangehaalde rechtspraak; 8 juli 2010, Commissie/Portugal, punt 69, en 11 november 2010, Commissie/Portugal, punt 83).

82 Wat de door artikel 58 EG toegestane afwijkingen betreft, valt niet te ontkennen dat het door de Portugese autoriteiten aangevoerde doel, de energiebevoorrading van deze lidstaat veilig te stellen in situaties van crisis, oorlog of terrorisme, een reden van openbare veiligheid kan vormen (zie arresten van 14 februari 2008, Commissie/Spanje, C-274/06, punt 38; 8 juli 2010, Commissie/Portugal, reeds aangehaald, punt 72, en 11 november 2010, Commissie/Portugal, reeds aangehaald, punt 84) en eventueel een belemmering van het vrije verkeer van kapitaal kan rechtvaardigen. Het belang dat de lidstaten en de Europese Unie eraan hechten, de energiebevoorrading te beschermen, komt trouwens met name tot uitdrukking, wat aardolie betreft, in richtlijn 2006/67, en wat aardgas betreft, in richtlijn 2003/55.

83 Niettemin staat vast dat de eisen van openbare veiligheid, met name omdat het een afwijking van het grondbeginsel van het vrije verkeer van kapitaal betreft, strikt moeten worden opgevat, zodat de inhoud ervan niet zonder controle door de instellingen van de Unie eenzijdig door de onderscheiden lidstaten kan worden bepaald. Bijgevolg kan de openbare veiligheid slechts worden aangevoerd in geval van een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging die een fundamenteel belang van de samenleving aantast (zie onder meer arresten van 14 maart 2000, Église de scientologie, C-54/99, Jurispr.

blz. I-1335, punt 17; 8 juli 2010, Commissie/Portugal, reeds aangehaald, punt 73, en 11 november 2010, Commissie/Portugal, reeds aangehaald, punt 85).

84 Dienaangaande betoogt de Portugese Republiek met name dat thans wordt gevreesd dat bepaalde investeringen in ondernemingen uit de strategische sectoren, inzonderheid investeringen door staatsinvesteringsfondsen en fondsen die banden hebben met terroristische organisaties, een dergelijke bedreiging voor de energiebevoorrading kunnen vormen. Aangezien elke lidstaat verplicht is, een regelmatige en ononderbroken bevoorrading met elektriciteit en aardgas veilig te stellen, is het legitiem dat hij zich van de nodige middelen voorziet om het fundamentele belang van veiligstelling van de bevoorrading in geval van crisis te waarborgen, en dient hij te zorgen voor passende instrumenten waarmee snel en efficiënt kan worden gereageerd om een ononderbroken bevoorrading veilig te stellen.

85 Daar de Portugese Republiek zich er echter toe heeft beperkt de veiligstelling van de energiebevoorrading als rechtvaardiging aan te voeren zonder te preciseren waarom zij juist van mening is dat elk van de omstreden bijzondere rechten of het geheel ervan een dergelijke aantasting van een fundamenteel belang zoals de energiebevoorrading kan voorkomen, kan een rechtvaardiging uit hoofde van de openbare veiligheid in casu niet worden aanvaard.

86 Bovendien kan het argument van de Portugese Republiek dat het recht van de Unie bij de huidige stand ervan de energiebevoorrading van de lidstaten niet voldoende veiligstelt, zodat zij gedwongen is passende nationale maatregelen te nemen om de bescherming van dit fundamentele belang van de samenleving te waarborgen, niet worden aanvaard.

87 Zelfs aangenomen dat er op grond van het afgeleide recht van de Unie voor de lidstaten een verplichting bestaat om de energiebevoorrading op hun grondgebied veilig

te stellen, zoals de Portugese Republiek stelt, kan de nakoming van een dergelijke verplichting niet worden aangevoerd ter rechtvaardiging van een maatregel die in beginsel in strijd is met een fundamentele vrijheid (zie arrest van 11 november 2010, Commissie/Portugal, reeds aangehaald, punt 89).

88 Volledigheidshalve moet er, wat de evenredigheid van de betrokken nationale bepalingen betreft, op worden gewezen dat, zoals de Commissie terecht betoogt, de uitoefening van de bijzondere rechten die het houden van preferente aandelen in het vennootschappelijke kapitaal van GALP aan de Portugese Staat verleent, anders dan de verwerende lidstaat stelt, aan geen enkele voorwaarde of specifieke en objectieve omstandigheid is onderworpen.

89 Weliswaar bepaalt artikel 15, lid 3, LQP dat het creëren van preferente aandelen in het vennootschappelijke kapitaal van GALP, die aan de Portugese Staat bijzondere rechten verlenen, onderworpen is aan de — overigens vrij algemeen en onnauwkeurig geformuleerde — voorwaarde dat redenen van nationaal belang dit vereisen, doch noch in die wet noch in de statuten van GALP worden criteria vastgesteld met betrekking tot de specifieke omstandigheden waarin die bijzondere rechten kunnen worden uitgeoefend (zie arrest Commissie/Italië, reeds aangehaald, punt 51, en arrest van 11 november 2010, Commissie/Portugal, reeds aangehaald, punt 91). Dezelfde vaststelling geldt voor lid 1 van genoemd artikel 15, dat de aanwijzing van een bestuurder door de Portugese Staat afhankelijk stelt van de — eveneens vrij algemeen en onnauwkeurig geformuleerde — voorwaarde van bescherming van het algemeen belang.

90 Een dergelijke onzekerheid vormt een ernstige aantasting van het vrije verkeer van kapitaal, aangezien daarmee aan de nationale autoriteiten bij de uitoefening van deze rechten een mate van discretionaire bevoegdheid wordt verleend die niet kan worden geacht evenredig te zijn aan de nagestreefde doelen (zie in die zin arrest Commissie/Italië, reeds aangehaald, punt 52, en arrest van 11 november 2010, Commissie/Portugal, reeds aangehaald, punt 92).

91 Wat ten slotte de rechtvaardiging uit hoofde van artikel 86, lid 2, EG betreft, zij erop gewezen dat deze bepaling, gelezen in samenhang met lid 1 van hetzelfde artikel, kan worden ingeroepen ter rechtvaardiging dat een lidstaat met de verdragsbepalingen strijdige bijzondere of uitsluitende rechten toekent aan een onderneming belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, mits de vervulling van de aan die onderneming toevertrouwde bijzondere taak slechts door de verlening van dergelijke rechten kan worden verzekerd, en voor zover de ontwikkeling van het handelsverkeer niet nadelig wordt beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Unie (arresten van 17 mei 2001, TNT Traco, C-340/99, Jurispr. blz. I-4109, punt 52; 18 december 2007, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia, C-220/06, Jurispr. blz. I-12175, punt 78, en 1 oktober 2009, Woningstichting Sint Servatius, C-567/07, Jurispr. blz. I-9021, punt 44).

92 In casu staat echter vast dat dit niet het voorwerp is van de bepalingen van de nationale regeling die in de niet-nakomingsprocedure tegen de Portugese Republiek aan de orde is.

93 Zoals de Commissie terecht betoogt, hebben die bepalingen immers geen betrekking op de toekenning van bijzondere of uitsluitende rechten aan GALP, noch op de kwalificatie van de activiteiten van deze laatste als diensten van algemeen economisch belang, maar op de rechtmatigheid van de toekenning aan de Portugese Staat, in diens hoedanigheid van aandeelhouder van die vennootschap, van bijzondere rechten in verband met preferente aandelen die hij in het vennootschappelijke kapitaal van GALP bezit.

94 Wat er ook van zij, ofschoon een lidstaat uitvoerig moet uiteenzetten waarom in geval van afschaffing van de gelaakte maatregelen de vervulling, onder economisch aanvaardbare omstandigheden, van de door hem aan een onderneming opgedragen taken van algemeen economisch belang in zijn ogen in gevaar zou komen (arrest van 13 mei 2003, Commissie/Spanje, reeds aangehaald, punt 82), heeft de Portugese regering niet uitgelegd waarin dat in casu het geval zou zijn.

95 Daaruit volgt dat artikel 86, lid 2, EG niet van toepassing is in een situatie als die in de onderhavige zaak en dus door de Portugese Republiek niet kan worden aangevoerd ter rechtvaardiging van de betrokken nationale bepalingen voor zover deze beperkingen van het in het Verdrag verankerde vrije verkeer van kapitaal opleveren.

96 Het argument inzake artikel 86, lid 2, EG moet dus eveneens worden afgewezen.

97 Mitsdien moet worden vastgesteld dat de Portugese Republiek, door ten gunste van de Portugese Staat en andere overheidslichamen bijzondere rechten in GALP te handhaven zoals die waarin de LQP, wetsbesluit nr. 261-A/99 en de statuten van die vennootschap voorzien, die zijn toegekend in verband met preferente aandelen die deze Staat in het vennootschappelijke kapitaal van die vennootschap bezit, de krachtens artikel 56 EG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen.

De niet-nakoming van de uit artikel 43 EG voortvloeiende verplichtingen

98 Met betrekking tot het verzoek van de Commissie om vast te stellen dat de Portugese Republiek de krachtens artikel 43 EG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen, behoeft er slechts op te worden gewezen dat volgens vaste rechtspraak van het Hof, voor zover de betrokken nationale maatregelen beperkingen van de vrijheid van vestiging meebrengen, deze beperkingen het rechtstreekse gevolg zijn van de hierboven onderzochte belemmeringen van het vrije verkeer van kapitaal, waarmee zij onlosmakelijk zijn verbonden. Aangezien een schending van artikel 56, lid 1, EG is vastgesteld, behoeven die maatregelen niet meer afzonderlijk te worden getoetst aan de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging (zie onder meer arrest van 13 mei 2003, Commissie/Spanje, reeds aangehaald, punt 86; arrest Commissie/

Nederland, reeds aangehaald, punt 43, en reeds aangehaalde arresten van 8 juli 2010, Commissie/Portugal, punt 80, en 11 november 2010, Commissie/Portugal, punt 99).

Kosten

99 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd. Aangezien de Portugese Republiek in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie te worden verwezen in de kosten.

Het Hof (Eerste kamer) verklaart:

1) Door ten gunste van de Portugese Staat en andere overheidslichamen bijzondere rechten in GALP Energia SGPS SA te handhaven zoals die waarin de Lei nº 11/90, Lei Quadro das Privatizações (kaderwet inzake privatiseringen), van 5 april 1990, de 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 (wetsbesluit nr. 261-A/99 houdende goedkeuring van de eerste fase van de privatisering van GALP — Petróleos e Gás de Portugal SGPS SA) van 7 juli 1999 en de statuten van die vennootschap voorzien, die zijn toegekend in verband met preferente aandelen („golden shares") die deze Staat in het vennootschappelijke kapitaal van die vennootschap bezit, is de Portugese Republiek de krachtens artikel 56 EG op haar rustende verplichtingen niet nagekomen.

2) De Portugese Republiek wordt verwezen in de kosten.

ondertekeningen