FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT M. POIARES MADURO fremsat den 7. september 2006 [1]

1. I to sager, der er anlagt mod Comune di Milano (Milano kommune), har Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (den regionale forvaltningsdomstol for Lombardiet) forelagt Domstolen nogle præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 56 EF. Disse spørgsmål, som er identiske i begge sager, vedrører den situation, hvor en offentlig myndighed, der er mindretalsaktionær i en privatiseret virksomhed, i relation til kontrollen med denne virksomhed har bevaret en privilegeret stilling i forhold til de andre aktionærer. Virksomheden, som der er tale om i hovedsagerne, er AEM, hvori Milano kommune, efter at have solgt en del af sin majoritetsaktiepost, har bevaret en kapitalbesiddelse på 33,4%. Den har imidlertid bevaret beføjelsen til at udpege flertallet af medlemmerne af bestyrelsen. Ifølge sagsøgerne er dette i strid med artikel 56 EF, således som den er fortolket af Domstolen i dennes retspraksis vedrørende »golden shares«.

I — Sagens faktiske omstændigheder, de relevante nationale bestemmelser og anmodningen om præjudiciel afgørelse

2. AEM blev oprettet af Milano kommune i 1996. Selskabet arbejder inden for sektoren for offentlige tjenesteydelser som distributør af gas og elektricitet. I forbindelse med privatiseringen af AEM solgte kommunen i 1998 en første aktiepost, men bevarede en aktiebesiddelse på 51% af virksomhedens kapital.

3. Ved afgørelse nr. 4/04 af 17. februar 2004 besluttede Milano kommune yderligere at begrænse sin kapitaldeltagelse i AEM til 33,4%. Den besluttede imidlertid også, at denne nedsættelse ville ske på betingelse af, at selskabets vedtægter forinden var blevet ændret.

4. Ved afgørelse nr. 5/04 af 8. marts 2004 fastslog Milano kommune, at det var nødvendigt at ændre AEM's vedtægter, navnlig

1 — Originalsprog: portugisisk.

vedrørende udpegningen af bestyrelsesmedlemmer, i lyset af lov nr. 474/1994.

5. Artikel 2 i den konsoliderede udgave af lovdekret nr. 332 af 31. maj 1994, efter ændring nu lov nr. 474 af 30. juli 1994 (herefter »lov nr. 474/1994«), bestemmer, for så vidt det er relevant for disse sager, følgende:

»1. Ved dekret udstedt af ministerpræsidenten [...] fastsættes, hvilke selskaber, der driver virksomhed inden for områderne forsvar, transport, telekommunikation, energiressourcer og andre offentlige serviceområder, der skal kontrolleres direkte eller indirekte af staten, og i hvis vedtægter det skal fastsættes, at der forud for vedtagelsen af enhver foranstaltning, som medfører afgivelse af kontrol, ved beslutning, som vedtages på en ekstraordinær generalforsamling i selskabet, skal indsættes en bestemmelse, hvorved økonomi- og finansministeren tillægges en eller flere af nedennævnte særlige beføjelser, som skal udøves i samråd med industriministeren: [...]

d) udnævnelse af et bestyrelsesmedlem uden stemmeret. [...]

3. Bestemmelserne i denne artikel gælder også for selskaber, som kontrolleres direkte eller indirekte af offentlige organer [...], der driver virksomhed inden for transportområdet og andre offentlige serviceområder, og som angives ved afgørelse truffet af det offentlige organ, som har aktier i sådanne selskaber, og som har kompetencen til at udøve de i stk. 1 nævnte beføjelser.«

6. Artikel 4, stk. 1, bestemmer af interesse for disse sager følgende:

»Selskaber [såsom AEM] [...] hvis vedtægter indeholder begrænsninger af aktionærernes rettigheder, skal i deres vedtægter optage en særlig bestemmelse, der ikke vil kunne ændres, så længe sådanne begrænsninger er gældende, og hvori det skal bestemmes, at bestyrelsesmedlemmer udpeges på grundlag af et listevalg [...] Mindst en femtedel af de bestyrelsesmedlemmer, der ikke udpeges i henhold til artikel 2, stk. 1, litra d), skal udpeges fra minoritetslister, og opnås der kun en brøkdel af en bestyrelsespost, skal der foretages en oprunding til det nærmeste højere hele tal.«

7. På en ekstraordinær generalforsamling, som fandt sted den 29. april 2004, vedtog aktionærerne i AEM de beslutninger, der var nødvendige med henblik på at ændre selskabets vedtægter. I overensstemmelse med artikel 4 i lov nr. 474/1994 blev der i de nye vedtægter optaget en bestemmelse vedrørende valg af bestyrelsesmedlemmer på basis

af listevalg. I det væsentlige kan visse aktionærer, blandt disse Milano kommune, foreslå kandidatlister, og samtlige aktionærer kan herefter på en senere generalforsamling stemme ja til en liste. Seks tiendedele af medlemmerne af bestyrelsen udpeges fra den liste, der har opnået de fleste stemmer, mens de fire tiendedele af bestyrelsesmedlemmerne udpeges fra den liste, der har opnået det næsthøjeste antal stemmer. Milano kommune, der med sine 33,4% af aktierne er den største minoritetsaktionær, vil således altid have sikkerhed for, at den kandidatliste, som den har foreslået, i det mindste vil opnå tilstrækkelig mange stemmer til at kunne stille fire tiendedele af medlemmerne af bestyrelsen.

8. De nye vedtægter tildelte endvidere Milano kommune ret til direkte at udpege op til en fjerdedel af bestyrelsesmedlemmerne med hjemmel i artikel 2449 i den italienske borgerlige lovbog.

9. Overskriften til artikel 2449 i den italienske borgerlige lovbog angiver, at bestemmelsen vedrører »selskaber, hvori staten eller offentlige organer har kapitalbesiddelse som aktionærer«. Bestemmelsen lyder:

»Hvis staten eller offentlige organer ejer aktier i et aktieselskab, kan der i selskabets vedtægter tillægges dem ret til at udpege en eller flere direktører, revisorer, eller medlemmer af bestyrelsen.

Direktører, revisorer samt medlemmer af bestyrelsen, der er udpeget i henhold til foranstående afsnit, kan kun afsættes af det organ, der har udpeget dem.

De har samme rettigheder og forpligtelser som personer, der er valgt på generalforsamlingen. Bestemmelserne i lovgivningen for særlige områder gælder uændret.«

10. Den forelæggende ret bemærker, at Milano kommune i kraft af sin ret til direkte at udpege op til en fjerdedel af medlemmerne af bestyrelsen, suppleret med kommunens ret til at deltage i valget af bestyrelsesmedlemmer på grundlag af listevalg, har en absolut majoritetskontrol ved valg til bestyrelsen, uanset at den er minoritetsaktionær. AEM's bestyrelse består af syv, otte eller ni medlemmer, og så længe Milano kommune beholder 33,4% af selskabets kapital, har den ret til at udpege fire medlemmer af en bestyrelse på syv medlemmer (heraf et medlem direkte), fem medlemmer af en bestyrelse på otte medlemmer (heraf to medlemmer direkte) og fem med-

lemmer af en bestyrelse på ni medlemmer (heraf to medlemmer direkte). Hertil kommer, at denne indflydelse på den faktiske kontrol med selskabet i realiteten er permanent. I kraft af sin kapitalbesiddelse på 33,4% kan Milano kommune i praksis nedlægge veto mod ethvert forslag om ændring af bestemmelserne i vedtægterne vedrørende fremgangsmåden for valg til bestyrelsen.

11. Federconsumatori m.fl. (herefter »Federconsumatori«, sag C-463/04) og Associazione Azionariato Diffuso dell'AEM (herefter »ASAD-AEM«, sag C-464/04) har sagsøgt Milano kommune ved Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, hvorunder de anfægter kommunens afgørelser nr. 4/04 og nr. 5/04.

12. Da den forelæggende ret fandt, at ordningen for valg af bestyrelsesmedlemmer syntes at være i strid med Domstolens praksis vedrørende »golden shares«, afsagde den den 10. juni 2004 en kendelse om foreløbig udsættelse af anvendelsen af afgørelse nr. 5/04 fra Milano kommune. Italiens Consiglio di Stato, som sagen blev indbragt for ved appel, ophævede den 10. august 2004 udsættelsen med den begrundelse, at begrebet »aktie« som anvendt i Domstolens praksis var grundlæggende forskelligt fra de særlige beføjelser, der var omtvistet i sagen, og som var tildelt på civilretligt grundlag.

13. Den forelæggende ret fandt det fortsat tvivlsomt, hvorvidt anvendelsen af artikel 2449 i den italienske borgerlige lovbog sammen med artikel 4 i lov nr. 474/1994 var forenelig med artikel 56 EF. Ved kendelse af 29. september 2004 har den i begge sager forelagt Domstolen en anmodning om præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål:

»1) Må artikel 2449 i codice civile, som denne artikel er anvendt under den foreliggende sag, anses for at være forenelig med artikel 56 EF, som denne traktatbestemmelse er fortolket i Domstolens dom af 23. maj 2000, sag C-58/99, Kommissionen mod Italien, af 4. juni 2002, forenede sager C-503/99 og C-483/99, Kommissionen mod Belgien og Kommissionen mod Frankrig, og af 13. maj 2003, forenede sager C-98/01 og C-463/00, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige og Kommissionen mod Spanien, når den påberåbes af en offentlig myndighed, som på trods af, at den har mistet den retlige kontrol med et aktieselskab, bevarer en væsentlig aktieandel (i den foreliggende sag 33,4%) som aktionær med en relativ aktiemajoritet og derved opnår en uforholdsmæssig stor indflydelse?

2) Må artikel 2449 i codice civile, anvendt i kombination med artikel 4 i ministerielt dekret nr. 332 af 31. maj 1994, som er ophøjet til lov nr. 474 af 30. juli 1994, anses for at være forenelig med artikel 56 EF, som denne er fortolket i Domstolens dom af 23. maj 2000, sag C-58/99, Kommissionen mod Italien, af 4. juni 2000, forenede sager C-503/99 og C-483/99, Kommissionen mod Belgien og Kommissionen mod Frankrig, og af

13. maj 2003, forenede sager C-98/01 og C-463/00, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige og Kommissionen mod Spanien, når den påberåbes af en offentlig myndighed, som på trods af, at den har mistet den retlige kontrol med et aktieselskab, bevarer en væsentlig aktieandel (i den foreliggende sag 33,4%) som aktionær med en relativ aktiemajoritet og derved opnår en uforholdsmæssig stor indflydelse?

3) Må artikel 2449 i codice civile anses for at være forenelig med artikel 56 EF, som denne er fortolket i Domstolens dom af 23. maj 2000, sag C-58/99, Kommissionen mod Italien, af 4. juni 2002, forenede sager C-503/99 og C-483/99, Kommissionen mod Belgien og Kommissionen mod Frankrig, og af 13. maj 2003, forenede sager C-98/01 og C-463/00, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige og Kommissionen mod Spanien, for så vidt som denne artikel ved en konkret anvendelse medfører et resultat, som er i modstrid med andre bestemmelser i den nationale lovgivning [navnlig artikel 2, stk. 1, litra d)], i ministerielt dekret nr. 332 af 31. maj 1994, som er ophøjet til lov nr. 474 af 30. juli 1994, der på sin side er i overensstemmelse med artikel 56 EF og i hvert fald hvad angår betingelserne for udøvelsen af de særlige beføjelser og kravene hertil er i overensstemmelse med de principper for særlige beføjelser, som Domstolen har fastslået i de nævnte domme?«

14. Federconsumatori, ASAD-AEM, Milano kommune, den italienske og den polske regering samt Kommissionen har afgivet skriftlige indlæg for Domstolen. I retsmødet den 29. juni 2006 blev der afgivet mundtlige indlæg for Domstolen af Federconsumatori, ASAD-AEM, Milano kommune, AEM og Kommissionen.

II — Bedømmelse

15. Den forelæggende ret anmoder i det væsentlige Domstolen om at undersøge bestemmelserne i national ret med henblik på at fastslå, om de er forenelige med artikel 56 EF. I sager, der indbringes i medfør af artikel 234 EF, tilkommer det imidlertid ikke Domstolen at konstatere, om nationale retsregler er forenelige med fællesskabsretten. Domstolens rolle er begrænset til at give en fortolkning af fællesskabsretten, således at den nationale domstol kan foretage denne konstatering [2]. Jeg vil derfor foreslå, at den nationale domstols spørgsmål omformuleres. Efter min mening ville Domstolen kunne give den forelæggende ret et relevant svar, hvis spørgsmålet var formuleret som følger:

»Er artikel 56 EF til hinder for regler i national ret, der gør det muligt for et

2 — Jf. f.eks. Domstolens dom af 30.4.1986, forenede sager 209/84-213/84, Asjes m.fl., Sml. s. 1425, præmis 12, og af 9.9.2003, sag C-151/02, Jaeger, Sml. I, s. 8389, præmis 43.

offentligt organ, der ejer en minoritetsandel (33,4%) af kapitalen i et privatiseret selskab, at bevare beføjelsen til at udpege et absolut flertal af medlemmerne af bestyrelsen?«

16. Milano kommune er af den opfattelse, at artikel 56 EF ikke er anvendelig, da ordningen for udpegning af bestyrelsesmedlemmer i AEM følger af en normal anvendelse af de privatretlige regler om selskaber. Ifølge Milano kommune følger udnævnelsesbeføjelserne hverken af en lovgivningsforanstaltning eller af nogen anden udøvelse af statslig myndighed. I den forbindelse understreger Milano kommune, at anvendelsen af artikel 2449 i den italienske borgerlige lovbog ikke er sket som en pligt, men derimod er en følge af aktionærernes frivillige beslutning, som er truffet på en generalforsamling, hvorunder det pågældende offentlige organ har handlet i sin egenskab af almindelig aktionær. Optagelsen af særlige beføjelser i vedtægterne udgør derfor ikke en udøvelse af en ius imperii (statslig højhedsret).

17. Den italienske regering gør tilsvarende gældende, at begrebet »golden shares« henviser til situationer, hvor staten eller et offentligt organ i forbindelse med privatiseringen af en tidligere statsejet virksomhed ved en lovgivningsforanstaltning eller en tilsvarende forvaltningsakt opnår særlige beføjelser, der går forud for dem, som loven i almindelighed tildeler aktionærer. Ifølge den italienske regering er artikel 2449 i den italienske borgerlige lovbog i overensstemmelse med de almindelige regler i den italienske selskabsret. I henhold til disse regler er det på ingen måde uacceptabelt, at en mindretalsaktionær udpeger flertallet af bestyrelsesmedlemmerne. Italiensk selskabsret indeholder principielt ikke noget krav om, at en aktionærs ret til at udpege medlemmer af bestyrelsen forholdsmæssigt skal svare til den relative størrelse af hans aktiebesiddelse.

18. Disse argumenter udpeger i det væsentlige tre bagvedliggende spørgsmål. Det første er, hvorvidt det er relevant, at de omtvistede udnævnelsesbeføjelser i det mindste delvis hviler på en privatretlig bestemmelse. Det andet er, om artikel 56 EF efter sit personlige anvendelsesområde finder anvendelse på offentlige organer, når de ikke udøver deres offentlige myndighed. Det tredje spørgsmål drejer sig om at fastslå, hvilke rettigheder — når disse tilkommer et offentligt organ, der handler som aktionær i en virksomhed — der »kan afholde investorer fra andre medlemsstater fra at foretage [...] investeringer [i denne virksomhed]« [3]. Jeg skal undersøge disse tre spørgsmål et for et.

19. Efter min mening er den omstændighed, at udnævnelsesbeføjelserne, der tilkommer Milano kommune, hviler på privatretlige bestemmelser, ikke til hinder for anvendelsen af artikel 56 EF. Det er i den forbindelse

3 — Jf. Domstolens domme af 13.5.2003, sag C-98/01, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. I, s. 4641, præmis 47, og sag C-463/00, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 4581, præmis 61.

væsentligt at fastslå, at når det skal afgøres, om de frie kapitalbevægelser begrænses, hvis staten råder over særlige beføjelser i en virksomhed, er det uden betydning, hvorledes den er tildelt disse beføjelser, og hvilken retlig form de har. At en stat handler inden for rammerne af dens nationale selskabsret, medfører ikke, at dens særlige beføjelser ikke vil kunne udgøre en restriktion i henhold til artikel 56 EF [4]. Medlemsstaterne ville heller ikke kunne komme uden om artikel 56 EF ved at bruge deres aktionærstatus til på privatretligt grundlag at opnå, hvad de ikke ellers kunne have gjort ved benyttelse af deres beføjelser til at udstede retsregler.

20. Dette illustreres af det foreliggende tilfælde. Det fremgår af sagen, at Milano kommune oprindeligt stillede forslag om, at den i vedtægterne skulle tildeles en særlig beføjelse til direkte at udpege en fjerdedel af medlemmerne af bestyrelsen i overensstemmelse med artikel 2, litra d), i lov nr. 474/1994. Oprindeligt gav denne bestemmelse hjemmel til at tildele offentlige organer en særlig beføjelse til at udpege mindst et, eventuelt flere medlemmer af bestyrelsen. Artikel 2 i lov nr. 474/1994 blev i sin oprindelige udgave undersøgt i sag C-58/99, Kommissionen mod Italien [5]. Domstolen fastslog, at Italien med vedtagelsen af denne bestemmelse havde tilsidesat artikel 56 EF. Loven blev derefter ændret, navnlig vedrørende de særlige beføjelser, der tildeles i artikel 2. Ikke desto mindre har Milano kommune ved sin afgørelse nr. 5/04 af 8. marts 2004 indført noget, der reelt er den samme udnævnelsesbeføjelse, om end med hjemmel i artikel 2449 i den italienske borgerlige lovbog. Uanset hvilke motiver Milano kommune havde til at ændre sit valg af hjemmelen, er det klart, at det ikke ville være vanskeligt for medlemsstaterne at unddrage sig de begrænsninger, som artikel 56 EF pålægger, hvis bestemmelsen ikke blev anset for anvendelig på privatretligt regulerede forhold.

21. Det andet spørgsmål er, om artikel 56 EF efter sit personlige anvendelsesområde finder anvendelse på et offentligt organ, når dettes handlinger, uanset deres retlige form, er af privat karakter og ikke udføres som led i udøvelsen af statens offentligretlige beføjelser. Spørgsmålet kan mere generelt formuleres således: Skal medlemsstaterne overholde traktatens bestemmelser om de frie varebevægelser og om den frie bevægelighed for personer, tjenesteydelser og kapital, når de ikke udøver deres beføjelser som offentlig myndighed?

22. Det skal de efter min mening. Medlemsstaterne er omfattet af reglerne om den frie bevægelighed, som klart finder anvendelse på dem, ikke i deres egenskab af offentlige myndigheder, men i deres egenskab af underskrivere af traktaten [6]. Det følger heraf,

4 — Jf. i samme retning forslag til afgørelse fra generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer i sag C-463/00, Kommissionen mod Spanien, og sag C-98/01, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, nævnt ovenfor i fodnote 3, punkt 48. Jf. også mit forslag til afgørelse i de forenede sager C-282/04 og C-283/04, Kommissionen mod Nederlandene, punkt 23.

5 — Dom af 23.5.2000, Sml. I, s. 3811.

6 — Jf. analogt Domstolens dom af 26.2.1986, sag 152/84, Marshall, Sml. s. 723, præmis 49, og af 12.7.1990, sag C-188/89, Foster m.fl., Sml. I, s. 3313, præmis 17.

at bestemmelserne om den frie bevægelighed pålægger medlemsstaternes nationale myndigheder forpligtelser, hvad enten disse myndigheder handler i deres egenskab af offentlige myndigheder eller som en privat enhed. Således er enhver enhed, hvorigennem staten handler, omfattet af anvendelsesområdet ratione personae af bestemmelserne vedrørende den frie bevægelighed [7]. Følgelig kan et offentligt organ som Milano kommune principielt ikke påberåbe sig det argument, at dens handlinger efter deres art i det væsentlige er af privat karakter, med henblik på at undgå at blive omfattet af traktatens bestemmelser om den frie bevægelighed.

23. Spørgsmålet, om et offentligt organ har samme stilling og handler på den samme made som en privat aktionær, er ikke desto mindre væsentligt ved fastlæggelsen af det materielle anvendelsesområde for artikel 56 EF. Det er en faktor ved bestemmelsen af de rettigheder — når disse er tildelt et offentligt organ, der handler som aktionær i et selskab — der vil kunne hæmme investeringer fra andre medlemsstater.

24. Som det gælder for de andre friheder, har princippet om de frie kapitalbevægelser til formal at fremme åbningen af de nationale markeder, idet der gives investorer og kapitalsøgende virksomheder mulighed for at få den fulde gavn af Fællesskabets indre marked. For at nå dette mål skal medlemsstaterne tage hensyn til virkningerne af deres foranstaltninger i forhold til investorer, der er hjemmehørende i andre medlemsstater, og som ønsker at udøve deres rettigheder vedrørende de frie kapitalbevægelser. I den forbindelse forbyder artikel 56 EF ikke alene forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, men også de former for forskelsbehandling, der i forbindelse med udøvelsen af en grænseoverskridende virksomhed medfører yderligere omkostninger eller ændrer adgangen til det nationale marked for investorer, der er hjemmehørende i andre medlemsstater, enten fordi de har den virkning at give visse erhvervsdrivende, der allerede er etableret på markedet, en beskyttet stilling, eller fordi de gør transaktioner mellem medlemsstaterne vanskeligere end indenlandske transaktioner [8]. Enhver national foranstaltning, der medfører, at grænseoverskridende situationer behandles mindre gunstigt end rent indenlandske situationer, udgør en begrænsning af den frie bevægelighed. Under

7 — Jf. i denne retning Domstolens dom af 13.12.1983, sag 222/82, Apple & Pear Development Council, Sml. s. 4083, præmis 17. Når det er pålagt en privat enhed at varetage en offentlig tjenesteydelse, kan staten anses for at handle igennem denne enhed, hvorfor den skal overholde reglerne vedrørende den frie bevægelighed: jf. f.eks. Domstolens dom af 18.5.1989, forenede sager 266/87 og 267/87, Association of Pharmaceutical Importers m.fl., Sml. s. 1295, præmis 13-16, af 11.8.1995, sag C-16/94, Dubois og Général Cargo Services, Sml. I, s. 2421, præmis 20, af 5.2.2004, sag C-157/02, Rieser Internationale Transporte, Sml. I, s. 1477, præmis 24, samt generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i sag C-470/03, AGM-COS.MET, hvori dommen ikke er afsagt, punkt 87.

8 — Jf. også mit forslag til afgørelse i de forenede sager C-282/04 og C-283/04, Kommissionen mod Nederlandene, Alfa Vita Vassilopoulos og Carrefour-Marinopoulos, punkt 24, og mit forslag til afgørelse i de forenede sager C-158/04 og C-159/04, punkt 40 og 41.

forbehold heraf har medlemsstaterne bevaret muligheden for at regulere den erhvervsmæssige virksomhed på deres områder og for at drive virksomhed på det nationale marked [9].

25. Det forhold i sig selv, at et offentligt organ ejer aktier i et selskab, gør det ikke mindre attraktivt at foretage grænseoverskridende investeringer i dette selskab, så længe investorer i andre medlemsstater kan være sikre på, at det pågældende offentlige organ for at opnå det størst mulige investeringsafkast vil overholde de normale regler for aktivitet på markedet. Eftersom offentlige organer på lokalt eller nationalt plan er undergivet regler om et politisk ansvar, har de en naturlig tilbøjelighed til at rette deres adfærd ind efter interesserne hos de personer, der er repræsenteret inden for rammerne af de nævnte regler. Når et offentligt organ ejer aktier, der giver det en privilegeret stilling i forhold til andre aktionærer i relation til dets kontrolbeføjelser i vedkommende selskab, er der følgelig en reel risiko for, at disse beføjelser vil blive brugt til at give selektiv og potentielt diskriminerende adgang til det nationale marked. Dette forklarer efter min mening retspraksis vedrørende golden shares og de grænser, der gælder for staten, når den optræder som en erhvervsdrivende på markedet.

26. Denne retspraksis stiller efter min mening et krav til medlemsstaterne om konsekvens. Medlemsstaterne har efter traktaten ret til at bevare det offentlige ejerskab af visse virksomheder. Men har en medlemsstat besluttet at åbne en bestemt sektor på markedet, skal den handle på en måde, der følger konsekvent af denne beslutning, og fuldt ud respektere principperne om åbenhed og forbud mod forskelsbehandling, der indgår blandt de regler, som skal følges på Fællesskabets indre marked. Sagt på anden måde må medlemsstaterne ikke selektivt begrænse adgangen til markedet for de erhvervsdrivende inden for denne markedssektor. Når der er tale om privatisering af tidligere statsejede virksomheder, er dette krav særligt vigtigt. Hvis staten var berettiget til at opretholde visse former for markedskontrol med privatiserede selskaber, ville den med lethed kunne udelukke anvendelsen af reglerne om den frie bevægelighed ved kun at give en selektiv og potentielt diskriminerende adgang til væsentlige dele af det nationale marked. Sådanne former for kontrol er følgelig egnet til at hæmme investeringer fra andre medlemsstater.

27. Når staten privatiserer en virksomhed, kræver reglerne vedrørende de frie kapitalbevægelser følgelig, at selskabets økonomiske uafhængighed beskyttes, medmindre det er nødvendigt at varetage grundlæggende almene hensyn, der er anerkendt i fællesskabsretten. Enhver form for statslig kontrol med en privatiseret virksomhed, der udøves uden for de normale mekanismer på markedet, skal derfor være knyttet til den effektive gennemførelse af de aktiviteter af generel økonomisk interesse, som er henlagt til denne virksomhed.

9 — Jf. ligeledes mit forslag til afgørelse i de forenede sager C-94/04 og C-202/04, Cipolla m.fl. punkt 58.

28. Milano kommune, AEM og den italienske regering har i det væsentlige anført, at det følger af de almindelige regler i italiensk selskabsret, at private aktionærer i princippet kan opnå de samme særlige rettigheder i en virksomhed, som dem, Milano kommune har i AEM. Hertil må det imidlertid bemærkes, at når det skal fastslås, om den kontrol, som staten udøver inden for et selskab, holder sig inden for grænserne af markedets normale mekanismer, er det ikke tilstrækkeligt blot at fastslå, om private aktionærer teoretisk set kunne opnå lignende former for kontrol, uden at der tages hensyn til de erhvervsmæssige realiteter.

29. I forbindelse med den foreliggende sag må det i øvrigt bemærkes, hvilket den polske regering med føje har understreget, at de særlige beføjelser, som Milano kommune har, udspringer af anvendelsen af bestemmelser i national ret, hvorefter der til fordel for staten eller offentlige organer kan optages bestemmelser om særlige beføjelser i vedtægterne for en privatiseret virksomhed. Kravet om konsekvens er imidlertid ikke overholdt, hvis en medlemsstat vedtager en lovgivning, som skal gøre det muligt for staten eller dennes organer at indtage en privilegeret stilling i relation til kontrollen med en privatiseret virksomhed sammenlignet med de andre aktionærer i denne virksomhed.

30. Det følger heraf, at bestemmelser i national ret, på grundlag af hvilke staten og de offentlige organer kan opnå særlige beføjelser, pr. definition udgør en restriktion for kapitalbevægelserne i henhold til artikel 56 EF. Og dette er ikke blot tilfældet for lovgivningsforanstaltninger, hvorved staten direkte tillægges særlige beføjelser [10], men også for de bestemmelser i national ret, der udelukkende af hensyn til staten giver hjemmel for, at sådanne beføjelser optages i selskabets vedtægter [11]. Anvendelsen af nationale bestemmelser af denne art er en afvigelse fra »en normal anvendelse af selskabsretten« [12], for de sætter staten i en privilegeret stilling i forhold til de andre aktionærer. Under disse omstændigheder er argumentet om, at private aktionærer teoretisk set kunne opnå lignende privilegier i henhold til selskabsrettens almindelige principper, irrelevant [13].

31. Et offentligt organ, der ejer en kapitalandel på 33,4% i et privatiseret selskab, men bevarer beføjelsen til at udpege et absolut flertal af medlemmerne af bestyrelsen, befinder sig klart i en privilegeret stilling i forhold til de andre aktionærer. Som den forelæggende ret med rette har bemærket, er organets beføjelser faktisk endnu videre end dem, det blev tildelt ved det lovdekret, som Domstolen fandt stridende mod artikel 56 EF i sag C-58/99, Kommissionen mod Italien [14].

10 — Jf. Domstolens domme af 4.6.2002, sag C-367/98, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 4731, og sag C-483/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 4781, dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, nævnt ovenfor i fodnote 3, og dom af 4.6.2002, sag C-503/99, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 4809.

11 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, nævnt ovenfor i fodnote 3.

12 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 48.

13 — Jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, nævnt ovenfor i fodnote 3, præmis 48.

14 — Nævnt ovenfor i fodnote 5.

32. Det følger af det anførte, at nationale bestemmelser, som gør det muligt for et offentligt organ at bevare beføjelsen til at udpege et absolut flertal af medlemmerne af bestyrelsen i et selskab, hvori det offentlige organ ejer en minoritetsaktiepost på 33,4%, udgør en restriktion for kapitalbevægelserne i henhold til artikel 56 EF.

III — Forslag til afgørelse

33. I lyset af det ovenfor anførte foreslår jeg Domstolen at give følgende svar på de spørgsmål, der er stillet af Tribunale amministrativo per la Lombardia:

»Artikel 56 EF er til hinder for bestemmelser i national ret, der gør det muligt for et offentligt organ, som ejer en kapitalandel på 33,4% i et privatiseret selskab, at bevare beføjelsen til at udpege et absolut flertal af medlemmerne af bestyrelsen.«