CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. POIARES MADURO
van 7 september 2006 [1]

1. In twee procedures tegen de Comune di Milano (gemeente Milaan), heeft het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (regionaal administratief gerecht voor Lombardije) het Hof een aantal prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van artikel 56 EG. De vragen, die in beide zaken gelijk luiden, betreffen de situatie waarin een openbaar lichaam dat een minderheidsaandeel in een geprivatiseerde onderneming bezit, wat de controle over de onderneming betreft een bevoorrechte positie behoudt ten opzichte van de andere aandeelhouders. De onderneming waarover het hoofdgeding gaat, is AEM SpA (hierna: „AEM"), waarin de Comune di Milano, na verkoop van een gedeelte van haar meerderheidsaandeel, een aandeel van 33,4 % heeft behouden. Zij heeft echter wel de bevoegdheid behouden om de meerderheid van de bestuursleden te benoemen. Volgens de klagers maakt dit inbreuk op artikel 56 EG, zoals uitgelegd door het Hof in de rechtspraak inzake de „golden shares" (bijzondere aandelen).

I — Feiten, bepalingen van nationaal recht en verzoek om een prejudiciële beslissing

2. AEM is in 1996 opgericht door de Comune di Milano. Zij is actief in de sector openbare diensten inzake gas- en elektriciteitsvoorziening. In 1998, toen AEM aan de beurs werd genoteerd, verkocht de gemeente een eerste deel van de aandelen, doch behield zij een aandeel van 51 % in het ondernemingskapitaal.

3. Bij besluit nr. 4/04 van 17 februari 2004 besloot de Comune di Milano haar aandeel in AEM verder te reduceren tot 33,4 %. Zij besloot echter tevens dat aan deze vermindering de voorwaarde was verbonden dat de statuten van de onderneming voordien zouden worden gewijzigd.

4. Bij besluit nr. 5/04 van 8 maart 2004 kwam de Comune di Milano tot de slotsom dat het noodzakelijk was om de statuten van

1 — Oorspronkelijke taal: Portugees.

AEM, gelet op wet nr. 474 van 30 juli 1994 (hierna: „wet nr. 474/1994"), te wijzigen, in het bijzonder met betrekking tot de aanwijzing van de bestuursleden.

5. Artikel 2 van de geconsolideerde tekst van decreetwet nr. 332 van 31 mei 1994, na wijziging omgezet in wet nr. 474/1994, bepaalt voor zover hier van belang:

„1. De voorzitter van de ministerraad [...] legt bij decreet de vennootschappen vast die werkzaam zijn op het gebied van defensie, vervoer, telecommunicatie, energiebronnen en andere openbare diensten, die al dan niet rechtstreeks door de Staat worden gecontroleerd, waarvan de statuten moeten bepalen dat vóór de vaststelling van elke maatregel die tot verlies van controle leidt, daarin bij besluit van een buitengewone vergadering een bepaling moet worden opgenomen die aan de minister van Economie en Financiën één of meer van de volgende bijzondere bevoegdheden verleent, die in samenspraak met de minister van Industrie worden uitgeoefend:

[...]

(d) de benoeming van een bestuurder zonder stemrecht

[...]

3. Dit artikel is eveneens van toepassing op vennootschappen die al dan niet rechtstreeks worden gecontroleerd door openbare lichamen [...] die werkzaam zijn in de sector vervoer en andere openbare diensten, en worden aangewezen bij maatregel van de openbare aandeelhouder, waaraan de in lid 1 bedoelde bijzondere bevoegdheden zijn verleend."

6. Artikel 4, lid 1, bepaalt voor zover hier relevant:

„Ondernemingen [zoals AEM] [...] met statuten die de rechten van de aandeelhouders inperken, nemen in hun statuten een bijzonder voorschrift op, dat niet zal kunnen worden gewijzigd zolang een dergelijke beperking geldt, waarin is bepaald dat bestuurders worden benoemd op basis van een lijstsysteem [...] Ten minste een vijfde van de bestuurders die niet volgens artikel 2, lid 1, sub d, zijn benoemd, wordt op basis van minderheidslijsten benoemd, en indien hun aantal een breukgetal is, wordt dit afgerond op het dichtstbijzijnde hogere gehele getal."

7. Tijdens een buitengewone vergadering op 29 april 2004 hebben de leden van AEM de resoluties aangenomen die voor wijziging van de statuten noodzakelijk waren. Overeenkomstig artikel 4 van wet nr. 474/1994 werd in de nieuwe statuten een bepaling opgenomen over de verkiezing van bestuurders op basis van verkiezing volgens lijsten. In wezen mogen bepaalde aandeelhouders, waaronder de Comune di Milano, lijsten met

kandidaten indienen. In een daarop volgende algemene vergadering mogen alle aandeelhouders vervolgens voor een lijst kiezen. De lijst met de meeste stemmen zal zes tiende van de bestuursleden leveren, terwijl de lijst met op een na de meeste stemmen, vier tiende van de leden zal leveren. Aldus kan de Comune di Milano, die met 33,4 % van de aandelen de grootste minderheidsaandeelhouder is, er steeds van verzekerd zijn dat de lijst met kandidaten die zij heeft ingediend, ten minste voldoende stemmen krijgt om vier tiende van de bestuursleden te leveren.

8. Daarbij komt dat de nieuwe statuten de Comune di Milano het recht gaven om maximaal een kwart van de bestuursleden rechtstreeks te benoemen, overeenkomstig artikel 2449 van het Italiaanse burgerlijk wetboek.

9. Het opschrift van artikel 2449 van het Italiaanse burgerlijk wetboek bepaalt dat dit betrekking heeft op „ondernemingen waarin de staat of overheidsorganen aandelen bezitten". Dit artikel luidt:

„Indien de staat of de overheidsorganen aandelen bezitten in vennootschappen op aandelen, kunnen de statuten hun de bevoegdheid verlenen een of meer bestuurders, accountants of leden van de raad van commissarissen te benoemen.

De overeenkomstig het vorige lid benoemde bestuurders, accountants of leden van de raad van commissarissen, kunnen alleen door de lichamen waardoor zij zijn benoemd uit hun functie worden ontheven.

Zij hebben dezelfde rechten en plichten als degenen die door de onderneming tijdens de algemene vergadering zijn benoemd, behoudens bijzondere wettelijke bepalingen."

10. De verwijzende rechter wijst erop dat de Comune di Milano ten gevolge van de gecombineerde werking van haar recht om maximaal een kwart van de bestuursleden rechtstreeks te benoemen en haar recht om deel te nemen aan de verkiezingen van de bestuurders middels verkiezingen op basis van lijsten, de controle heeft over een absolute meerderheid van de benoemingen van de bestuursleden, hoewel zij een minderheidsaandeelhoudster is. Het bestuur van AEM bestaat uit 7, 8 of 9 leden, en zolang de Comune di Milano haar 33,4 % van de aandelen behoudt, mag zij: vier leden in

een bestuur van zeven leden benoemen (één middels rechtstreekse benoeming); vijf leden in een bestuur van acht (twee middels rechtstreekse benoeming); of vijf leden in een bestuur van negen (twee middels rechtstreekse benoeming). Bovendien is deze invloed op de daadwerkelijke controle op de onderneming in feite permanent. Op grond van haar bezit van 33,4 % van de aandelen, kan de Comune di Milano in de praktijk elk voorstel tot wijziging van de statuten wat de procedure voor de benoeming van bestuurders betreft, tegenhouden.

11. Federconsumatori e.a. (hierna: „Federconsumatori", zaak C-463/04) en de Associazione Azionariato Diffuso dell'AEM e.a. (hierna: „ASAD-AEM", zaak C-464/04) hebben bij het Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia beroep ingesteld tegen de Comune di Milano. In deze beroepen maken zij bezwaar tegen besluiten nrs. 4/04 en 5/04 van de Comune di Milano.

12. Aangezien de verwijzende rechter van oordeel was dat het systeem van benoeming van bestuurders in strijd leek met de rechtspraak van het Hof inzake „golden shares", gelastte hij op 10 juni 2004 als voorlopige maatregel dat de tenuitvoerlegging van besluit nr. 5/04 van de Comune di Milano werd geschorst. Op 10 augustus 2004 heeft de Consiglio di Stato deze schorsing in hogere voorziening nietig verklaard, op grond dat het begrip „aandeel" dat in de rechtspraak van het Hof wordt gebruikt, fundamenteel verschilde van de betrokken bijzondere bevoegdheden, die krachtens het burgerlijk recht werden toegekend.

13. De verwijzende rechter behield twijfels over de verenigbaarheid van artikel 2449 van het Italiaanse burgerlijk wetboek juncto artikel 4 van wet nr. 474/1994 met artikel 56 EG. Bij beschikking van 29 september 2004 heeft hij het Hof van Justitie in beide zaken verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Is artikel 2449 codice civile (Italiaans burgerlijk wetboek), zoals toegepast in de onderhavige zaak, verenigbaar met artikel 56 EG, zoals uitgelegd in de arresten van 23 mei 2000, Commissie/Italië (C-58/99); 4 juni 2002, Commissie/België en Commissie/Frankrijk (C-503/99 en C-483/99), en 13 mei 2003, Commissie/Verenigd Koninkrijk en Commissie/Spanje (C-98/01 en C-463/00), wanneer het wordt aangevoerd door een overheidsorgaan dat weliswaar niet langer de juridische controle heeft over de vennootschap op aandelen, maar nog een aanzienlijk aandelenpakket (in casu 33,4 %) bezit als relatieve meerderheidsaandeelhouder, en daarmee een onevenredige controlebevoegdheid verkrijgt?

2) Is artikel 2449 codice civile, toegepast in samenhang met artikel 4 van decreetwet nr. 332 van 31 mei 1994, omgezet in wet nr. 474 van 30 juli 1994, verenigbaar met artikel 56 EG, zoals uitgelegd in de arresten van 23 mei 2000, Commissie/Italië (C-58/99); 4 juni 2002, Commissie/België en Commissie/Frankrijk (C-503/99 en C-483/99), en 13 mei

2003, Commissie/Verenigd Koninkrijk en Commissie/Spanje (C-98/01 en C-463/00), wanneer het wordt aangevoerd door een overheidsorgaan dat weliswaar niet langer de juridische controle heeft over de vennootschap op aandelen, maar nog een aanzienlijk aandelenpakket (in casu 33,4 %) bezit als relatieve meerderheidsaandeelhouder, en daarmee een onevenredige controlebevoegdheid verkrijgt?

3) Is artikel 2449 codice civile verenigbaar met artikel 56 EG, zoals uitgelegd in de arresten van 23 mei 2000, Commissie/Italië (C-58/99); 4 juni 2002, Commissie/België en Commissie/Frankrijk (C-503/99 en C-483/99), en 13 mei 2003, Commissie/Verenigd Koninkrijk en Commissie/Spanje (C-98/01 en C-463/00), voor zover het, wanneer het in concreto wordt toegepast, een resultaat oplevert dat in strijd is met een andere bepaling van nationaal recht (met name met artikel 2, lid 1, sub d, van decreetwet nr. 332 van 31 mei 1994, omgezet in wet nr. 474 van 31 mei 1994), die zelf strookt met artikel 56 EG en in elk geval met betrekking tot de uitoefenings- en toepassingsvoorwaarden de beginselen weergeeft die in voormelde arresten van het Hof van Justitie inzake bijzondere bevoegdheden zijn geformuleerd?"

14. Federconsumatori, ASAD-AEM, de Comune di Milano, de Italiaanse regering, de Poolse regering en de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend bij het Hof. Op 29 juni 2006 heeft het Hof ter terechtzitting de mondelinge argumenten van Federconsumatori, ASAD-AEM, de Comune di Milano, AEM en de Commissie gehoord.

II — Beoordeling

15. De verwijzende rechter verzoekt het Hof van Justitie in wezen om bepalingen van nationaal recht te toetsen om na te gaan of zij verenigbaar zijn met artikel 56 EG. Het staat evenwel niet aan het Hof om zich in het kader van een procedure krachtens artikel 234 EG uit te spreken over de verenigbaarheid van nationale bepalingen met het gemeenschapsrecht. De rol van het Hof is beperkt tot het verschaffen van uitleggingsgegevens met betrekking tot het gemeenschapsrecht die de nationale rechter in staat stellen zich hierover uit te spreken. [2] Ik stel derhalve voor de vragen van de nationale rechter te herformuleren. Mijns inziens kan het Hof de verwijzende rechter een nuttig antwoord geven indien de vraag als volgt zou zijn geformuleerd:

„Verzet artikel 56 EG zich tegen nationale voorschriften op grond waarvan een open-

2 — Zie bijvoorbeeld arresten van 30 april 1986, Asjes e.a. (209/84–213/84, Jurispr. blz. 1425, punt 12), en 9 september 2003, Jaeger (C-151/02, Jurispr. blz. I-8389, punt 43).

baar orgaan dat minderheidsaandeelhouder (33,4 %) is in een geprivatiseerde onderneming, de bevoegdheid mag behouden om een absolute meerderheid van de bestuursleden te benoemen?"

16. Volgens de Comune di Milano is artikel 56 EG niet van toepassing omdat het systeem van benoeming van de bestuurders van AEM voortvloeit uit bepalingen in de statuten van de onderneming die waren vastgesteld onder normale toepassing van het vennootschapsrecht. De Comune di Milano betoogt dat de benoemingsbevoegdheden noch uit een wettelijke maatregel noch uit enige andere uitoefening van staatsgezag voortkomen. In dit verband beklemtoont de Comune di Milano dat de toepassing van artikel 2449 van het Italiaanse burgerlijk wetboek niet verplicht is, maar integendeel voortvloeit uit een vrijwillige beslissing van de aandeelhouders tijdens de algemene aandeelhoudersvergadering, waarbij het openbare lichaam handelt in de hoedanigheid van gewone aandeelhouder. De invoering van bijzondere bevoegdheden in de statuten vormt dus geen uitoefening van ius imperii (overheidsprerogatief).

17. In dezelfde zin betoogt ook de Italiaanse regering dat het begrip „golden shares" (bijzondere aandelen) situaties betreft waarin de staat of een openbaar lichaam, in het kader van de privatisering van een voormalig staatsbedrijf, middels wetgeving of een gelijkwaardige administratieve handeling bijzondere rechten verkrijgt die sterker zijn dan die welke de wet normalerwijze aan aandeelhouders toekent. Volgens de Italiaanse regering is artikel 2449 van het Italiaanse burgerlijk wetboek in overeenstemming met de algemene voorschriften van het Italiaanse vennootschapsrecht. Ingevolge deze voorschriften is de benoeming van een meerderheid van de bestuurders door een minderheidsaandeelhouder geenszins onaanvaardbaar. Het Italiaanse vennootschapsrecht vereist niet dat het recht van de aandeelhouder om bestuurders te benoemen in beginsel evenredig is aan de omvang van zijn aandelenpakket.

18. Met deze argumenten worden in wezen drie vraagstukken opgeworpen. Het eerste is of van belang is dat de betrokken benoemingsbevoegdheden althans gedeeltelijk op een bepaling van privaatrecht berusten. Het tweede is of artikel 56 EG ratione personae van toepassing is op openbare lichamen wanneer zij niet als overheid handelen. Het derde vraagstuk betreft de vraag welke rechten, indien zij zijn toegekend aan een openbaar lichaam in de rol van aandeelhouder in een onderneming, „investeerders uit andere lidstaten ervan [kunnen] weerhouden in die [onderneming] te investeren". [3] Ik zal al deze vraagstukken achtereenvolgens behandelen.

19. Mijns inziens sluit het feit dat de benoemingsbevoegdheden van de Comune di Milano op een privaatrechtelijk voorschrift zijn gebaseerd, toepassing van artikel 56 EG niet uit. In dit verband dient te

3 — Arresten van 13 mei 2003, Commissie/Spanje (C-463/00, Jurispr. blz. I-4581, punt 61) en Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-98/01, Jurispr. blz. I-4641, punt 47).

worden opgemerkt dat om uit te maken of het vrije kapitaalverkeer wordt beperkt wanneer de staat bijzondere bevoegdheden in een onderneming geniet, het niet van belang is hoe die bevoegdheden zijn verleend of welke rechtsvorm zij hebben. Het feit dat een lidstaat in het kader van zijn nationale vennootschapsrecht handelt, betekent niet dat zijn bijzondere bevoegdheden geen beperking in de zin van artikel 56 EG kunnen vormen. [4] Anders zouden de lidstaten zich gemakkelijk aan de toepassing van artikel 56 EG kunnen onttrekken door hun positie van aandeelhouder te gebruiken om binnen het kader van hun privaatrecht te bereiken wat zij anders met gebruikmaking van hun regelingsbevoegdheden zouden hebben bereikt.

20. Het onderhavige geval vormt hiervan een voorbeeld. Uit het dossier blijkt dat de Comune di Milano aanvankelijk had voorgesteld dat de statuten haar een bijzondere bevoegdheid zouden verlenen om een kwart van de bestuursleden rechtstreeks te benoemen krachtens artikel 2, lid 1, sub d, van wet nr. 474/1994. Oorspronkelijk bood deze bepaling een rechtsgrondslag om aan openbare lichamen een bijzondere bevoegdheid te verlenen om minimaal één of meer bestuurders te benoemen. Artikel 2 van wet nr. 474/1994 was in de oorspronkelijke versie daarvan aan de orde in het arrest Commissie/Italië. [5] Het Hof heeft daarin geoordeeld dat Italië met de vaststelling van deze bepaling inbreuk had gemaakt op artikel 56 EG. Nadien is deze wet gewijzigd, in het bijzonder met betrekking tot de speciale bevoegdheden als bedoeld in artikel 2. Desalniettemin voerde de Comune di Milano bij besluit 5/04 van 8 maart 2004 in feite dezelfde benoemingsbevoegdheid in, maar nu op basis van artikel 2449 van het Italiaanse burgerlijk wetboek. Ongeacht de motieven van de Comune di Milano om een andere rechtsgrondslag te kiezen, is duidelijk dat het voor de lidstaten niet moeilijk zou zijn om de beperkingen van artikel 56 EG te omzeilen indien deze bepaling niet zou gelden voor situaties die onder het privaatrecht vallen.

21. Het tweede vraagstuk is of een openbaar lichaam binnen de personele werkingssfeer van artikel 56 EG valt, indien zijn handelingen, ongeacht hun juridische vorm, privaatrechtelijk van aard zijn en dus niet worden verricht met gebruikmaking van de overheidsbevoegdheden van de staat. Meer algemeen gesteld luidt de vraag of de lidstaten verplicht zijn om de verdragsbepalingen inzake vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal te eerbiedigen wanneer zij niet als overheid handelen.

22. Naar mijn mening is dit zo. Lidstaten zijn onderworpen aan de regels betreffende het vrije verkeer, die duidelijk op hen van toepassing zijn, niet in hun hoedanigheid van overheid, maar in hun hoedanigheid van ondertekenaars van het Verdrag. [6] Daaruit volgt dat de bepalingen inzake het vrije

4 — Zie in die zin conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer bij de reeds aangehaalde arresten Commissie/Spanje en Commissie/Verenigd Koninkrijk, punt 48. Zie tevens mijn conclusie in de gevoegde zaken C-282/04 en C-283/04, Commissie/Nederland, thans aanhangig bij het Hof, punt 23.

5 — Arrest van 23 mei 2000 (C-58/99, Jurispr. blz. I-3811).

6 — Zie naar analogie arresten van 26 februari 1986, Marshall (152/84, Jurispr. blz. 723, punt 49) en 12 juli 1990, Foster e.a. (C-188/89, Jurispr. blz. I-3313, punt 17).

verkeer verplichtingen op de overheden van de lidstaten leggen, ongeacht of zij in hun hoedanigheid van overheid of als particulier lichaam handelen. Elk lichaam via hetwelk de staat handelt, valt immers binnen de personele werkingssfeer van de bepalingen inzake het vrije verkeer. [7] In beginsel kan een openbaar lichaam zoals de Comune di Milano zich dus niet met een beroep op het argument dat zijn handelingen in wezen privaatrechtelijk van aard zijn, aan de toepassing van de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer onttrekken.

23. Toch is de vraag of een openbaar lichaam zich in dezelfde positie bevindt en op dezelfde wijze handelt als een particuliere aandeelhouder, wel relevant voor de bepaling van de materiële werkingssfeer van artikel 56 EG. Het is een factor bij de bepaling welke rechten, indien een openbaar lichaam in de rol van aandeelhouder in een onderneming deze rechten geniet, geacht kunnen worden een belemmering te vormen voor investeringen uit andere lidstaten.

24. Net als bij de andere vrijheden, is het het doel van het beginsel van het vrije kapitaalverkeer om het openstellen van de nationale markten te bevorderen door investeerders en ondernemingen die kapitaal zoeken, de mogelijkheid te bieden volledig de voordelen van de interne markt van de Gemeenschap te genieten. Om dat doel te bereiken wordt van de lidstaten vereist dat zij rekening houden met de gevolgen van hun handelingen voor in andere lidstaten gevestigde investeerders die hun recht op vrij kapitaalverkeer willen uitoefenen. In deze context verbiedt artikel 56 EG niet alleen discriminatie op grond van nationaliteit maar tevens discriminatie waardoor voor de uitoefening van een grensoverschrijdende activiteit bijkomende kosten ontstaan of de toegang tot de nationale markt voor in andere lidstaten gevestigde investeerders wordt belemmerd, omdat die discriminatie meebrengt dat de positie van bepaalde reeds op de markt aanwezige marktdeelnemers wordt beschermd dan wel omdat de discriminatie intracommunautaire handel moeilijker maakt dan binnenlandse handel. [8] Elke nationale maatregel die ertoe leidt dat grensoverschrijdende situaties minder gunstig worden behandeld dan zuiver nationale situaties, vormt een beperking van het vrije verkeer. Met dit voorbehoud blijven de lidstaten vrij om economische activiteiten op hun grondgebieden te reguleren en om

7 — Zie in die zin arrest van 13 december 1983, Apple & Pear Development Council (222/82, Jurispr. blz. 4083, punt 17). Wanneer een particulier lichaam wordt belast met de uitvoering van een openbare dienst, kan ervan uit worden gegaan dat de staat via dat lichaam handelt en dat het derhalve de regels inzake het vrije verkeer moet eerbiedigen; zie bijvoorbeeld arresten van 18 mei 1989, Association of Pharmaceutical Importers (266/87 en 267/87, Jurispr. blz. 1295, punten 13-16); 11 augustus 1995, Dubois en Général cargo services (C-16/94, Jurispr. blz. I-2421, punt 20); 5 februari 2004, Rieser Internationale Transporte (C-157/02, Jurispr. blz. I-1477, punt 24), en conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak AGM-COS.MET (C-470/03, thans aanhangig bij het Hof, punt 87).

8 — Zie tevens mijn conclusies in de gevoegde zaken Commissie/Nederland, reeds aangehaald, punt 24, en Alfa Vita Vassilopoulos en Carrefour-Marinopoulos (C-158/04 en C-159/04, nog aanhangig bij het Hof), punten 40 en 41.

als marktdeelnemer op de nationale markt actief te zijn. [9]

25. Het loutere feit dat een openbaar lichaam aandelen bezit in een onderneming doet niet af aan de aantrekkelijkheid van grensoverschrijdende investeringen in die onderneming, zolang de investeerders in andere lidstaten ervan verzekerd kunnen zijn dat het betrokken openbare lichaam, met het oog op het maximaliseren van de opbrengst uit de investering, de normale voor marktdeelname geldende regels zal eerbiedigen. Aangezien openbare lichamen echter onderworpen zijn aan plaatselijke of nationale mechanismen van politieke verantwoordelijkheid, zijn zij er van nature toe geneigd hun handelwijze aan te passen aan de belangen van degenen die in het kader van deze mechanismen worden vertegenwoordigd. Wanneer een openbaar lichaam aandelen bezit die hem een bevoorrechte positie geven ten opzichte van andere aandeelhouders, wat zijn controlebevoegdheden over de onderneming betreft, bestaat er dus een reëel gevaar dat deze bevoegdheden zullen worden gebruikt om op selectieve en eventueel discriminerende wijze toegang te geven tot de nationale markt. Dit verklaart mijns inziens de rechtspraak over de „golden shares" en de aan de staat opgelegde beperkingen wanneer hij als marktdeelnemer handelt.

26. Ik ben van mening dat met deze rechtspraak van de lidstaten wordt vereist dat zij consistent handelen. Het Verdrag geeft de lidstaten het recht de overheidseigendom van bepaalde ondernemingen te behouden. Zodra een lidstaat echter besluit een bepaalde marktsector open te stellen, moet hij in overeenstemming met die beslissing handelen en de beginselen van openheid en non-discriminatie, die deel uitmaken van de beginselen die voor de interne gemeenschapsmarkt gelden, volledig eerbiedigen. Staten mogen, met andere woorden, de toegang van marktdeelnemers tot die sector niet selectief beperken. In het geval van privatisering van voormalige staatsondernemingen is dit vereiste bijzonder belangrijk. Zou de staat speciale vormen van marktcontrole over geprivatiseerde ondernemingen mogen behouden, dan zou hij gemakkelijk de toepassing van de regels inzake vrij verkeer kunnen dwarsbomen door enkel een selectieve en potentieel discriminerende toegang tot wezenlijke delen van de nationale markt te verlenen. Dergelijke vormen van controle kunnen dus een belemmering vormen voor investeringen uit andere lidstaten.

27. Wanneer de staat een onderneming privatiseert, gebieden derhalve de regels van het vrije kapitaalverkeer dat de economische onafhankelijkheid van de onderneming wordt beschermd, tenzij een noodzaak bestaat om door het gemeenschapsrecht erkende fundamentele openbare belangen te beschermen. Elke staatscontrole over een geprivatiseerde onderneming, buiten de gewone marktwerking, dient derhalve verband te houden met de uitoefening van de met die onderneming verbonden activiteiten van algemeen economisch belang.

9 — Zie tevens mijn conclusie in de zaak Cipolla (C-94/04 en C-202/04, thans aanhangig bij het Hof, punt 58).

28. De Comune di Milano, AEM, en de Italiaanse regering staan in wezen op het standpunt dat particuliere aandeelhouders volgens het Italiaanse algemene vennootschapsrecht, in beginsel dezelfde bijzondere rechten in een onderneming kunnen verkrijgen als die welke de Comune di Milano in AEM heeft. Om te bepalen of staatscontrole op een onderneming binnen de grenzen van het normale marktmechanisme blijft, volstaat het echter niet dat eenvoudigweg wordt bepaald of de particuliere aandeelhouders in theorie dezelfde vorm van controle zouden kunnen verkrijgen, zonder rekening te houden met de economische realiteit.

29. Bovendien moet in de context van het onderhavige geval worden opgemerkt dat, zoals de Poolse regering terecht heeft beklemtoond, de bijzondere bevoegdheden van de Comune di Milano voortvloeien uit de toepassing van bepalingen van nationaal recht die specifiek ten gunste van de staat of openbare lichamen toestaan dat in de statuten van een geprivatiseerde onderneming bijzondere bevoegdheden worden opgenomen. Het vereiste van consistentie is echter geschonden wanneer een lidstaat een regeling vaststelt om de staat of zijn organen in staat te stellen om ten opzichte van de andere aandeelhouders van een geprivatiseerde onderneming een bevoorrechte positie in te nemen wat de controle over die onderneming betreft.

30. Bijgevolg leveren bepalingen van nationaal recht waaraan de staat en openbare lichamen bijzondere bevoegdheden kunnen ontlenen, per definitie een beperking van het kapitaalverkeer in de zin van artikel 56 EG op. Dit geldt niet alleen voor wettelijke maatregelen waarbij bijzondere bevoegdheden rechtstreeks aan de staat worden verleend [10], maar ook voor nationale voorschriften die specifiek ten gunste van de staat toestaan dat dergelijke bevoegdheden in de statuten van de onderneming worden opgenomen. [11] De toepassing van dat soort nationale voorschriften vormt een afwijking van „de normale toepassing van het vennootschapsrecht" [12], omdat de staat daardoor in een bevoorrechte positie ten opzichte van andere aandeelhouders wordt geplaatst. In die omstandigheden kan het argument dat particuliere aandeelhouders, in theorie, krachtens het algemene vennootschapsrecht vergelijkbare voorrechten zouden kunnen verkrijgen, niet slagen. [13]

31. Een openbaar lichaam dat 33,4 % van de aandelen in een geprivatiseerde onderneming bezit, maar dat de bevoegdheid behoudt om een absolute meerderheid van de bestuursleden te benoemen, bevindt zich duidelijk in een bevoorrechte positie ten opzichte van andere aandeelhouders. Zoals de verwijzende rechter terecht opmerkt, gaan deze bevoegdheden in feite zelfs nog verder dan die welke aan dat lichaam zijn toegekend bij de decreetwet die, volgens het Hof in het arrest Commissie/Italië [14], een schending van artikel 56 EG vormde.

10 — Zie arresten van 4 juni 2002, Commissie/Portugal (C-367/98, Jurispr. blz. I-4731), en Commissie/Frankrijk (C-483/99, Jurispr. blz. I-4781); arrest Commissie/Spanje, aangehaald in voetnoot 3, en arrest van 4 juni 2002, Commissie/België (C-503/99, Jurispr. blz. I-4809).

11 — Zie arrest Commissie/Verenigd Koninkrijk, aangehaald in voetnoot 3.

12 — Ibidem, punt 48.

13 — Ibidem.

14 — Aangehaald in voetnoot 5.

32. Daaruit volgt dat nationale voorschriften die een openbaar lichaam in staat stellen de bevoegdheid te behouden om de absolute meerderheid van de bestuursleden te benoemen in een onderneming waarin het een minderheidsaandeel van 33,4 % bezit, een beperking van het kapitaalverkeer in de zin van artikel 56 EG vormen.

III — Conclusie

33. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging, de vragen van het Tribunale amministrativo per la Lombardia als volgt te beantwoorden:

„Artikel 56 EG verzet zich tegen nationale voorschriften die een openbaar lichaam dat 33,4 % van de aandelen in een geprivatiseerde onderneming bezit, in staat stellen de bevoegdheid te behouden om een absolute meerderheid van de leden van de raad van bestuur te benoemen."