FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT M. POIARES MADURO

föredraget den 7 september 2006 [1]

1. Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (regional förvaltningsdomstol i Lombardiet) har i två mål mot Comune di Milano (kommunen Milano) hänskjutit ett antal frågor till domstolen avseende tolkningen av artikel 56 EG. Frågorna, som är identiska i båda målen, gäller den situationen då ett offentligt organ, som har behållit en minoritetsandel i ett privatiserat bolag, har kvar sin privilegierade ställning i förhållande till övriga aktieägare när det gäller kontrollen av bolaget i fråga. Det bolag som det rör sig om i målen vid den nationella domstolen är AEM, i vilket Comune di Milano, efter att ha sålt en del av sin majoritetsandel, har behållit ett aktieinnehav på 33,4 procent. Kommunen har emellertid kvar sin befogenhet att utse en majoritet av styrelseledamöterna. Enligt klagandena strider detta mot artikel 56 EG, såsom den tolkats i domstolens rättspraxis om så kallade gyllene aktier.

I — Bakgrund, nationell lagstiftning och begäran om förhandsavgörande

2. AEM bildades av Comune di Milano år 1996. Det är verksamt inom den offentliga tjänstesektorn som leverantör av gas och el. År 1998, när AEM börsnoterades, sålde kommunen en första aktiepost, men behöll ett aktieinnehav motsvarande 51 procent av bolagets kapital.

3. Genom beslut nr 4/04 av den 17 februari 2004 beslutade Comune di Milano att ytterligare minska sitt aktieinnehav i AEM till 33,4 procent. Kommunen beslutade emellertid också att minskningen skulle ske endast på villkor att bolagsordningen först ändrades.

4. Genom beslut nr 5/04 av den 8 mars 2004 slog Comune di Milano fast att det med beaktande av lag nr 474/1994 var nödvändigt

1 — Originalspråk: portugisiska.

att ändra AEM:s bolagsordning, särskilt när det gäller utnämningen av styrelseledamöter.

5. Artikel 2 i den konsoliderade versionen av lagdekret nr 332 av den 31 maj 1994, som efter ändring omvandlades till lag nr 474 av den 30 juli 1994 (nedan kallad lag nr 474/1994), har i relevanta delar följande lydelse:

"1. Ordföranden i ministerrådet skall ... genom dekret ange de bolag, verksamma inom försvars-, transport-, telekommunikations- och energisektorerna eller andra offentliga tjänstesektorer och som direkt eller indirekt står under statlig kontroll, i vars bolagsordning det skall anges att innan en åtgärd vidtas som leder till förlust av kontroll skall, genom beslut vid en extra bolagsstämma, en bestämmelse införas som ger ekonomi- och finansministern en eller flera av följande särskilda befogenheter, vilka skall utövas i samråd med ministern för produktiv verksamhet:

...

d) Utse en styrelseledamot utan rösträtt.

...

3. Bestämmelserna i denna artikel är även tillämpliga på de bolag, verksamma inom transportsektorn eller andra offentliga tjänstesektorer, som direkt eller indirekt kontrolleras av offentliga organ ... och som angetts genom beslut av det offentliga organ som innehar aktier i bolaget i fråga och som har rätt att utöva de befogenheter som anges i punkt 1."

6. Artikel 4.1 har i relevanta delar följande lydelse:

"Bolag [såsom AEM] ..., som har en bolagsordning som begränsar aktieägarnas rättigheter, skall i bolagsordningen införa en särskild bestämmelse som inte kan ändras så länge begränsningen i fråga är i kraft och som anger att styrelseledamöter skall utses på grundval av ett system med listor ... Minst en femtedel av de styrelseledamöter som inte utses enligt artikel 2.1 d skall utses från minoritetslistor, och om antalet inte utgör ett heltal skall det avrundas uppåt till närmaste heltal."

7. Vid en extra bolagsstämma den 29 april 2004 antog AEM:s aktieägare de beslut som krävdes för att ändra bolagsordningen. I enlighet med artikel 4 i lag nr 474/1994 innehöll den nya bolagsordningen en be-

stämmelse om val av styrelseledamöter på grundval av listor. I huvudsak innebär detta att vissa aktieägare, däribland Comune di Milano, får föreslå listor med kandidater. Därefter får alla aktieägare rösta på en lista vid en senare bolagsstämma. Sex tiondelar av styrelseledamöterna tas från den lista som fått flest röster, medan fyra tiondelar tas från den lista som fått näst flest röster. Med 33,4 procent av aktierna kan Comune di Milano, som är den största minoritetsaktieägaren, således alltid vara säker på att den lista med kandidater som den föreslår får så många röster att åtminstone fyra tiondelar av styrelseledamöterna tas från den listan.

8. Den nya bolagsordningen ger dessutom Comune di Milano rätt att direkt utse upp till en fjärdedel av styrelseledamöterna i enlighet med artikel 2449 i den italienska civillagen.

9. I rubriken till artikel 2449 i den italienska civillagen anges att den gäller "bolag i vilka staten eller offentliga organ innehar aktier". Artikeln har följande lydelse:

"Om staten eller ett offentligt organ innehar aktier i ett aktiebolag, kan de i bolagsordningen ges befogenhet att utse en eller flera styrelseledamöter, revisorer eller styrelseledamöter med tillsynsfunktion.

De styrelseledamöter, revisorer eller styrelseledamöter med tillsynsfunktion som utses i enlighet med föregående punkt kan endast avsättas av de organ som har utsett dem.

De skall ha samma rättigheter och skyldigheter som de personer som utses av bolaget vid en bolagsstämma. Bestämmelser i speciallagstiftning skall vara tillämpliga."

10. Den hänskjutande domstolen har påpekat att till följd av den kombinerade verkan av rätten att direkt utse upp till en fjärdedel av styrelseledamöterna och rätten att delta i valet av styrelseledamöter genom omröstning på grundval av listor kan Comune di Milano kontrollera en absolut majoritet av utnämningarna till styrelseplatserna, trots att den innehar en minoritetsandel av aktierna. AEM:s styrelse består av sju, åtta eller nio ledamöter och så länge Comune di Milano har kvar sitt aktieinnehav på 33,4 procent har den rätt att utse fyra ledamöter i en styrelse på sju (varav en genom direkt utnämning), fem ledamöter i en styrelse på åtta (varav två genom direkt utnämning) eller fem ledamö-

ter i en styrelse på nio (varav två genom direkt utnämning). Dessutom är detta inflytande över den faktiska kontrollen av bolaget permanent. Genom sitt aktieinnehav på 33,4 procent kan Comune di Milano i praktiken lägga in sitt veto mot varje förslag om ändring av bolagsordningens bestämmelser om förfarandet för utnämning av styrelseledamöter.

11. Federconsumatori m.fl. (nedan kallat Federconsumatori, mål C-463/04) och Associazione Azionariato Diffuso dell'AEM (nedan kallat ASAD-AEM, mål C-464/04) har väckt talan vid Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia mot Comune di Milanos beslut nr 4/04 och nr 5/04.

12. Den hänskjutande domstolen, som ansåg att systemet för utnämning av styrelsemedlemmar föreföll strida mot domstolens rättspraxis om så kallade gyllene aktier, beslutade som en interimistisk åtgärd den 10 juni 2004 om uppskov med verkställigheten av Comune di Milanos beslut nr 5/04. Efter överklagande till Consiglio di Stato (högsta förvaltningsdomstolen) upphävdes beslutet om uppskov med verkställigheten den 10 augusti 2004 med motiveringen att begreppet "aktie" som det används i domstolens rättspraxis i grunden skiljer sig från de särskilda befogenheterna i fråga, vilka har beviljats på grundval av civilrätten.

13. Den hänskjutande domstolen var ändå osäker på huruvida den kombinerade tillämpningen av artikel 2449 i den italienska civillagen och artikel 4 i lag nr 474/1994 var förenlig med artikel 56 EG. Genom beslut av den 29 september 2004 hänsköt den i båda målen följande tolkningsfrågor till domstolen:

"1. Kan artikel 2449 i den italienska civillagen, såsom den tillämpats i förevarande fall, anses vara förenlig med artikel 56 EG, såsom den tolkats i dom av den 23 maj 2000 i mål C-58/99, av den 4 juni 2002 i mål C-503/99 och i mål C-483/99 och av den 13 maj 2003 i mål C-98/01 och i mål C-463/00, när den åberopas av ett offentligt organ — som har förlorat den rättsliga kontrollen över ett aktiebolag i vilket det är delägare, men ännu innehar en betydande andel av bolaget (i förevarande fall 33,4 procent) och således är delägare med en relativ aktiemajoritet — och organet härigenom erhåller kontrollbefogenheter som inte står i proportion till ägarandelen?

2. Skall artikel 2449 i den italienska civillagen, när den tillämpas i förening med artikel 4 i lagdekret nr 332 av den 31 maj 1994, omvandlad till lag nr 474 av den 30 juli 1994, anses vara förenlig med artikel 56 EG, såsom den tolkats i EG-domstolens dom av den 23 maj 2000 i mål C-58/99, av den 4 juni 2002 i mål C-503/99 och i mål C-483/99 och

av den 13 maj 2003 i mål C-98/01 och i mål C-463/00, när den åberopas av ett offentligt organ — som har förlorat den rättsliga kontrollen över ett aktiebolag i vilket det är delägare, men ännu innehar en betydande andel av bolaget (i förevarande fall 33,4 procent) och således är delägare med en relativ aktiemajoritet — och organet härigenom erhåller kontrollbefogenheter som inte står i proportion till ägarandelen?

3. Skall artikel 2449 i den italienska civillagen anses vara förenlig med artikel 56 EG, såsom den tolkats i EG-domstolens dom av den 23 maj 2000 i mål C-58/99, av den 4 juni 2002 i mål C-503/99 och i mål C-483/99 och av den 13 maj 2003 i mål C-98/01 och i mål C-463/00, när den vid tillämpning i ett konkret fall leder till ett resultat som står i strid med en annan bestämmelse i nationell lag (nämligen artikel 2.1 d i lagdekret nr 332 av den 31 maj 1994, omvandlad till lag nr 474 av den 30 juli 1994), som i sin tur är förenlig med artikel 56 EG, och som, med avseende på villkoren för utövande och beviljande av särskilda befogenheter, återger de principer som fastslagits på detta område i EG-domstolens ovannämnda domar?"

14. Federconsumatori, ASAD-AEM, Comune di Milano, den italienska regeringen, den polska regeringen och kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden till domstolen. Federconsumatori, ASAD-AEM, Comune di Milano, AEM och kommissionen yttrade sig muntligen vid förhandlingen den 29 juni 2006.

II — Bedömning

15. Den hänskjutande domstolen har i huvudsak begärt att domstolen skall granska bestämmelser i nationell rätt för att avgöra huruvida de är förenliga med artikel 56 EG. I ett förfarande enligt artikel 234 EG ankommer det emellertid inte på domstolen att avgöra huruvida nationella bestämmelser är förenliga med gemenskapsrätten. Domstolens roll inskränker sig till att ge en tolkning av gemenskapsrätten så att den nationella domstolen kan avgöra detta. [2] Jag föreslår därför att den nationella domstolens frågor formuleras om. Enligt min åsikt kan domstolen ge den hänskjutande domstolen ett användbart svar, om frågan formuleras på följande sätt:

"Utgör artikel 56 EG hinder för nationella bestämmelser som gör det möjligt för ett

2 — Se till exempel dom av den 30 april 1986 i de förenade målen 209/84–213/84, Asjes m.fl. (REG 1986, s. 1425; svensk specialutgåva, volym 8, s. 549), punkt 12, och av den 9 september 2003 i mål C-151/02, Jaeger (REG 2003, s. I-8389), punkt 43.

offentligt organ som har behållit en minoritetsandel (33,4 procent) i ett privatiserat bolag att ha kvar befogenheten att utse en absolut majoritet av styrelseledamöterna?"

16. Comune di Milano anser att artikel 56 EG inte är tillämplig, eftersom systemet för utnämning av styrelseledamöter i AEM grundar sig på bestämmelser i bolagsordningen, som har antagits genom normal tillämpning av bolagsrätten. Comune di Milano har hävdat att utnämningsbefogenheterna varken grundar sig på en lagstiftningsåtgärd eller på någon annan form av myndighetsutövning. Comune di Milano har i detta sammanhang betonat att tillämpningen av artikel 2449 i den italienska civillagen inte är obligatorisk, utan följer av ett frivilligt beslut fattat av bolagsstämman, vid vilken det offentliga organet i fråga deltar som vanlig aktieägare. Införandet av särskilda befogenheter i bolagsordningen utgör därför inte ett utövande av *ius imperii*.

17. Den italienska regeringen har på liknande sätt hävdat att begreppet "gyllene aktier" avser situationer där staten eller ett offentligt organ, i samband med privatisering av ett tidigare statligt ägt bolag, genom en lagstiftningsåtgärd eller ett likvärdigt förvaltningsbeslut erhåller särskilda rättigheter som är starkare än dem som lagen i allmänhet medger för aktieägare. Enligt den italienska regeringen är artikel 2449 i den italienska civillagen förenlig med de allmänna bestämmelserna i italiensk bolagsrätt. Enligt dessa bestämmelser är det inte på något sätt oacceptabelt att en minoritetsaktieägare utser en majoritet av styrelseledamöterna. Enligt italiensk bolagsrätt krävs det inte som princip att en aktieägares rätt att utse styrelseledamöter skall stå i proportion till aktieinnehavets relativa storlek.

18. Dessa argument belyser i huvudsak tre bakomliggande frågor. Den första gäller huruvida det är av betydelse att utnämningsbefogenheterna i fråga åtminstone delvis grundar sig på en bestämmelse i civilrätten. Den andra gäller huruvida offentliga organ ingår i den personkrets på vilken artikel 56 EG är tillämplig (*ratione personae*) när de inte utövar myndighetsutövning. Den tredje frågan gäller vilka rättigheter som, när de innehas av ett offentligt organ i dess egenskap av aktieägare i ett bolag, kan "medföra att investerare i andra medlemsstater avstår från att göra [investeringar i det bolaget]". [3] Jag kommer att diskutera dessa frågor i tur och ordning.

19. Tillämpningen av artikel 56 EG hindras enligt min åsikt inte av det faktum att Comune di Milanos utnämningsbefogenheter grundar sig på en civilrättslig bestämmelse. I detta hänseende bör det påpe-

3 — Dom av den 13 maj 2003 i mål C-98/01, kommissionen mot Förenade kungariket (REG 2003, s. I-4641), punkt 47, och av den 13 maj 2003 i mål C-463/00, kommissionen mot Spanien (REG 2003, s. I-4581), punkt 61.

kas att det, när det gäller att avgöra huruvida den fria rörligheten för kapital begränsas när staten åtnjuter särskilda befogenheter i ett företag, är oväsentligt hur dessa befogenheter beviljas eller vilken juridisk form de har. Det faktum att en medlemsstat agerar inom ramen för sin nationella bolagsrätt innebär inte att dess särskilda befogenheter inte kan utgöra en begränsning i den mening som avses i artikel 56 EG. [4] I annat fall skulle medlemsstaterna enkelt kunna undkomma tillämpningen av artikel 56 EG genom att använda sin ställning som aktieägare för att inom ramen för den nationella civilrätten uppnå vad de annars skulle ha kunnat uppnå genom att använda sina lagstiftande befogenheter.

20. Förevarande mål är ett exempel på detta. Av handlingarna framgår det att Comune di Milano först föreslog att bolagsordningen skulle ge kommunen särskild befogenhet att direkt utse en fjärdedel av styrelseledamöterna i enlighet med artikel 2 d i lag nr 474/1994. Denna bestämmelse utgjorde ursprungligen den rättsliga grunden för att bevilja offentliga organ särskild befogenhet att utse minst en eller flera styrelseledamöter. Artikel 2 i lag nr 474/1994, i dess ursprungliga lydelse, behandlades i domen i mål C-58/99, kommissionen mot Italien. [5] Domstolen slog fast att Italien genom att anta denna bestämmelse hade åsidosatt artikel 56 EG. Lagen ändrades därefter, särskilt avseende de särskilda befogenheter som föreskrivs i artikel 2. Icke desto mindre införde Comune di Milano, genom beslut 5/04 av den 8 mars 2004, praktiskt taget samma utnämningsbefogenhet, om än på grundval av artikel 2449 i den italienska civillagen. Oberoende av vilka motiv Comune di Milano hade för att ändra sitt val av rättslig grund, är det uppenbart att det inte skulle vara svårt för medlemsstaterna att undkomma de begränsningar som åläggs genom artikel 56 EG om denna inte bedömdes vara tillämplig på situationer som regleras av civilrätten.

21. Den andra frågan gäller huruvida ett offentligt organ ingår i den personkrets på vilken artikel 56 EG är tillämplig (*ratione personae*), när dess handlingar, oavsett deras juridiska form, är av privat karaktär och således inte utförs vid myndighetsutövning. För att formulera frågan mer allmänt: är medlemsstaterna skyldiga att iaktta fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital när de inte utövar myndighetsutövning?

22. Enligt min åsikt är de det. Medlemsstaterna omfattas av bestämmelserna om fri rörlighet, som klart och tydligt är tillämpliga på dem, inte i deras egenskap av offentliga myndigheter, utan i deras egenskap av undertecknare av fördraget. [6] Följaktligen

4 — Se, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomers förslag till avgörande av den 6 februari 2003 i mål C-463/00, kommissionen mot Spanien, och i mål C-98/01, kommissionen mot Förenade kungariket (REG 2003, s. I-4581), punkt 48. Se även mitt förslag till avgörande av den 6 april 2006 i de vid domstolen för närvarande anhängiga förenade målen C-282/04 och C-283/04, kommissionen mot Nederländerna, punkt 23.

5 — Dom av den 23 maj 2000 i mål C-58/99, kommissionen mot Italien (REG 2000, s. I-3811).

6 — Se analogt dom av den 26 februari 1986 i mål 152/84, Marshall (REG 1986, s. 723; svensk specialutgåva, volym 8, s. 457), punkt 49, och av den 12 juli 1990 i mål C-188/89, Foster (REG 1990, s. I-3313; svensk specialutgåva, volym 10, s. 479), punkt 17.

åläggs medlemsstaternas nationella myndigheter skyldigheter genom bestämmelserna om fri rörlighet, oavsett om dessa agerar i egenskap av offentliga myndigheter eller som en privat enhet. Varje enhet genom vilken staten agerar ingår i den personkrets på vilken bestämmelserna om fri rörlighet är tillämpliga (*ratione personae*). [7] I princip kan ett offentligt organ som Comune di Milano därför inte stödja sig på argumentet att dess handlingar i huvudsak är av privat karaktär för att undkomma tillämpningen av fördragets bestämmelser om fri rörlighet.

23. Icke desto mindre är frågan om huruvida ett offentligt organ har samma ställning och agerar på samma sätt som en privat aktieägare av betydelse när det gäller att avgränsa det materiella tillämpningsområdet (*ratione materiae*) för artikel 56 EG. Denna fråga har betydelse när det gäller att avgöra vilka rättigheter som, när de innehas av ett offentligt organ i dess egenskap av aktieägare, kan medföra att investerare från andra medlemsstater avstår från att göra investeringar.

24. Liksom när det gäller övriga friheter är syftet med principen om fri rörlighet för kapital att främja öppnandet av de nationella marknaderna genom att ge investerare och företag som behöver kapital möjlighet att dra full nytta av gemenskapens inre marknad. För att detta mål skall kunna uppnås måste medlemsstaterna ta hänsyn till vilka effekter deras agerande har för investerare som är etablerade i andra medlemsstater och som vill utöva sin rättighet till fri rörlighet för kapital. I detta sammanhang förbjuder artikel 56 EG inte endast diskriminering på grund av nationalitet, utan också diskriminering som, när det gäller utövandet av transnationell verksamhet, innebär ytterligare kostnader eller hindrar tillträde till den nationella marknaden för investerare som är etablerade i andra medlemsstater, antingen genom att den ställning som innehas av vissa ekonomiska aktörer som redan är etablerade på marknaden skyddas eller genom att handeln inom gemenskapen görs svårare än den inhemska handeln. [8] Varje nationell åtgärd som utmynnar i att transnationella situationer behandlas mindre förmånligt än rent nationella situationer utgör en inskränkning av den fria rörligheten. Frånsett detta förbehåll har medlemsstaterna fortfarande frihet

7 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 december 1983 i mål 222/82, Apple and Pear Development Council (REG 1983, s. 4083; svensk specialutgåva, volym 7, s. 413), punkt 17. När en privat enhet har fått i uppdrag att utföra offentliga uppgifter, kan det anses att staten agerar genom denna enhet och att den följaktligen måste iaktta bestämmelserna om fri rörlighet: se exempelvis dom av den 18 maj 1989 i de förenade målen 266/87 och 267/87, Association of Pharmaceutcial Importers (REG 1989, s. 1295), punkterna 13–16, av den 11 augusti 1995 i mål C-16/94, Dubois och Général Cargo Services (REG 1995, s. I-2421), punkt 20, och av den 5 februari 2004 i mål C-157/02, Rieser Internationale Transporte (REG 2004, s. I-1477), punkt 24, samt generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande av den 17 november 2005 i det vid domstolen för närvarande anhängiga målet C-470/03, AGM-COS.MET, punkt 87.

8 — Se även mitt förslag till avgörande av den 6 april 2006 i de vid domstolen för närvarande anhängiga förenade målen C-282/04 och C-283/04, kommissionen mot Nederländerna, punkt 24, och mitt förslag till avgörande av den 30 mars 2006 i de förenade målen C-158/04 och C-159/04, Trofo Super-Markets, målet anhängigt vid domstolen, punkterna 40 och 41.

att reglera den ekonomiska verksamheten på sitt territorium och delta på den nationella marknaden. [9]

25. Enbart det faktum att ett offentligt organ äger aktier i ett bolag minskar inte intresset för gränsöverskridande investeringar i bolaget, så länge investerare i andra medlemsstater kan vara säkra på att det offentliga organet i fråga, i syfte att maximera sin avkastning på det investerade kapitalet, iakttar de normala marknadsreglerna. Emellertid är offentliga organ, eftersom de omfattas av lokala eller nationella mekanismer för politisk ansvarsskyldighet, naturligtvis benägna att anpassa sitt agerande efter de intressen som de som är representerade inom ramen för dessa mekanismer har. När ett offentligt organ innehar aktier som ger det en privilegierad ställning i förhållande till andra aktieägare när det gäller kontrollbefogenheterna i bolaget i fråga, finns det därför en verklig risk för att dessa befogenheter kommer att användas för att bevilja tillträde till den nationella marknaden på ett selektivt och potentiellt diskriminerande sätt. Enligt min åsikt förklarar detta rättspraxisen avseende så kallade gyllene aktier och de begränsningar som staten är ålagd när den agerar som aktör på marknaden.

26. Jag anser att denna rättspraxis ålägger medlemsstaterna ett krav på konsekvens. Fördraget ger medlemsstaterna rätt att behålla statligt ägande i vissa bolag. När en medlemsstat beslutar att öppna upp en särskild sektor av marknaden måste den emellertid agera på ett sätt som överensstämmer med det beslutet och fullt ut iaktta de principer om öppenhet och icke-diskriminering som anges i bestämmelserna om gemenskapens inre marknad. Med andra ord har medlemsstaterna inte rätt att selektivt inskränka marknadsaktörers tillträde till marknadssektorn i fråga. När det gäller privatisering av tidigare statligt ägda bolag är detta krav särskilt viktigt. Om staten hade rätt att behålla speciella former av marknadskontroll över privatiserade bolag, skulle den lätt kunna omintetgöra tillämpningen av bestämmelserna om fri rörlighet genom att endast bevilja tillträde till väsentliga delar av den nationella marknaden på ett selektivt och potentiellt diskriminerande sätt. Sådana former av kontroll kan således medföra att investerare från andra medlemsstater avstår från att göra investeringar.

27. När staten privatiserar ett bolag krävs det därför enligt bestämmelserna om fri rörlighet för kapital att bolagets ekonomiska oberoende skyddas, såvida det inte finns ett behov av att skydda grundläggande offentliga intressen som erkänns i gemenskapsrätten. Av denna anledning måste all statlig kontroll av ett privatiserat bolag utanför de normala marknadsmekanismerna vara kopplad till det faktiska genomförandet av den verksamhet av allmänt ekonomiskt intresse som bolaget är förknippat med.

9 — Se även mitt förslag till avgörande av den 1 februari 2006 i det vid domstolen för närvarande anhängiga målet C-94/04, Cipolla, punkt 58.

28. Comune di Milano, AEM och den italienska regeringen anser i huvudsak att privata aktieägare enligt de allmänna bestämmelserna i italiensk bolagsrätt i princip skulle kunna erhålla samma särskilda rättigheter i ett bolag som Comune di Milano har i AEM. För att avgöra huruvida statlig kontroll i ett bolag håller sig inom ramen för de normala marknadsmekanismerna räcker det emellertid inte att endast bedöma huruvida privata aktieägare i teorin skulle kunna få liknande former av kontroll utan att ta hänsyn till den ekonomiska verkligheten.

29. I förevarande mål bör det dessutom påpekas att, vilket den polska regeringen så riktigt har betonat, Comune di Milanos särskilda befogenheter följer av tillämpningen av bestämmelser i nationell rätt som särskilt gynnar staten eller offentliga organ genom att tillåta att särskilda befogenheter införs i bolagsordningen för ett privatiserat bolag. Kravet på konsekvens är emellertid inte uppfyllt när en medlemsstat antar lagstiftning i syfte att ge staten eller dess organ en privilegierad ställning, när det gäller kontrollen i ett privatiserat bolag, i förhållande till andra aktieägare i bolaget i fråga.

30. Följaktligen utgör bestämmelser i nationell rätt som innebär att endast staten och offentliga organ kan erhålla särskilda befogenheter per definition en restriktion för kapitalrörelser i den mening som avses i artikel 56 EG. Detta gäller inte endast lagstiftningsåtgärder som direkt ger staten särskilda befogenheter, [10] utan också nationella bestämmelser som särskilt gynnar staten genom att tillåta att sådana befogenheter införs i ett företags bolagsordning. [11] Tillämpningen av nationella bestämmelser av detta slag utgör en avvikelse från "en normal tillämpning av bolagsrätten", [12] eftersom de ger staten en privilegierad ställning i förhållande till andra aktieägare. Argumentet att privata aktieägare i teorin skulle kunna erhålla jämförbara privilegier enligt de allmänna bestämmelserna i bolagsrätten är under sådana förhållanden irrelevant. [13]

31. Det är uppenbart att ett offentligt organ som har behållit ett aktieinnehav på 33,4 procent i ett privatiserat bolag, men har kvar befogenheten att utse en absolut majoritet av styrelseledamöterna, har en privilegierad ställning i förhållande till övriga aktieägare. I själva verket är dess befogenheter, vilket den hänskjutande domstolen så riktigt har påpekat, till och med ännu mer långtgående än de befogenheter som tilldelades genom det lagdekret som i domen i mål C-58/99, kommissionen mot Italien, [14] ansågs strida mot artikel 56 EG.

10 — Dom av den 4 juni 2002 i mål C-367/98, kommissionen mot Portugal (REG 2002, s. I-4731), av den 4 juni 2002 i mål C-483/99, kommissionen mot Frankrike (REG 2002, s. I-4781), domen i det ovan i fotnot 3 nämnda målet kommissionen mot Spanien, och dom av den 4 juni 2002 i mål C-503/99, kommissionen mot Belgien (REG 2002, s. I-4809).

11 — Domen i målet kommissionen mot Förenade kungariket (ovan fotnot 3).

12 — Domen i målet kommissionen mot Förenade kungariket (ovan fotnot 3), punkt 48.

13 — Se, för ett liknande resonemang, domen i målet kommissionen mot Förenade kungariket (ovan fotnot 3), punkt 48.

14 — Se ovan fotnot 5.

32. Av det ovanstående följer att nationella bestämmelser som ger ett offentligt organ möjlighet att ha kvar befogenheten att utse en absolut majoritet av styrelseledamöterna i ett bolag, i vilket det offentliga organet i fråga har behållit en minoritetsandel på 33,4 procent, utgör en restriktion för kapitalrörelser i den mening som avses i artikel 56 EG.

III — Förslag till avgörande

33. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen skall besvara de tolkningsfrågor som har hänskjutits till den av Tribunale amministrativo per la Lombardia på följande sätt:

Artikel 56 EG utgör hinder för nationella bestämmelser som gör det möjligt för ett offentligt organ som har behållit ett aktieinnehav på 33,4 procent i ett privatiserat bolag att ha kvar befogenheten att utse en absolut majoritet av styrelseledamöterna i bolaget.