FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 6. februar 2003 [1]

I — Indledning

1. Det spørgsmål, der er rejst i de foreliggende traktatbrudssager, vedrører foreneligheden med fællesskabsretten af ordninger, hvorefter der for visse former for transaktioner, der har betydning for eksistensen, formålet og strukturen af aktierne i privatiserede virksomheder, der henhører under området strategisk økonomi, kræves en godkendelse eller en administrativ forhåndsgodkendelse. På trods af deres retlige karakter betegnes disse beføjelser for de offentlige myndigheder normalt som »golden shares«.

2. Domstolen har for nyligt præciseret området i sine domme af 4. juni 2002 i sagerne Kommissionen mod Portugal, Kommissionen mod Frankrig og Kommissionen mod Belgien [2], hvor Domstolen fastslog, at en ordning med lignende kendetegn kan være i overensstemmelse med fællesskabsretten under forudsætning af, at den giver visse garantier.

II — De relevante retsregler og sagernes faktiske omstændigheder

Sagen Kommissionen mod Spanien (sag C-463/00)

3. I spansk ret regulerer Ley 5/1995 de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas (lov nr. 5/1995 af 23.3.1995 om den retlige regulering af overdragelsen af det offentliges andele i visse selskaber) (BOE nr. 72 af 25.3.1995) betingelserne for privatisering af en række virksomheder inden for den offentlige sektor.

1 — Originalsprog: spansk.

2 — Henholdsvis sag C-367/98 (Sml. I, s. 4731), sag C-483/99 (Sml. I, s. 4785) og sag C-503/99 (Sml. I, s. 4809), herefter under ét »dommene af 4. juni 2002«.

4. Denne lov bestemmer:

»Artikel 1. Personelt anvendelsesområde

Denne lov finder anvendelse på:

1. Forretningsdrivende enheder, hvis selskabskapital på tidspunktet for denne lovs ikrafttræden direkte eller indirekte ejes med mere end 25% af staten, og som på en af de måder, der er fastsat i erhvervslovgivningen, kontrolleres af staten som selskabsdeltager, og under forudsætning af, at den virksomhed, som udøves af enheden selv eller sammen med andre, er kendetegnet ved et af følgende elementer:

a) der udbydes vigtige tjenester eller offentlige tjenester, som formelt er udpeget som sådanne

b) der udøves en lovreguleret virksomhed, som af hensyn til den almene interesse er undergivet en særlig administrativ kontrolordning, navnlig for så vidt angår de personer, som udøver virksomheden

c) virksomheden er helt eller delvis fritaget for den frie konkurrence i henhold til artikel 90 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab.

2. Forretningsdrivende enheder, der indgår i en koncern i henhold til artikel 4 i lov nr. 24/1988 af 28. juli 1988 om markederne for værdipapirer, i hvilken en eller flere af de forretningsdrivende enheder som omhandlet i stk. 1 ovenfor indtager en dominerende stilling, under forudsætning af, at de opfylder en eller flere af de betingelser, der er nævnt i stk. 1, litra a), b) og c).«

»Artikel 2. Anvendelsesbetingelser

Ordningen med administrativ forhåndsgodkendelse i medfør af artikel 3 ff. i denne lov finder anvendelse, når den offentlige statslige kapitalandel i de forretningsdrivende enheder, der er omfattet af forudgående stykke, opfylder en af følgende betingelser:

1. Når statens andel gennem en eller flere efter hinanden følgende overdragelseshandlinger reduceres med 10% eller mere af selskabskapitalen, og statens direkte eller indirekte andel af denne kapital bliver mindre end 50%.

2. Når statens andel som en direkte eller indirekte følge af en enhver handling eller transaktion reduceres til mindre end 15% af selskabskapitalen.«

»Artikel 3. Administrativ forhåndsgodkendelse

1. Er en af betingelserne for anvendelse, der er nævnt i foregående artikel, opfyldt, og foreligger der den fornødne hjemmel herfor i det kongelige dekret, der er henvist til i denne lovs artikel 4, kan der kræves indhentet en administrativ forhåndsgodkendelse, før følgende beslutninger træffe af selskabsorganerne i de forretningsdrivende enheder, der er omhandlet i denne lovs artikel 1:

a) frivillig opløsning, opsplitning eller fusion af enheden

b) alle former for overdragelse eller pantsætning af aktiver eller selskabsandele, som er nødvendige for varetagelsen af virksomhedens formål, og som er udpeget til dette formål

c) ændringer af virksomhedens formål.

2. Når en af de betingelser for anvendelse, der er nævnt i denne lovs artikel 2, ligeledes er opfyldt, kan der i overensstemmelse med de betingelser, der fastsættes i det kongelige dekret, der omhandles i denne lovs artikel 4, kræves indhentelse af administrativ forhåndsgodkendelse af følgende transaktioner:

a) transaktioner, som består i overdragelse af selskabskapital ved en eller flere efter hinanden følgende handlinger, og som indebærer, at statens andel i den forretningsdrivende enhed, der er omfattet af det særlige system, der er indført med nærværende lov, reduceres med 10% eller mere

b) direkte eller indirekte erhvervelse, herunder også gennem selvstændige forvaltningsinstitutter eller mellemmænd, af aktier eller andre værdipapirer, som kan give direkte eller indirekte ret til tegning eller erhvervelse af disse andele, når overtagelsen medfører rådighed over mindst 10% af selskabskapitalen.«

»Artikel 4. Ordningen med administrativ godkendelse

1. Ordningen med administrativ godkendelse fastsættes ved kongeligt dekret, som vedtages af regeringen efter forslag fra den

kompetente minister og efter udtalelse fra Statsrådet.

2. Det kongelige dekret, hvorved ordningen som omhandlet i denne artikel fastsættes, skal være trådt i kraft, inden de transaktioner, der er nævnt i artikel 2, foretages. I dekretet fastsættes bestemmelser om:

a) ordningens personelle anvendelsesområde

b) de handlinger blandt de i artikel 3 nævnte, der konkret kræver administrativ forhåndsgodkendelse

c) hvilket organ der skal have kompetence til at udstede godkendelser

d) tidspunktet for udløbet af ordningen med administrativ godkendelse.

3. Med undtagelse af det tilfælde, der er nævnt i stk. 2, litra d), ovenfor, skal ordningen med administrativ forhåndsgodkendelse ændres eller ophæves efter den samme procedure som den, der er fastsat i stk. 1 i denne artikel.«

5. Det fremgår af sagen, at siden 1996 er den procedure med forudgående administrativ godkendelse, der blev indført ved lov nr. 5/1995, blevet gennemført ved forskellige kongelige dekreter. Den kritik, Kommissionen har rejst, vedrører følgende privatiseringer:

— kongeligt dekret nr. 3/1996 af 15. januar 1996 vedrørende Repsol (olie og energi)

— kongeligt dekret nr. 8/1997 af 10. januar 1997 vedrørende Telefónica de España (telekommunikation)

— kongeligt dekret nr. 40/1998 af 16. januar 1998 vedrørende Corporación Bancaria de España (Argentaria) (bankvirksomhed)

— kongeligt dekret nr. 562/1998 af 2. april 1998 vedrørende Tabacalera (tobak)

— kongeligt dekret nr. 929/1998 af 14. maj 1998 vedrørende Endesa (elektricitet).

Sagen Kommissionen mod Det Forenede Kongerige (sag C-98/01)

6. I medfør af Airports Act 1986 af 8. juli 1986 (lov af 1986 om lufthavne) blev det offentlige organ, som ejede og drev internationale lufthavne i Det Forenede Kongerige (British Airport Autorithy), privatiseret, idet organets aktiver blev overført til det privatretlige selskab BAA plc (herefter »BAA«).

I henhold til BAA's vedtægter, der er dateret den 7. juli 1987, blev der udstedt en særlig aktie lydende på 1 GBP til Secretary of State for Transport.

7. Vedtægternes artikel 10 indeholder en definition af den særlige aktie. I henhold til denne artikels stk. 1 kan den særlige aktie kun overdrages til et medlem af eller en repræsentant for regeringen. I henhold til samme artikels stk. 2 skal denne give sit skriftlige samtykke bl.a. til:

— enhver ændring af vedtægterne, der indebærer en lempelse af de særlige beføjelser, der er tillagt de offentlige myndigheder inden for selskabet (bl.a. de beføjelser, der er fastsat i vedtægternes artikel 10 og artikel 40)

— overdragelsen af kontrollen med et datterselskab, der varetager driften af en af de udpegede lufthavne (Gatwick, Heathrow og Stansted)

— opløsning eller likvidation af selskabet eller et af dets datterselskaber, der varetager driften af en udpeget lufthavn, medmindre der er tale om en omstrukturering

— hel eller delvis afhændelse af en udpeget lufthavn eller af beføjelsen til at drive den.

8. Særaktionæren har ret til at blive indkaldt til, deltage i og tage ordet på enhver generalforsamling eller enhver tilsvarende forsamling, men har ingen stemmeret eller nogen anden ret, bortset fra retten til at give sin tilladelse på de ovenfor beskrevne betingelser.

9. Artikel 40, stk. 1, i BBA's vedtægter bestemmer:

»Formålet med denne artikel er at forhindre en person (bortset fra personer, der har tilladelse) i at besidde en aktiepost i selskabet — henholdsvis efter direktionens skøn erhverve en sådan aktiepost — hvor-

til der er knyttet (eller hvortil der i overensstemmelse med betingelserne for deres udstedelse kan være knyttet) mere end 15% af stemmer, som på alle selskabets generalforsamlinger kan afgives vedrørende enhver beslutning (uanset om disse stemmer vil kunne afgives vedrørende alle beslutninger på alle generalforsamlinger).«

Vedtægterne præciserer endvidere i detaljer de muligheder, som ledelsen har for at sikre, at ingen har mere end 15% af de stemmeberettigede aktier, og giver den mulighed for at anmode de aktionærer, der er berørt af privatiseringen, om at afhænde de kapitalinteresser, de har for meget, og, om fornødent at pålægge dem at afhænde dem.

III — Den administrative procedure

Sagen Kommissionen mod Spanien (sag C-463/00)

10. Ved skrivelse af 26. oktober 1998 meddelte Kommissionen den spanske regering, at den ordning med forhåndsgodkendelse, der var indført ved lov nr. 5/1995, og gennemførelsesdekreterne dertil efter Kommissionens opfattelse var i strid med traktatens bestemmelser om de frie kapitalbevægelser og etableringsfriheden, og Kommissionen opfordrede den spanske regering til at fremsætte sine bemærkninger hertil inden for en frist på to måneder.

11. Den spanske regering svarede ved skrivelse af 27. januar 1999, at de omtvistede foranstaltninger var i overensstemmelse med fællesskabsretten. Regeringen præciserede sine synspunkter i en ny skrivelse af 18. marts 1999.

12. Kommissionen fandt, at den begrundelse, regeringen havde fremført, ikke var tilfredsstillende, og fremsatte derfor den 2. august 1999 en begrundet udtalelse over for den spanske regering, hvori den opfordrede den til at efterkomme udtalelsen inden for en frist på to måneder.

13. Den spanske regering svarede ved skrivelse af 3. november 1999, hvori den i detaljer redegjorde for ordningen med privatisering af visse virksomheder inden for den offentlige sektor, og den gentog sine synspunkter med hensyn til foreneligheden af de omtvistede foranstaltninger med fællesskabsretten, navnlig artikel 43 EF, 56 EF og 295 EF.

14. Kommissionen fandt ikke disse forklaringer overbevisende og har derfor anlagt den foreliggende sag.

Sagen Kommissionen mod Det Forenede Kongerige (sag C-98/01)

15. Ved skrivelse af 3. februar 1999 meddelte Kommissionen Det Forenede Kongeriges regering, at den anså de særlige beføjelser, der i BAA's vedtægter var tillagt staten, for at være i strid med traktatens bestemmelser om de frie kapitalbevægelser og etableringsfriheden, og Kommissionen opfordrede derfor regeringen til at fremsætte sine bemærkninger inden for en frist på to måneder.

16. Da Det Forenede Kongeriges regering ikke havde besvaret denne åbningsskrivelse, fremsatte Kommissionen den 6. august 1999 en begrundet udtalelse, hvori den opfordrede regeringen til at efterkomme udtalelsen inden for en frist på to måneder.

17. Regeringen svarede ved skrivelse af 5. november 1999, at efter dens opfattelse har medlemsstaterne ret til i deres nationale selskabsretlige lovgivning at fastsætte de væsentligste kendetegn for aktier i private selskaber, som handles på markedet, og at en sådan foranstaltning ikke hindrer adgangen til markedet for disse aktier. Regeringen tilføjede, at som et led i privatiseringsprocessen kan sådanne foranstaltninger vise sig at være nødvendige ud fra hensynet til beskyttelse af den almene interesse.

18. Kommissionen fandt ikke dette svar overbevisende og har derfor anlagt denne sag.

IV — Retsforhandlinger ved Domstolen

Sagen Kommissionen mod Spanien (sag C-463/00)

19. Kommissionens stævning blev indleveret til Domstolen Justitskontor den 21. december 2000. Efter afslutningen af den skriftlige forhandling har Domstolen besluttet, at sagen skal behandles af Domstolens plenum, og at indlede den mundtlige forhandling, hvorunder parterne samt Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland som intervenient til støtte for den sagsøgte stats påstande afgav indlæg.

20. Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

1) Det fastslås, at artikel 1, artikel 2 og artikel 3, stk. 1 og 2, i lov nr. 5/1995 af 23. marts 1995 om den retlige regulering af overdragelsen af det offentliges andele i visse virksomheder samt de gennemførelsesdekreter, der er udstedt i henhold til lovens artikel 4 (kongeligt dekret nr. 3/1996 af 15.1.1996 vedrørende Repsol, nr. 8/1997 af 10.1.1997 vedrørende Telefónica de España, nr. 40/1998 af 16.1.1998 vedrørende Argentaria, nr. 562/1998 af 2.4.1998 vedrørende Tabacalera og nr. 929/1998 af 14.5.1998 vedrørende Endesa), er uforenelige med artikel 43 EF og 56 EF, idet der herved indføres

en ordning med forudgående administrativ godkendelse, som

— ikke er begrundet i tvingende almene hensyn

— ikke anvender faste objektive kriterier, som er offentliggjort

— ikke er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

21. Den spanske regering har nedlagt påstand om frifindelse og om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Sagen Kommissionen mod Det Forenede Kongerige (sag C-98/01)

22. Kommissionens stævning blev indleveret til Domstolens Justitskontor den 27. februar 2001. Efter afslutningen af den skriftlige forhandling har Domstolen besluttet, at sagen skal behandles af Domstolens plenum, og at indlede den mundtlige forhandling.

23. Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

1) Det fastslås, at bestemmelser, der begrænser retten til at erhverve stemmeberettigede aktier i BAA (artikel 40 i selskabets vedtægter), samt godkendelsesproceduren for overdragelsen af selskabets aktiver, kontrollen med dets datterselskaber og selskabets likvidation (vedtægterne artikel 10) er uforenelige med artikel 43 EF og 56 EF.

2) Det Forenede Kongerige tilpligtes at betale sagens omkostninger.

24. Det Forenede Kongeriges regering har nedlagt påstand om frifindelse og om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

V — Søgsmålet

Formaliteten

25. Den spanske regering har bestridt, at den sag, der er anlagt mod Kongeriget Spanien, kan fremmes til realitetsbehandling.

Nærmere bestemt skal sagen ifølge regeringen afvises, for så vidt angår de kongelige dekreter nr. 40/1998 (Argentaria) og nr. 562/1998 (Tabacalera), idet de ordninger, der indrømmede særlige beføjelser i disse to tilfælde, udløb henholdsvis den 17. februar 2001 og den 5. oktober 2000 [3], og for så vidt angår de kongelige dekreter nr. 3/1996 (Repsol), nr. 8/1997 (Telefónica) og nr. 929/1998 (Endesa) som følge af den manglende sammenhæng mellem de omtvistede bestemmelser i lov nr. 5/1995 og påstandene i stævningen. I de tre sidstnævnte tilfælde, der vedrører koncerner, blev ordningen med administrativ godkendelse indført i medfør af lovens artikel 1, stk. 2, hvorimod Kommissionen såvel i åbningsskrivelsen, i den begrundede udtalelse som i selve stævningen har henvist til artikel 1, stk. 1.

26. Hertil skal jeg bemærke, at i henhold til fast retspraksis skal spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger traktatbrud, vurderes på baggrund af forholdene i medlemsstaten, som de var ved udløbet af den frist, Kommissionen fastsatte i den begrundede udtalelse, i den konkrete sag således den 2. oktober 1999. De to datoer, den sagsøgte regering har påberåbt sig, ligger efter dette tidspunkt.

27. For det andet er det med hensyn til den hævdede manglende overensstemmelse, og uden at det er nødvendigt at tage stilling til, om dette er korrekt, tilstrækkeligt at bemærke, at det fremgår af en umiddelbar gennemgang af sagen, at den sagsøgte regering havde et tilstrækkeligt nøjagtigt kendskab til karakteren af de overtrædelser, der blev foreholdt den. Regeringens argumentation kan derfor ikke tiltrædes.

28. Jeg skal følgelig foreslå, at hele det søgsmål, der er anlagt mod Kongeriget Spanien, fremmes til realitetsbehandling.

De principper, der er opstillet i dommene af 4. juni 2002

29. Det er tvivlsomt, om Domstolen ved denne lejlighed fulgte de råd, som Don Quijote havde givet Sancho Pancha, inden denne tiltrådte som guvernør på øen Barataria: Lad dig aldrig vejlede af vilkårlighedens lov [...] Den fattige kan med sine tårer opnå din medfølelse, men i din søgen efter retfærdighed må de ikke påvirke dig i

3 — Som følge af den ændring, der blev indført ved kongeligt dekret nr. 67/2000 af 21.1.2000.

højere grad, end hvad en rig fremfører. Forsøg at finde sandheden [...] Når billighed kan eller skal råde, anvend da ikke loven i al dens strenghed [...] idet en streng dommer ikke nyder større anseelse end en medfølende [4].

30. Der kan udledes følgende oplysninger af dommene af 4. juni 2002, for så vidt angår den måde, hvorpå Domstolen anvendte sin skønsbeføjelse:

a) Nationale ordninger om indgriben vurderes i det væsentlige i lyset af princippet om de frie kapitalbevægelser, hvis tilsidesættelse som et accessorium medfører en overtrædelse af princippet om etableringsfrihed.

b) For så vidt som disse ordninger må antages at forhindre erhvervelser af aktier i de berørte selskaber og at afholde investorer fra andre medlemsstater fra at erhverve aktier, udgør ordningerne restriktioner for de frie kapitalbevægelser.

c) Artikel 295 EF har ingen praktisk betydning inden for dette område.

d) De frie kapitalbevægelser kan kun lovligt begrænses ved foranstaltninger, såfremt sådanne foranstaltninger uden at tilvejebringe en forskelsbehandling på grundlag af nationalitet tilgodeser tvingende almene hensyn og er rimelige og passende i forhold til det mål, de forfølger. Sådanne foranstaltninger, som kun kan træffes efterfølgende, skal bygge på en række objektive kriterier, der er kendt på forhånd af de berørte, og som kan være genstand for søgsmål.

31. På grundlag af disse principper fastslog Domstolen, at den portugisiske ordning, hvorefter investorer, der er statsborgere i en anden medlemsstat, ikke kunne erhverve mere end et bestemt antal aktier i nærmere angivne virksomheder, var ulovlig. Ordningen indebar åbenbar forskelsbehandling, og den portugisiske regerings rent politiske forpligtelse til ikke at påberåbe sig denne restriktion over for erhvervsdrivende i Fællesskabet var ikke tilstrækkelig til, at traktatbruddet var bragt til ophør [5].

32. På grundlag af de samme principper fastslog Domstolen, at visse ordninger, der fandt anvendelse uden forskel, nærmere

4 — M. Cervantes: *Den sindrige ridder Don Quijote de la Mancha*, bind II, kapitel XLII, ved Rigmor Kappel Schmidt, Forlaget Centrum, s. 935. Fri oversættelse.

5 — Dommen i sagen Kommissionen mod Portugal, nævnt i fodnote 2, præmis 40-42.

bestemt den portugisiske og den franske ordning, hvorefter der med hensyn til erhvervelse af en kapitalandel i nærmere angivne virksomheder, der oversteg et vist niveau, krævedes en forhåndsgodkendelse, var uforenelige med fællesskabsretten. Domstolen fastslog, at det samme gjorde sig gældende med hensyn til en fransk ordning, som tillagde statens repræsentanter beføjelse til at rejse indsigelse mod beslutninger om afståelse af eller overdragelse til sikkerhed af aktiver i nærmere angivne selskaber.

Den portugisiske regering havde som en indsigelse gjort gældende, at det var nødvendigt at forfølge økonomisk-politiske mål, som f.eks. valget af en strategisk samarbejdspartner, en styrkelse af konkurrencestrukturen på det pågældende marked og en styrkelse af effektiviteten af produktionsmidlerne.

Tilsvarende havde den franske regering påberåbt sig den offentlige interesse, der består i at sikre en vedvarende forsyning med olieprodukter i en krisesituation.

I den første sag udtalte Domstolen, at økonomiske hensyn ikke kan begrunde hindringer, som traktaten forbyder, og i den anden sag, at da der ikke forelå objektive og præcise kriterier i den fastsatte ordning, gik den udover, hvad der var nødvendigt for at nå det anførte mål.

33. Derimod vurderede Domstolen den ordning, som Kongeriget Belgien havde indført, anderledes. Ordningen gav medlemsstaten ret til at modsætte sig enhver afståelse, overdragelse til sikkerhed eller ændret anvendelse af ledningsnet for brændstof og visse andre strategiske aktiver, samt nærmere angivne beslutninger, der fandtes at være i strid med retningslinjerne for landets energipolitik.

Domstolen tog hensyn til, at den kontrol, der var indført ved den belgiske ordning, kun blev udøvet efterfølgende og var forbundet med strenge frister, og at de indgreb, der eventuelt kunne foretages (vetoret med hensyn til beslutninger vedrørende strategiske aktiver og specifikke forvaltningsmæssige spørgsmål), var begrænsede og kun kunne besluttes i tilfælde af, at målsætningerne for energipolitikken var i fare, ligesom beslutningerne formelt skulle begrundes og var underlagt en effektiv domstolskontrol.

34. Generaladvokatens rolle, således som denne er defineret i artikel 222 EF, er fuldstændig upartisk og uafhængigt at fremsatte begrundede forslag til afgørelse i de sager, der forelægges Domstolen, og derved bistå denne ved udførelsen af dens opgave. Generaladvokatens forpligtelse er navnlig at foreslå Domstolen en løsning, der er i overensstemmelse med gældende ret, men som samtidig overholder de dialektiske postulater som led i en metodisk tankegang og kohærens, uden hvilke de judicielle afgørelser ville blive opfattet som rent vilkårlige akter og ville være uden nogen overbevisende virkning.

35. Som led i opfyldelsen af denne fornemme opgave påhviler det mig at henlede Domstolens opmærksomhed på svagheder i begrundelsen for dommene af 4. juni 2002. Det er mig bevidst, hvilke risici den løber, som vælger at betragte Domstolens praksis på en måde, der ikke udelukkende er udtryk for lyksalighed, men som kaster et andet lys over den end det uvirkelige, som ikke kaster skygger, men som i sidste instans fjerner ethvert relief [6]. Der er navnlig tale om tre aspekter, som jeg vil behandle kort, men omhyggeligt.

36. For det første fastholder jeg mit synspunkt om, at den naturlige og passende ramme for behandlingen af de forskellige restriktioner, der følger af, hvad der — ikke særlig præcist — kaldes »golden shares«, er etableringsfriheden. I begge situationer er det, som den sagsøgte stat hævder at ville kontrollere gennem en anvendelse af beføjelserne til at gribe ind i aktionærstrukturen, i afståelsen af aktiver eller i visse forvaltningsakter, viljesdannelsen hos det privatiserede selskab (enten i form af indgreb i sammensætningen af aktionærerne eller i forhold til nærmere angivne forvaltningsakter), et aspekt, der kun har en svag forbindelse med de frie kapitalbevægelser som omhandlet i artikel 56 EF. Disse beføjelser kan have betydning for retten til udøvelse af etableringsfriheden, idet den bliver mindre attraktiv, såvel direkte, såfremt den vedrører adgangen til selskabskapitalen, som indirekte, idet den begrænses gennem restriktioner, der vedrører beslutningsfriheden eller forvaltningen af selskabsorganerne. I modsætning til, hvad Domstolen har udtalt [7], er den heraf følgende restriktion for de frie kapitalbevægelser subsidiær og ikke nødvendig. Hvis dette gælder med hensyn til foranstaltninger, der har betydning for aktionærstrukturen, gælder det ikke mindre med hensyn til foranstaltninger, der begrænser muligheden for at træffe beslutninger inden for selskabet (ændring af selskabets formål, afståelse af aktiver). I sidstnævnte tilfælde er der kun en hypotetisk eller i hvert fald meget begrænset sammenhæng med de frie kapitalbevægelser.

Med henblik på at tillægge begrebet kapitalbevægelser og betalingsbevægelser et indhold tilkommer det desuden Domstolen at anvende anerkendte fortolkningsteknikker. Efter min opfattelse er det navnlig ikke på sin plads at henvise til bestemmelser i den afledte ret for at nå frem til betydningen af en af de grundlæggende frihedsrettigheder, der er fastsat i traktaten [8]. Med henblik på den retlige kvalificering af en restriktion er den omstændighed, at den sagsøgte medlemsstat (eller en intervenient!) anerkender den eller afviser den [9], heller ikke relevant.

6 — J. Boulouis, »Nouvelles réflexions à propos de caractère préjudiciel de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales«, *Études de droit des Communautés européennes* — Mélanges offerts à Pierre-Henri Teigten, Forlaget A. Pedone, Paris, 1984, s. 25.

7 — Dommene i sagen Kommissionen mod Portugal og i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 56.

8 — Som anført af den spanske regering er det betegnende, at forslaget til direktiv om det offentliges tilbud om erhvervelser alene har hjemmel i den bestemmelse i traktaten, som fastslår etableringsfriheden.

9 — Der er imidlertid netop, hvad der skete i præmis 40 og 41 i dommen i sagen Kommissionen mod Belgien. Ved afgørelsen af, om de belgiske bestemmelser udgør en restriktion for de frie kapitalbevægelser, henviste Domstolen blot til direktiv 88/361 og fastslog, at den sagsøgte regering ikke modsatte sig dette, mens Det Forenede Kongeriges regering, der var intervenient, godkendte denne henvisning »i et vist omfang«. Disse omstændigheder er næppe relevante og i hvert fald utilstrækkelige til at danne grundlag for en sådan vurdering.

Jeg vil ikke gå videre med, hvad der efter min opfattelse er en fejlagtig retlig kvalificering af den hævdede tilsidesættelse, som ikke har væsentlige konsekvenser, idet Domstolen tager stilling til de to fællesskabsretlige frihedsrettigheder på samme måde [10].

37. For det andet skal jeg nævne, at på trods af den afgørende betydning, artikel 295 EF er tillagt i henhold til traktaten om oprettelsen af Fællesskabet, synes dommene af 4. juni 2002 at afvise enhver praktisk virkning af den nævnte bestemmelse, hvori det er fastsat: »De ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne berøres ikke af denne traktat.« Ifølge de nævnte domme kan artikel 295 EF ikke påberåbes som begrundelse for hindringer af de frihedsrettigheder, der er fastsat i traktaten. Med henvisning til fast praksis vedrørende ganske andre faktiske omstændigheder [11] fastslog Domstolen, at »denne artikel ikke [fører] til, at eksisterende ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne ikke er omfattet af traktatens grundlæggende principper«.

Det væsentligste problem, jeg står overfor ved behandlingen af spørgsmålet om (»golden shares«), var og er fortsat, om det skal anerkendes, at det offentliges aktiebesiddelse i virksomheder i medlemsstaterne uden videre er forenelig med fællesskabsretten. Som Kommissionen indrømmede det under de tre sager, der førte til dommene af 4. juni 2002, er dette princip baseret på et postulat om neutralitet, der er fastsat i artikel 295 EF. Det er imidlertid utvivlsomt, at det forhold, at virksomheder ejes af det offentlige, for erhvervsdrivende fra de øvrige medlemsstater indebærer en åbenbar begrænsning af etableringsfriheden (eller, hvis man foretrækker det, af de frie kapitalbevægelser). Tilsvarende hindringer kan følge af, at offentlige organer har kapitalandele i private virksomheder, uanset hvor mange aktier der er tale om. I sidstnævnte tilfælde ville den indflydelse, som de offentlige myndigheder gennem deres repræsentanter kunne udøve på visse beslutninger i de pågældende virksomheder, indebære andre restriktioner. Myndighederne ville således kunne forhindre adgangen for udenlandske aktionærer eller på en hvilken som helst anden måde gøre en direkte grænseoverskridende investering mindre attraktiv.

Da der ved artikel 295 EF er indført en *legalitetsformodning*, og bestemmelsen således med hensyn til de ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne ikke hjemler mulighed for at lempe den strenghed, som de grundlæggende regler i traktaten skal anvendes med, skal statens deltagelse i virksomheder i hvert enkelt tilfælde begrundes i overensstemmelse med Domstolens sædvanlige praksis, dvs. den praksis, som Domstolen anvendte i dommene af 4. juni 2002. Der skal således påberåbes et tvingende alment hensyn, og det skal godt-

10 — Det må være relevant at behandle alle de grundlæggende frihedsrettigheder ud fra samme synsvinkel. Det er netop af den grund, at det i relation til ordninger om privatiserede virksomheder ville have være ønskeligt, om Domstolen omhyggeligt havde præciseret, hvor strengt den anvender sin praksis vedrørende restriktioner, der finder anvendelse uden forskel, således som den allerede har gjort det med hensyn til de frie varebevægelser i dom af 24.11.1993, forenede sager C-267/91 og C-268/91, Keck og Mithouard (Sml. I, s. 6097).

11 — Nemlig dom af 1.6.1999, sag C-302/97, Konle, Sml. I, s. 3099, præmis 38.

gøres, at de offentlige myndigheders deltagelse er nødvendig med henblik på det formål, der forfølges. De pågældende domme betyder således afslutningen på de offentlige myndigheders muligheder for frit at kunne gribe ind i virksomhederne i den forstand, hvor dette begreb blev fortolket indtil da. Jeg er ikke overbevist om, at Domstolen ønskede dette resultat, men en omhyggelig gennemgang af Domstolens praksis gav ikke muligheder for at undgå dette resultat.

Under alle omstændigheder afholder Domstolen sig i de nævnte domme, uden at give nogen begrundelse herfor, fra at anvende og anerkende rækkevidden af artikel 295 EF, hvilket ikke kan ske ustraffet, selv ikke i de grundlæggende frihedsrettigheders navn, eftersom den nævnte artikel efter traktatens opbygning har samme betydning som disse rettigheder.

38. Det tredje væsentlige kritikpunkt vedrører den undtagelse, som Domstolen indrømmer i sagen Kommissionen mod Belgien. Med henblik på nærmere at belyse mit synspunkt vil jeg særligt interesse mig for de beføjelser, som de kongelige anordninger af 10. og 16. juni 1994 tillægger ministeren, således at denne kan modsætte sig enhver afståelse, overdragelse til sikkerhed eller ændret anvendelse af formålet med de strategiske aktiver.

En nærmere gennemgang af den dom, hvorved sagen blev afsluttet, kan ikke skjule, at der ikke er afgørende forskelle i forhold til den franske ordning om indsigelse mod afgørelser om afståelse af eller overdragelse til sikkerhed af aktiver, der tilhører det nationale selskab Elf-Aquitaines udenlandske datterselskaber. Domstolen fastslog, at denne ordning var i strid med traktaten, idet den bemærkede, at i betragtning af, at der ikke »foreligger objektive og præcise kriterier i den fastsatte ordning, går den anfægtede bestemmelse ud over, hvad der er nødvendigt for at nå det anførte mål« [12]. I henhold til den pågældende ordning kan indehaveren af den særlige aktie modsætte sig afståelse af eller overdragelse til sikkerhed af aktiver, der krænker beskyttelsen af *nationale interesser* [13]. Den belgiske ordning, som tillægger ministeren beføjelse til at modsætte sig dispositioner over strategiske aktiver, hvis ministeren finder, at dispositionen vil skade *nationale interesser på energiområdet* [14], er næppe mere præcis.

39. De proceduremæssige forskelle mellem de to ordninger er heller ikke mere oplysende. De indeholder begge to bestemmelser om en efterfølgende kontrol og en forpligtelse til forudgående underretning. Dette bør uddybes nærmere. Der er således ikke tale om en absolut og egentlig efterfølgende kontrol på linje med den kontrol, der har betydning for gyldigheden af en retsakt, der i sig selv afføder retsvirkninger.

12 — Dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 53.

13 — Artikel 1 i dekret nr. 93-1296, som artikel 2, stk. 2, i dekret nr. 93-1298 henviser til.

14 — Interessant nok udtalte Domstolen i præmis 51 i dommen i sagen Kommissionen mod Belgien, at »de indgreb, som ministeren kan foretage, og som har hjemmel i artikel 3 og 4 i de kongelige anordninger af 10. og 16.6.1994, kan kun finde sted, hvor *målsætningerne for energipolitikken er i fare*«. Denne snævrere formulering har ingen stotte i bestemmelserne. Som det fremgår af dommens præmis 9 og 10, bestemmer disse kongelige anordninger i deres artikel 3, at ministeren har ret til at modsætte sig afståelse af eller overdragelse til sikkerhed af visse aktiver, hvis han finder, at »dispositionen vil skade nationale interesser på energiområdet«, og det er kun i de nævnte anordningers artikel 4, at det er fastsat, at regeringens repræsentanter kan indbringe en klage for ministeren over enhver beslutning, der træffes af bestyrelsen, »hvis de finder beslutningen i strid med retningslinjerne for landets energipolitik, herunder regeringens målsætninger for landets energiforsyning«.

Det fremgår tværtimod af opbygningen af de nationale bestemmelser, at så længe ministeren eller den kompetente myndighed ikke inden for den frist, de har til rådighed, har udtalt sig om afståelsen eller beslutningen om overdragelse, selv om disse dispositioner i retlig henseende er perfekte, kan de ikke afføde nogen retsvirkninger. I modsat fald kunne man omgå den administrative kontrol ved hurtigt at gennemføre et nyt salg til tredjemand, som de særlige beføjelser ikke længere kunne gøres gældende overfor. Set ud fra dette synspunkt svarer situationen til en ordning, hvorefter der for de samme retsakter kræves en forudgående administrativ tilladelse, idet denne anses for meddelt ved udløbet af en bestemt frist (positiv administrativ tavshed).

Til udøvelsen af disse to beføjelser er der knyttet relativt korte frister (enogtyve dage for så vidt angår den belgiske ordning og en måned, som dog kan forlænges med femten dage, for den franske ordning). Endelig tog Domstolen hensyn til det argument, den belgiske regering havde fremført, og som tog udgangspunkt i almindelig forvaltningsret, nemlig at ministerens indgriben formelt skulle begrundes og var underlagt en effektiv domstolskontrol. Jeg har svært ved at tro, at den franske ordning ikke indeholdt bestemmelser om sådanne garantier.

40. I lyset af disse omstændigheder er den eneste væsentlige forskel mellem de to nationale ordninger den forskellige karakter af de aktiver, den administrative indsigelse eventuelt kan vedrøre, det vil med andre ord sige deres materielle anvendelsesområde, for Belgiens vedkommende de net, der udgør en vigtig infrastruktur med henblik på indenlandsk overførsel af energi, for Frankrigs vedkommende aktiemajoriteten i Elf-Aquitaines datterselskaber. Selv om det antages, at denne forskel måtte have betydning ved vurderingen af restriktionen, er det klart, at den på ingen måde kan have indflydelse på *kriteriernes objektivitet og præcision.*

Den konkrete anvendelse af ovennævnte praksis på de foreliggende sager

Sagen Kommissionen mod Spanien (sag C-463/00)

41. For så vidt angår denne sag kan det i lyset af de omstændigheder, Domstolen tog stilling til i dommene af 4. juni 2002 i sagerne mod Den Portugisiske Republik og Den Franske Republik, forholde sig således, at den ordning, der er indført ved lov nr. 5/1995 og de kongelige dekreter til gennemførelse af loven ikke er forenelige med fællesskabsretten. Den administrative forhåndsgodkendelse, der kræves såvel for så vidt angår beslutninger, der har betydning for en fortsættelse af selskabets formål (frivillig opløsning, opsplitning eller fusion af enheden, overdragelse eller pantsætning af væsentlige aktiver og ændringer af virksomhedens formål) [15], og for de transaktioner, som indebærer en vis ændring af aktionærstrukturen (reduktion af statens

15 — Artikel 3, stk. 1, i lov nr. 5/1995.

andel i selskabskapitalen eller afståelse af en væsentlig del af selskabskapitalen) [16], er ikke undergivet nogen betingelse, bortset fra, at det rent generelt er anført i forarbejderne til lov nr. 5/1995, at virksomheden skal sikres kontinuitet med hensyn til leveringen af tjenesteydelsen. Det må herefter forekomme tvivlsomt, at borgerne kan have et tilstrækkeligt præcist kendskab til arten af deres rettigheder, hvorfor ordningen kunne være uforenelig med retssikkerhedsprincippet.

42. Resultatet bliver ikke nødvendigvis det samme, såfremt den belgiske ordning om indsigelse mod afståelse af aktiver lægges til grund som sammenligningskriterium med henblik på at vurdere foreneligheden med fællesskabsretten. Som anført ovenfor lagde Domstolen til støtte for dommen om frifindelse i traktatbrudssagen vægt på forskellige aspekter, nemlig at indgrebet skete efterfølgende, at det var forbundet med strenge frister, at det var et begrænset antal beslutninger, der kunne være genstand for et indgreb, samt hensyn, som kunne påberåbes for at modsætte sig et veto, et krav om en formel begrundelse af beslutningen og en effektiv domstolskontrol.

43. Jeg har allerede ovenfor forklaret [17], at korrekt vurderet er der ved den belgiske ordning ikke indført en efterfølgende kontrol, eftersom foranstaltningen først afføder sine *praktiske* retsvirkninger på det tidspunkt, hvor den frist, som ministeren har til at gøre indsigelse, udløber, eller indtil det tidspunkt, hvor han før fristens udløb giver afkald på at gøre det. I den forstand adskiller den belgiske ordning sig ikke så meget fra den spanske ordning, der, som den sagsøgte regering har understreget, er undergivet en betingelse om positiv administrativ tavshed.

Forskellen mellem fristerne for, hvornår der kan fremsættes indsigelse, er heller ikke væsentlig, idet den udgør enogtyve dage for den belgiske ordning og en måned, som undtagelsesvis kan forlænges med femten dage, for den spanske ordning.

Som den spanske regerings repræsentant forklarede under retsmødet uden på dette punkt at blive modsagt af Kommissionen [18], skal afslaget på godkendelser i dettes egenskab af en forvaltningsakt også formelt begrundes og kan derfor undergives en effektiv domstolskontrol. Intet giver holdepunkter for at antage, at denne kontrol er mindre effektiv i Spanien end i Belgien.

I modsætning til, hvad Kommissionen har anført, er der ikke noget, der i tilstrækkeligt omfang kan rejse tvivl om, at den spanske ordning med forhåndsgodkendelse er blevet

16 — Artikel 3, stk. 2, i lov nr. 5/1995.

17 — I punkt 40.

18 — Jeg har her valgt den formulering, der er anvendt i præmis 51 i dommen i sagen Kommissionen mod Belgien, selv om jeg ikke er overbevist om, at det med henblik på at godtgøre indholdet af national ret er tilstrækkeligt, at parterne er enige, eller at modparten erklærer sig indforstået.

indført med henblik på at sikre »den kontinuitet, der kræves med hensyn til virksomhedens levering af tjenesteydelsen«, således som det helt klart fremgår af forarbejderne til lov nr. 5/1995. Såfremt der som anført af den sagsøgte regering ved begrebet kontinuitet forstås det ønske, der er forbundet med forsyningssikkerhed, økonomisk og social solidaritet og beskyttelse af forbrugernes interesser, følger det klart, at ordningen tilgodeser et tvingende alment hensyn, som ikke er forbundet med et rent økonomisk formål. Endvidere mener jeg ikke, at den spanske ordning udviser flere unøjagtigheder end den belgiske ordning, som blot nævnte »nationale interesser på energiområdet« [19].

Sammenfattende skal jeg endnu en gang fremhæve, at den eneste relevante forskel mellem den belgiske og den spanske ordning ligger i, at de transaktioner, hvortil der kræves godkendelse, er forskellige. Jeg skal i den forbindelse endnu en gang understrege, at selv om den spanske ordning har et mere omfattende materielt anvendelsesområde, idet den ud over visse beslutninger om ændring af selskabsformålet eller om overdragelse af aktiver også omhandler erhvervelse af 10% af selskabskapitalen, kan sådanne forskelle med hensyn til rækkevidden ikke på nogen måde have betydning for *objektiviteten og præcisionen af de kriterier*, som godkendelsen er undergivet. De flere tilfælde, hvor der kræves godkendelse, skyldes, at det forfulgte formål er mere forskelligartet.

44. Derudover udviser den spanske ordning et særligt kendetegn, hvorved den adskiller sig fra de andre tilsvarende sager, Domstolen har skullet behandle, nemlig at der udtrykkeligt er tale om en overgangsordning. Således indeholder hvert enkelt af dekreterne en udløbsdato (normalt ti år efter den begivenhed, der udløser dets anvendelse). Denne tidsmæssige begrænsning bekræfter, at der er tale om en ordning, der undtagelsesvis er indført som led i en privatiseringsproces. Dette synes at være i overensstemmelse med formålet om, at der skal ske en større åbning af markederne, uden at de beføjelser, de offentlige myndigheder har inden for de områder, der henhører under den strategiske økonomi, fuldstændigt afgives. Som Domstolen har fastslået, »kan man ikke afvise, at medlemsstaterne ud fra visse betænkeligheder kan være berettiget til at bevare en vis indflydelse i virksomheder, der først var offentlige og derefter privatiserede, når disse virksomheder præsterer tjenesteydelser på områder, der er af almen eller strategisk interesse« [20]. Personligt vil jeg gerne tilføje, at disse betænkeligheder ikke mindst er forståelige, når de omhyggeligt er blevet begrænset tidsmæssigt og har til formål at forhindre de risici, der følger af,

19 — Det er afgørende for mig at fremhæve, at uanset ordlyden af præmis 51 i dommen i sagen Kommissionen mod Belgien, som omhandler tilfælde, hvor målsætningerne med »energipolitikken« bringes i fare, fremgår det reelt af de spanske bestemmelser, at ministeren kan modsætte sig enhver overdragelse, pantsætning til sikkerhed eller enhver ændring af anvendelsesformålet for visse strategiske aktiver, såfremt transaktionen »krænker nationale interesser på energiområdet« (artikel 3, stk. 1, i kongelig anordning af 10.6.1994). Inden for et andet område skal jeg minde om, at Kommissionen også anvender ubestemte juridiske begreber med henblik på at begrænse rettigheder. Kommissionen påberåber sig bl.a. »manglende interesse for Fællesskabet« for at undgå at skulle behandle en klage vedrørende konkurrenceretten og således begrænse borgernes adgang til en administrativ og eventuelt en judiciel kontrol.

20 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 47, dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 43, og dommen i sagen Kommissionen mod Belgien, præmis 43.

hvad der udgør en radikal ændring af virksomhedens struktur inden for følsomme økonomiske områder.

For mig at se bør Kongeriget Spanien derfor frifindes for Kommissionens påstande. Løsningen må nødvendigvis være den samme med hensyn til etableringsfriheden [21].

Sagen Kommissionen mod Det Forenede Kongerige (sag C-98/01)

45. I betragtning af det nye, det er, at virksomheder, hvis tilhørsforhold til de offentlige myndigheder eller den kontrol, som myndighederne udøvede over dem, synes at have været legitimt i en årrække, privatiseres, er de mange forskellige foranstaltninger, hvortil der kræves godkendelse, berettigede, ligesom den manglende præcision med hensyn til det forfulgte formål, nemlig kontinuiteten med hensyn til virksomhedens levering af tjenesteydelsen. I betragtning af, hvor vanskeligt det er at forudse eventuelle vanskeligheder, er det forståeligt, at de offentlige myndigheder ikke giver afkald på en vis skønsmargen. Hvis man derudover tager den tidsmæssige begrænsning i betragtning, der gælder for den spanske ordning, overskrider den efter min opfattelse ikke grænsen for, hvad der er nødvendigt for at nå det mål, den forfølger.

47. Retsstillingen, således som jeg har skitseret den i den pågældende sag, synes ikke at være forenelig med de principper, der er opstillet i den retspraksis, jeg netop har omtalt på dette nye område.

48. For det første er det irrelevant, at de muligheder for at gribe ind, som de offentlige myndigheder råder over, udspringer af vedtægterne (og ikke af en generel retsakt), og at de ikke-stemmeberettigede aktier, for hvilke der gælder særlige beføjelser, er reguleret i national ret. Selv om denne situation fuldt ud er omfattet af den traditionelle kategori af »ejendomsretlige ordninger«, står det også fast, at disse ordninger er omfattet af traktatens grundlæggende regler, uden at Domstolen har foretaget en sondring — dette var der ikke anledning til — på grundlag af den konkrete udformning af den enkelte ordning. Det er de økonomiske følger af ordningen, der er afgørende med henblik på kvalificeringen af restriktionen, og ikke de særlige tekniske forhold omkring den enkelte ordning. I modsat fald ville det fremover være tilstrækkeligt, at medlemsstaterne ændrer

46. Sammenfattende og i lyset af dommene af 4. juni 2002 og det almindelige princip om fællesskabsrettens neutralitet i forhold til det initiativ for offentlige myndigheder som virksomheder, der er fastslået i artikel 295 EF, og som jeg i det væsentlige beskæftigede mig med i mit forslag til afgørelse af 3. juli 2001 i de sager, der førte til de nævnte domme (herefter »forslaget af 3. juli 2001«), er det min opfattelse, at eventuelle restriktioner for de frie kapitalbevægelser er passende og står i rimeligt forhold til det formål, de forfølger.

21 — Jf. analogt dommen i sagen Kommissionen mod Belgien, præmis 59.

deres offentligretlige beføjelser til beføjelser, der udspringer af vedtægterne, for at de pågældende beføjelser ikke er omfattet af traktaten.

49. For det andet skal jeg nævne, at Det Forenede Kongerige på overbevisende måde har gjort gældende, at de beføjelser, det er tillagt i henhold til artikel 10 og 40 i BAA's vedtægter, ikke udgør forbudte restriktioner, eftersom de ikke begrænser adgangen til selskabets kapital, og de ikke er udtryk for forskelsbehandling på grundlag af nationalitet. Da de pågældende restriktioner ikke udgør hindringer for de grundlæggende frihedsrettigheder, er det ifølge Det Forenede Kongerige ikke nødvendigt at begrunde dem og heller ikke at gøre deres udøvelse betinget af præcise og objektive kriterier.

På trods af disse tilsyneladende forskelle er den britiske ordning ikke afgørende forskellig fra den franske ordning.

50. I henhold til artikel 10 i BAA's vedtægter kan særaktionæren (den statslige) modsætte sig, at selskabet opløses, at et datterselskab, der ejer en udpeget lufthavn, opløses eller afhændes, og at en udpeget lufthavn afhændes helt eller delvist, og at beføjelsen til at drive en sådan lufthavn overdrages. Med hensyn til denne ret gælder der ingen betingelser, ligesom den ikke er undergivet nogen form for domstolskontrol, eftersom der er tale om en sædvanlig disposition for en aktionær. Den franske ordning (artikel 2, stk. 3, i dekret nr. 93-1298) bestemte, at der kunne rejses indsigelse mod afgørelser om afståelse af eller overdragelse til sikkerhed af aktiverne, og Domstolen fastslog, at en så vid skønsbeføjelse »med hensyn til kontrollen med identiteten af indehaverne af andele i selskabets datterselskaber« var uforenelig med traktaten. Det Forenede Kongeriges regering har gjort gældende, at den ikke fortolker den nævnte artikel 10 på en sådan måde, at den hjemler regeringen mulighed for at nægte at meddele godkendelse på grundlag af erhververens eller cessionarens identitet, men kun ud fra hensynet til, om det er hensigtsmæssigt at foretage den pågældende overdragelse.

Dette argument er uden betydning, eftersom denne præcisering ikke er anført i retsforskrifterne, og den pågældende beføjelse heller ikke er ledsaget af de nødvendige foranstaltninger med henblik på at sikre, at den overholdes.

51. I henhold til artikel 40 i BAA's vedtægter kan en person i praksis ikke besidde mere end 15% af selskabets stemmeberettigede aktier. Med henvisning hertil har Det Forenede Kongeriges regering anført, at adgangen til markedet ikke er begrænset. For så vidt angik den franske ordning (artikel 2, stk. 1, i dekret nr. 93-1298) krævedes der en godkendelse ved enhver overskridelse af tærskler svarende til en tiendedel, en femtedel eller en tredjedel af

selskabets kapital eller stemmerettigheder. Efter min opfattelse kan denne forskel på mindst 5% ikke føre til en forskellig bedømmelse af ordningerne. Selv om ordningen i Det Forenede Kongerige finder anvendelse uden videre og aldrig personelt, står det også fast, at særaktionæren til enhver kan give afkald på aktien eller acceptere en ændring af vedtægterne med henblik på at give en bestemt investor mulighed for at erhverve en større andel af selskabskapitalen, uden at en sådan transaktion kan være genstand for en domstolskontrol.

52. Da Det Forenede Kongeriges ordning ikke omfatter nogen af de garantier, som Domstolen lagde vægt på ved behandlingen af den belgiske ordning, navnlig den omstændighed, at der med hensyn til ordningen gjaldt objektive kriterier, som kunne være genstand for domstolskontrol, kan den løsning, Domstolen valgte i dommen i sagen Kommissionen mod Belgien, ikke anvendes analogt.

53. Efter min opfattelse må det herefter i overensstemmelse med dommene af 4. juni 2002 fastslås, den ordning, der er indført ved artikel 10 og 40 i BAA's vedtægter, er i strid med de frie kapitalbevægelser, og at det således ikke er fornødent at tage særskilt stilling til de pågældende foranstaltninger i lyset af traktatens bestemmelser om etableringsfriheden[22].

22 — Dommene i sagen Kommissionen mod Portugal og i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 56.

Spørgsmålet, om løsningen er rimelig i forhold til det princip, der er opstillet i artikel 295 EF

54. Af de grunde, jeg nærmere har redegjort for i forslaget til afgørelse af 3. juli 2002, og som jeg skal anmode Domstolen om at tage op til fornyet overvejelse, er jeg imidlertid fortsat overbevist om, at en ordning med ovennævnte kendetegn under alle omstændigheder er omfattet af det neutralitetsprincip, der er fastslået i artikel 295 EF. Kun en afbalanceret og korrekt fortolkning af denne bestemmelse giver mulighed for at råde bod på den manglende konsekvens, der er en følge af, at det fastslås, at en medlemsstat, som ganske vist opretholder visse beføjelser, men som har accepteret at skille sig af med sine andele i selskabskapitalen i visse strategiske virksomheder og således lette den indtrængning på de nationale markeder, der tilsigtes med traktaten, handler traktatstridigt, og samtidig tolererer, at en anden medlemsstat uden nogen begrundelse hindrer eller kan begrænse en sådan integration i kraft af det offentlige ejerskab af de samme virksomheder.

55. Domstolen har i dommene af 4. juni 2002 fastslået, at artikel 295 EF, som kategorisk fastslår, at »de ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne [ikke] berøres« af traktaten, ikke bevirker, at de ikke er omfattet af traktatens grundlæggende regler. Det princip, der således på ny er fastslået uden yderligere præciseringer, er en cirkelslutning, hvis praktiske konsekvens er, at en bestemmelse, der har afgørende betydning, og som traktatens

forfattere lagde vægt på [23], mister sin virkning.

56. Det fremgår af en historisk og teleologisk gennemgang, at udtrykket »de ejendomsretlige ordninger« i artikel 295 EF ikke henviser til de civile, formueretlige ordninger, men til en ideel vifte af regler af enhver art, som udspringer såvel af privatretten som den offentlige ret, og som kan indebære en økonomisk kontrol med en virksomhed, dvs. at de giver den, som har denne kontrol, mulighed for at udøve en afgørende indflydelse på definitionen og gennemførelsen af alle eller visse af virksomhedens økonomiske mål. Tilsvarende fremgår det af en formålsfortolkning, at en sondring mellem offentlige og private virksomheder i relation til traktaten ikke kan foretages alene ud fra aktionærkredsens sammensætning, men afhænger af statens mulighed for at gennemtvinge visse økonomisk-politiske mål, som ikke er de samme som den stræben efter maksimal indtjening, der er karakteristisk for private virksomheder.

57. Sammenfattende er det min opfattelse, at den overholdelse af de ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne, der fastslås som princip i artikel 295 EF, må omfatte enhver foranstaltning, som i kraft af det offentliges indgriben i udtrykkets økonomiske forstand giver staten mulighed for at bidrage til udformningen af landets økonomiske virksomhed. Det forudsætter til gengæld, at de omtvistede foranstaltninger ikke i sig selv kan antages at være uforenelige med traktaten. De er, om jeg så må sige, omfattet af den gyldighedsformodning, som gør dem retmæssige i henhold til artikel 295 EF.

I den sammenhæng er det særligt betegnende, at det forbehold, der er opstillet i artikel 295 EF, er formuleret som et forbud mod at »préjuger«. Når det hedder, at traktaten »ne préjuge en rien«, indebærer dette i hvert fald, at en national foranstaltning, som vedrører den måde, hvorpå beslutninger træffes i den offentlige sektor, skal anses for forenelig med traktaten, *indtil det modsatte er bevist.* Og »préjuger« er netop at antage, at en foranstaltning, som ikke i sig selv er diskriminerende, anvendes på en diskriminerende måde, som ikke er berettiget.

58. For så vidt angår sagen mod Kongeriget Spanien er det herefter min opfattelse, at løsningen må blive den samme som i dommene af 4. juni 2002, nemlig at Kongeriget Spanien må frifindes.

Med hensyn til ordningen i Det Forenede Kongerige kunne der ligeledes gælde denne legalitetsformodning, såfremt Det Forenede Kongeriges regering var forpligtet til at træffe begrundede beslutninger under udøvelsen af de beføjelser, den er tillagt som særaktionær, og disse beslutninger kunne være genstand for domstolskontrol. I mangel af sådanne garantier finder jeg, at ordningen vedrørende BAA ikke er i overensstemmelse med traktatens krav.

23 — På baggrund af dens placering, af, at dens indhold er bindende og ubetinget, og af, at den udspringer direkte af Schuman-erklæringen af 9.5.1950, således som jeg påviste i forslaget af 3.7.2001.

VI — Sagsomkostningerne

59. I sagen Kommissionen mod Spanien (sag C-463/00) bør Kommissionen betale sagens omkostninger, jf. procesreglementets artikel 69, stk. 2.

60. I sagen Kommissionen mod Det Forenede Kongerige (sag C-98/01) bør den sagsøgte medlemsstat betale sagens omkostninger, jf. de i retspraksis opstillede kriterier.

61. Intervenienten bør bære sine egne omkostninger, jf. procesreglementets artikel 69, stk. 4.

VII — Forslag til afgørelse

62. Sammenfattende skal jeg herefter foreslå følgende:

— Kongeriget Spanien frifindes i sag C-463/00, og det pålægges Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber at betale sagens omkostninger. Intervenienten, Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland, bærer sine egne omkostninger.

— Der gives Kommissionen medhold i sagen mod Det Forenede Kongerige (sag C-98/01), og det pålægges Det Forenede Kongerige at betale sagens omkostninger.