FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 6 februari 2003 [1]

I — Inledning

1. I förevarande mål avseende talan om åsidosättande av fördraget ifrågasätts huruvida ett antal system, enligt vilka det krävs administrativt tillstånd för eller godkännande i förväg av vissa åtgärder som inverkar på förekomsten av privatiserade företag inom området strategisk ekonomi, bolagsändamålet i dessa eller aktiestrukturen i nämnda företag, är förenliga med gemenskapslagstiftningen. Trots dessa statliga befogenheters rättsliga natur, brukar de i dagligt tal benämnas "gyllene aktier" ("*golden shares*").

2. Domstolen har nyligen avhandlat ämnet i domarna av den 4 juni 2002 i målen kommissionen mot Portugal, kommissionen mot Frankrike och kommissionen mot Belgien. [2] Domstolen fann i dessa mål att system med liknande kännetecken kan vara förenliga med gemenskapsrättens krav, under förutsättning att systemet innehåller vissa garantier.

II — Tillämpliga bestämmelser och bakgrund till tvisten

Mål C-463/00, kommissionen mot Spanien

3. I Spanien regleras förutsättningarna för privatisering av olika statliga företag i Lag 5/1995 av den 23 mars om rättslig reglering av försäljning av statliga andelar i vissa företag (BOE nr 72).

1 — Originalspråk: spanska.

2 — Domar av den 4 juni 2002 i mål C-367/98, kommissionen mot Portugal (REG 2002, s. I-4731), i mål C-483/99, kommissionen mot Frankrike (REG 2002, s. I-4781), och i mål C-503/99, kommissionen mot Belgien (REG 2002, s. I-4809).

4. I lagen föreskrivs följande:

"Artikel 1. Subjektivt tillämpningsområde.

Denna lag tillämpas på:

1. Handelsföretag vars bolagskapital vid tidpunkten när denna lag träder i kraft direkt eller indirekt ägs till mer än 25 procent av staten, och som på något av de sätt som anges i handelslagstiftningen kontrolleras av staten i dess egenskap av delägare, och som under förutsättning att det i den verksamhet som det bedriver, i sig eller tillsammans med andra bolag

a) tillhandahåller viktiga tjänster eller offentliga tjänster som formellt har förklarats utgöra sådana,

b) bedriver verksamhet som genom föreskrifter i lag och av skäl som motiveras av det allmännas intresse är föremål för ett särskilt administrativt system för kontroll framför allt av dem som bedriver verksamheten, eller

c) helt eller delvis är undantaget från att utsättas för fri konkurrens enligt föreskrifterna i artikel 90 i Fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen.

2. Handelsföretag som ingår i en grupp i enlighet med artikel 4 i Lag 24/1988 av den 28 juli om värdepappersmarknaden, i vilken något av företagen som avses i punkt 1 ovan har en dominerande ställning, under förutsättning att någon av de omständigheter som avses i a, b och c i nämnda punkt föreligger.

Artikel 2. Tillämpningsområde.

Systemet med administrativa förhandstillstånd som anges i artikel 3 och följande artiklar i denna lag, tillämpas när det allmänna genom staten som bolagsman har en ägarandel i de företag som avses i föregående artikel som motsvarar någon av följande beskrivningar:

1. När ägarandelen genom en eller flera på varandra följande rättshandlingar avyttras så att andelen minskas till ett procenttal som är lika med eller större än 10 procent av bolagskapitalet, och statens direkta eller indirekta ägarandel i detta kapital understiger 50 procent.

2. När ägarandelen som en direkt eller indirekt följd av en rättshandling eller en affär minskas till ett procenttal som understiger 15 procent av bolagskapitalet.

Artikel 3. Administrativt förhandstillstånd.

1. Har någon av förutsättningarna för tillämpning som anges i föregående artikel uppfyllts, och finns stöd härför i det kungliga dekretet till vilket det hänvisas i artikel 4 i denna lag, kan administrativt förhandstillstånd krävas för följande överenskommelser som träffas av bolagsorganen i de handelsföretag som angivits i artikel 1 i denna lag:

a) Frivillig upplösning, fission eller fusion av företaget.

b) Alla former av avyttring eller inteckning av tillgångarna eller andelsinnehaven i bolag vilka är nödvändiga för att bolagsändamålet i företaget skall fullföljas, och vilka är ämnade för detta ändamål.

c) Ändring av bolagsändamålet.

2. Också när någon av förutsättningarna för tillämpning som i enlighet med formuleringarna som fastställts i det kungliga dekretet, till vilket det hänvisas i följande artikel, definieras i artikel 2 i denna lag, kan administrativt förhandstillstånd krävas för följande åtgärder:

a) Åtgärder som består i förfogande över bolagskapitalet och som i form av en eller flera på varandra följande rättshandlingar innebär en minskning av statens ägarandel i det företag som omfattas av det särskilda system som föreskrivs i denna lag, till en procentsats som är lika med eller större än 10 procent.

b) Direkt eller indirekt förvärv, även genom utomstående förvaltare eller mellanmän, av bolagsandelar eller andra värdepapper som kan ge omedelbar eller medelbar rätt till teckning eller förvärv av dessa andelar, när förvärvet medför ett förfogande över minst 10 procent av bolagskapitalet.

...

Artikel 4. Systemet med administrativt tillstånd.

1. Systemet med administrativt tillstånd fastställs genom kungligt dekret som antagits av konseljen på förslag av den minister

som är behörig på området och efter yttrande från statsrådet.

2. Det kungliga dekret genom vilket systemet som avses i denna artikel fastställs, skall ha trätt i kraft innan de rättshandlingar för förfogande som anges i artikel 2 företas. I dekretet fastställs

a) Dess tillämpningsområde.

b) De konkreta rättshandlingar för förfogande som bland dem som anges i artikel 3 fordrar ett administrativt förhandstillstånd.

c) Vilket organ som skall ha behörighet att bevilja tillstånd.

d) Giltighetsperioden för systemet med administrativa tillstånd.

3. Med undantag av det fall som fastställs i punkt 2 d ovan, skall systemet med administrativa tillstånd ändras eller upphävas genom samma förfarande som det som fastställs i punkt 1 i denna artikel."

5. Det framgår av handlingarna i målet att förfarandet med administrativt förhandstillstånd som infördes genom Lag 5/1995, sedan år 1996 har tillämpats med stöd av olika kungliga dekret. Kommissionens kritik riktas mot följande privatiseringsförfaranden:

— Kungligt dekret 3/1996 av den 15 januari avseende Repsol (olja och energi).

— Kungligt dekret 8/1997 av den 10 januari avseende Telefónica de España (telekommunikation).

— Kungligt dekret 40/1998 av den 16 januari avseende Corporación Bancaria de España (Argentaria) (bank).

— Kungligt dekret 552/1998 av den 2 april avseende Tabacalera (tobak).

— Kungligt dekret 929/1998 av den 14 maj avseende Endesa (elektricitet).

Mål C-98/01, kommissionen mot Förenade kungariket

6. Med stöd av Airports Act 1986 (Lagen om flygplatser) av den 8 juli 1986, privatiserades det statliga företag som ägde och använde de internationella flygplatserna i Förenade kungariket (British Airports Authority), varvid dess tillgångar överfördes till det privatägda bolaget BAA plc (nedan kallat BAA).

Enligt dess stadgar av den 7 juli 1987 riktades en emission av en särskild aktie till en kurs av en pund sterling till transportministeriet.

7. I artikel 10 i BAA:s bolagsordning definieras vad som gäller för den särskilda aktien. Dess innehavare måste vara medlem av eller företrädare för regeringen (punkt 1). Enligt punkt 2 krävs skriftligt tillstånd från regeringen eller dess företrädare i bland annat följande fall:

— ändring av bolagsordningen som innebär att de särskilda befogenheter som staten har i bolaget ändras (bland annat innehållet i artiklarna 10 och 40),

— överlåtelse av kontrollen över ett dotterbolag som förvaltar någon av de angivna flygplatserna (Gatwick, Heathrow och Stanstead),

— upplösning eller likvidation av ett bolag eller av dess dotterbolag som förvaltar en angiven flygplats, utom i fall av ombyggnad, eller

— avyttring av hela eller delar av en angiven flygplats, eller överlåtelse av förvaltningen av denna.

8. Den särskilde aktieägaren har rätt att bli kallad till samtliga bolagsstämmor eller liknande sammankomster, men inte att utöva någon rösträtt eller någon annan rätt som inte avser befogenheten att bevilja tillstånd på de villkor som angivits ovan.

9. Enligt artikel 40.1 i bolagsordningen gäller följande:

"Ändamålet med denna artikel är att införa ett förbud för alla personer som inte är *auktoriserade personer*, och som nu eller i framtiden önskar — eller som enligt administratörerna synes önska — förvärva

aktier i *bolaget* att göra detta, när aktierna ger rätt (eller under vissa omständigheter enligt de former som är tillämpliga på dem kan ge rätt) till mer än 15 procent av de röster som skulle kunna avges för att en överenskommelse skall uppnås på en av bolagets stämmor (även om sådana röster inte skulle kunna avges vid alla överenskommelser på alla bolagsstämmor)."

Vidare innehåller bolagsordningen detaljer avseende hur administratörerna skall säkerställa att inte någon äger mer än 15 procent av bolagskapitalet med rösträtt, varvid de ges möjlighet att kräva av berörda delägare att de avyttrar sina överskjutande andelar och, när så krävs, självmant besluta om sådan avyttring.

III — Det administrativa förfarandet

Mål C-463/00, kommissionen mot Spanien

10. Kommissionen informerade den spanska regeringen i skrivelse av den 26 oktober 1999 om att systemet med administrativa förhandstillstånd som fastställts i Lag 5/1995 och i de kungliga tillämpningsdekreten därför, kunde medföra att bestämmelserna i EG-fördraget om fri rörlighet för kapital och fri etableringsrätt kunde komma att åsidosättas. I skrivelsen gav kommissionen den spanska regeringen tillfälle att inom två månader inkomma med synpunkter.

11. Den spanska regeringen svarade den 27 januari 1999 med att hävda att de ifrågasatta åtgärderna var förenliga med gemenskapsrätten. I en ny skrivelse av den 18 mars 1999 preciserade nämnda regering sin ståndpunkt.

12. Kommissionen ansåg inte att de skäl som anförts var tillräckliga, och riktade därför ett motiverat yttrande till nämnda regering den 2 augusti 1999, varvid regeringen uppmanades att efterkomma yttrandet inom två månader.

13. Den spanska regeringen svarade den 3 november 1999 med en detaljerad redogörelse för systemet med privatisering av bestämda företag som är verksamma inom offentlig sektor, och återupprepade sin ståndpunkt att de ifrågasatta åtgärderna var förenliga med gemenskapsrätten, i synnerhet med artiklarna 43 EG, 56 EG och 295 EG.

14. Kommissionen nöjde sig inte med dessa förklaringar, och väckte därför förevarande talan vid EG-domstolen.

Mål C-98/01, kommissionen mot Förenade kungariket

15. I en skrivelse av den 3 februari 1999 underrättade kommissionen Förenade kungarikets regering om att de särskilda befogenheter för staten som fastställts i BAA:s bolagsordning kunde innebära att bestämmelserna i EG-fördraget om fri rörlighet för kapital och etableringsfrihet åsidosattes. Kommissionen gav nämnda regering tillfälle att inom två månader inkomma med sina synpunkter.

16. Förenade kungarikets regering besvarade inte denna begäran, varför den av kommissionen tillställdes ett motiverat yttrande av den 6 augusti 1999, med en anmodan om att efterkomma yttrandet inom två månader.

17. Förenade kungarikets regering svarade den 5 november 1999 med att hävda att medlemsstaterna har befogenhet att inom den nationella bolagsrätten ange de väsentliga egenskaperna för aktier i privata företag som är tillgängliga på marknaden, samt att en sådan åtgärd inte hindrar att dessa aktier ges ut på marknaden. Regeringen hävdade dessutom att det under ett privatiseringsförfarande skulle kunna bli nödvändigt att vidta särskilda åtgärder för att säkerställa det allmännas intresse.

18. Kommissionen var inte nöjd med detta svar och väckte därför förevarande talan vid EG-domstolen.

IV — Förfarandet vid EG-domstolen

Mål C-463/00, kommissionen mot Spanien

19. Kommissionens begäran inkom till domstolens kansli den 21 december 2000. Under det skriftliga förfarandet beslutades det att målet skall avgöras av domstolen i plenum, samt att den muntliga delen skulle inledas. Förutom parterna har Förenade kungarikets regering intervenerat till stöd för svaranden.

20. Kommissionen har yrkat att domstolen skall

1. förklara att artiklarna 2, 3.1 och 3.2 i Lag nr 5/1995 av den 23 mars om rättslig reglering av försäljning av statliga andelar i vissa företag, jämförda med artikel 1 i samma lag, och de kungliga tillämpningsdekret som utfärdats i enlighet med artikel 4 i nämnda lag (de kungliga dekreten 3/1996 av den 15 januari avseende Repsol, 8/1997 av den 10 januari avseende Telefónica de España, 40/1998 av den 16 januari, avseende Argentaria, 562/1998, av den 2 april, avseende Tabacalera och 929/1998 av den 14 maj, avseende Endesa), såvitt det i dessa föreskrivs att ett system med

administrativt förhandstillstånd skall tillämpas

— som inte är motiverat av tvingande hänsyn hänförliga till allmänintresset,

— utan att det fastställs kriterier som är objektiva och varaktiga och som har offentliggjorts, och

— utan att detta överensstämmer med proportionalitetsprincipen,

är oförenliga med artiklarna 43 EG (tidigare artikel 52 i EG-fördraget) och 56 EG (tidigare artikel 73b i EG-fördraget), och

2. förplikta Konungariket Spanien att ersätta rättegångskostnaderna.

21. Den spanska regeringen har yrkat att talan skall avvisas samt att kommissionen skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

Mål C-98/01, kommissionen mot Förenade kungariket

22. Kommissionens begäran inkom till domstolens kansli den 27 februari 2001.

Under det muntliga förfarandet beslutade domstolen att målet skall avgöras av domstolen i plenum, samt att den muntliga delen skulle inledas.

23. Kommissionen har yrkat att domstolen skall

— fastställa att såväl bestämmelserna om begränsningar av möjligheten att förvärva aktier förenade med rösträtt i BAA (artikel 40 i bolagsordningen), som förfarandet för godkännande av avyttring av bolagets tillgångar, kontrollen över dess dotterbolag och likvidation (artikel 10 i bolagsordningen) är oförenliga med artiklarna 43 EG och 56 EG,

— förplikta Förenade kungariket att ersätta rättegångskostnaderna.

24. Förenade kungarikets regering har yrkat att talan skall avvisas och att kommissionen skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

V — Prövning av talan

Huruvida målet kan tas upp till sakprövning

25. Den spanska regeringen har invänt att talan mot denna inte kan tas upp till sakprövning.

Rent konkret kan talan inte tas upp till sakprövning i den mån den avser de kungliga dekreten 40/1998 (Argentaria) och 562/1998 (Tabacalera) då systemet med särskilda befogenheter, som föreskrivits för dessa fall, upphörde att gälla den 17 februari 2001 respektive den 5 oktober 2000 [3] samt då, i fråga om de kungliga dekreten 3/1996 (Repsol), 8/1997 (Telefónica) och 929/1998 (Endesa), de ifrågasatta lagbestämmelserna inte överensstämmer med yrkandena i begäran. I de tre sistnämnda fallen infördes systemet med förhandstillstånd med stöd av artikel 2.1 i Lag 5/1995, att gälla för företagsgrupper. Kommissionen har däremot i sitt motiverade yttrande och i sin egen begäran hänvisat till punkt 1 i samma artikel.

26. Det skall erinras om att enligt fast rättspraxis skall förekomsten av ett fördragsbrott bedömas mot bakgrund av den situation som rådde i medlemsstaten vid utgången av den frist som har angivits i det motiverade yttrandet, i förevarande fall den 2 oktober 1999. De två datum som svaranderegeringen har åberopat ligger i tiden efter denna tidpunkt.

27. När det gäller påståendet om bristande överensstämmelse räcker det å andra sidan att medelst en genomläsning av handlingarna i målet pröva om svaranderegeringen hade tillräckligt god kännedom om vilka överträdelser som den påstås ha gjort sig skyldig till, för att dess talan skall ogillas. Det är därvid inte nödvändigt att ta ställning till om den påstådda bristen verkligen förelegat.

28. Jag föreslår därför att talan mot Spanien skall tas upp till sakprövning i dess helhet.

Den uppfattning som gäller enligt domarna av den 4 juni 2002

29. Det förefaller tveksamt om domstolen vid detta tillfälle skulle ha följt råden som Don Quijote gav Sancho Panza innan ha gav sig i väg för att befalla över Barataria-halvön:... Låt dig inte styras av enbart ditt eget godtycke... Låt de fattigas tårar röra

3 — Efter ändring genom kungligt dekret 67/2000 av den 21 januari 2000.

dig till medlidande, men utan att låta dem dra fördel framför de välbeställda. Försök finna fram till sanningen... Drabba inte en lagbrytare med lagens fulla stränghet när utrymme finns för rimlighet och sans... en sträng domare förtjänar inte större anseende än en medkännande.[4]

30. Det går att dra viss lärdom av domarna som meddelades den 4 juni 2002 i de ovannämnda målen när det gäller bedömningssätt:

a) Prövningen av olika nationella lagstiftningar för ingripande genomförs i huvudsak i ljuset av principerna om fri rörlighet för kapital, och om dessa inte har iakttagits kan dessutom etableringsfriheten ha åsidosatts.

b) Nämnda lagstiftningar utgör begränsningar av den fria rörligheten för kapital i den mån de innebär att förvärv av aktier i de företag som berörs kan förbjudas och att investorer från andra medlemsstater avskräcks.

c) Artikel 295 EG har inte någon som helst praktisk betydelse på detta område.

d) Fri rörlighet för kapital kan endast begränsas lagligen genom åtgärder som utan att innebära diskriminering på grund av nationalitet motsvarar sådana tvingande hänsyn till allmänintresset som är anpassade till det mål som eftersträvas, och som står i proportion till detta. Sådana åtgärder skall vidtas i efterhand och grundas på objektiva kriterier som är kända i förväg för dem som berörs. Åtgärderna skall dessutom kunna bli föremål för domstolsprövning.

31. Domstolen underkände, med tillämpning av ovanstående bedömningskriterier, den portugisiska lagstiftningen om förbud för investorer från en medlemsstat att förvärva mer än ett visst antal aktier i vissa företag. Detta system uppvisade klara diskriminerande drag, och det hjälpte inte att den portugisiska regeringen gjorde en rent politisk kompromiss som innebar att begränsningen inte skulle tillämpas på aktörer inom gemenskapen. Överträdelsen kvarstod likafullt.[5]

32. Det var även på grundval av denna bedömning som domstolen fastställde att ett system som tillämpades utan åtskillnad

4 — de Cervantes, M., *Den snillrike riddaren Don Quijote av La Mancha*, del II, kapitel XLII, utgåva Martín de Riquer, Planeta, Barcelona, 1994, s. 935.

5 — Punkterna 40—42 i domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Portugal.

utgjorde fördragsbrott. Härvid avsågs de portugisiska och de franska systemen, enligt vilka administrativa förhandstillstånd krävdes för förvärv av en andel som överskred vissa nivåer av kapitalet i några företag. Sålunda innehöll den franska lagstiftningen föreskrifter om befogenhet för statens företrädare att motsätta sig överenskommelser inom bolaget att tillgångar i olika bolag skall avyttras eller pantsättas.

33. Det belgiska systemet förtjänade emellertid en annorlunda behandling. I detta system fastställdes en rätt för den belgiska staten att motsätta sig alla överlåtelser, pantsättningar och förändringar av användningen av bolagets ledningsnät för energiprodukter och av andra strategiska tillgångar, liksom vissa beslut som bedömdes strida mot landets energipolitiska riktlinjer.

Den portugisiska regeringen hade till sitt försvar hävdat att det var nödvändigt att eftersträva ekonomisk-politiska mål, såsom valet av en lämplig samarbetspartner, stärkandet av konkurrensstrukturen på marknaden, moderniseringen och förbättringen av produktionsmedlens effektivitet.

Den franska regeringen hade å sin sida åberopat det allmännas intresse av att trygga försörjningen av petroleumprodukter i händelse av kris.

Domstolen fann i det första målet att ekonomiska skäl inte kan motivera hinder som är förbjudna enligt fördraget och, i det andra målet, att lagstiftningen inte hade utformats efter tillräckligt objektiva och precisa kriterier, och att den dessutom gick utöver vad som var nödvändigt för att uppnå det eftersträvade målet.

Domstolen beaktade både hur kontrollen i efterhand genomfördes och de strikta tidsramar som gällde för kontrollens genomförande enligt det belgiska systemet, samt de möjliga ingripandenas begränsade natur (veto vid beslut angående strategiska tillgångar och särskilda frågor angående ledningen av företaget), vilka dessutom endast är tillåtna om målen för energipolitiken hotas, vilka skall vara formellt motiverade och kunna bli föremål för effektiv domstolsprövning.

34. Generaladvokatens roll såsom den definieras i artikel 222 EG är att fullständigt opartiskt och oavhängigt vid offentliga domstolssessioner lägga fram motiverade yttranden i ärenden som handläggs vid domstolen. Generaladvokatens främsta uppgift är att föreslå en lösning för domstolen som är anpassad till rättsordningen, och som innebär att logiska slutsatser i skälen till förslaget, liksom strävan efter enhetlighet, beaktas. Utan dessa element blir de rättsliga avgörandena helt godtyckliga och mister därmed sin förmåga att övertyga.

35. För att fullfölja detta viktiga uppdrag måste jag rikta domstolens uppmärksamhet på de brister som vidlåder skälen i domarna av den 4 juni 2002. Jag är därvid medveten om de risker som det innebär att begrunda domstolens rättspraxis med alltigenom blida ögon i det overkliga sken som inte tillåter några skuggor och som därmed fråntar den alla framträdande egenskaper. [6] Dessa brister är i huvudsak tre till antalet. Jag skall helt försiktigt och kortfattat behandla dessa.

36. Jag anser för det första att det naturliga och ideala området för prövningar av de olika begränsningar som följer av vad som tämligen oprecist brukar betecknas som "gyllene aktier" är det som omfattas av etableringsfriheten. Vad den anklagade medlemsstaten alltid söker åstadkomma, genom befogenheter att ingripa i utformningen av aktiestrukturen, överlåtelser av tillgångar eller vissa åtgärder avseende ledningen av bolaget, är att kunna bestämma i företag som privatiserats (det kan ske genom ingrepp i aktiestrukturen eller i konkreta åtgärder avseende ledningen av bolaget). Denna aspekt har inte mycket att göra med den fria rörligheten för kapital som avses i artikel 56 EG. Sådana befogenheter kan inverka på rätten till fri etablering och göra den mindre intressant såväl direkt, när de avser tillgången till bolagskapital, som indirekt när de gör etableringsfriheten mindre attraktiv genom att bolagsmännens möjligheter att förfoga över bolaget och leda detsamma begränsas. I motsats till vad domstolen slog fast, [7] är den begränsning som följer av den fria rörligheten för kapital av underordnad, men inte nödvändig natur. Om detta med säkerhet gäller för de åtgärder som inverkar på utformningen av aktieägarkretsen, gäller det med ännu större säkerhet för åtgärder som begränsar överenskommelser inom bolaget (ändring av bolagsändamål, avyttring av tillgångar). I sistnämnda fall är kopplingen till den fria rörligheten för kapital hypotetisk och mycket svag.

För att förse begreppet rörlighet för kapital och betalningar med ett innehåll bör domstolen använda sig av tolkning. För mig framstår det som särskilt inadekvat att använda sig av rättsakter inom sekundärrätten för att undersöka vilken betydelse en av de grundläggande rättigheter som föreskrivs i fördraget kan ha. [8] Det har inte heller någon som helst betydelse vid den rättsliga kvalifikationen av en begränsning att svarandestaten (eller en intervenient!) godtar eller avvisar denna. [9]

6 — Boulois, J., Nouvelles réflexions à propos du caractère préjudicielle de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales, i *Études de droit des Communautés européennes* — Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen, utg. A. Pedone, Paris, 1984, s. 25.

7 — Punkterna 56 i domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Portugal och kommissionen mot Frankrike.

8 — Som den spanska regeringen har påpekat är det utmärkande att förslaget till direktiv om övertagandebud uteslutande bygger på den bestämmelse i fördraget i vilken etableringsfriheten stadgas.

9 — Så sker emellertid i punkterna 40 och 41 i domen i målet kommissionen mot Belgien. För att pröva om den belgiska lagstiftningen kunde utgöra en begränsning av den fria rörligheten för kapital, nöjde sig domstolen med att i "vägledande" syfte hänvisa till direktiv 88/361, och att konstatera att svaranderegeringen inte i princip gjorde några invändningar, medan Förenade kungarikets regering i egenskap av intervenient medgav detta "till viss del". Dessa beståndsdelar av bedömningen är knappast relevanta och under inga omständigheter tillräckliga för att utgöra stöd för en bedömning av detta slag.

Jag går inte längre än så i vad jag anser vara en felaktig rättslig kvalifikation av den påstådda överträdelsen, vilket inte får några större konsekvenser eftersom domstolen gör samma slags prövning för båda gemenskapsfriheterna. [10]

37. För det andra synes domstolen i domarna av den 4 juni 2002 inte anse att artikel 295 EG har någon praktisk verkan trots den stora betydelse som artikeln tillmäts i gemenskapens grundläggande text och trots att den enligt fördraget "inte i något hänseende [skall] ingripa i medlemsstaternas egendomsordning". Enligt domarna kan denna bestämmelse inte åberopas till stöd för inskränkningar i de friheter som stadgas i fördraget. Domstolen behandlade fast rättspraxis från olika områden, [11] och erinrade om att "[nämnda artikel inte] undantar medlemsstaternas egendomsordningar från fördragets grundläggande bestämmelser".

Mitt största problem vid behandlingen av de gyllene aktierna var, och är fortfarande, hur jag skall kunna godta att statens innehav av aktier i företagen i medlemsstaterna i sig och äganderätten är förenliga med gemenskapsrätten. Som kommissionen medgav i sin talan i de tre mål som numera är avgjorda, bygger denna princip på neutralitetstanken i artikel 295 EG. Det råder emellertid inte någon tvekan om att statligt ägande av företag förutsätter en klar begränsning av etableringsfriheten (eller av den fria rörligheten för kapital om man så vill) för de ekonomiska aktörerna i de övriga medlemsstaterna. Sådana hinder kan vara en följd av att statliga företag helt enkelt äger en andel i privata företags bolagskapital, oberoende av storleken på innehavet. Enligt sistnämnda antagande skulle andra begränsningar kunna vara en följd av att statsmakten via sina företrädare påverkar vissa överenskommelser inom bolaget som till exempel hindrar att utomstående personer får inträda som bolagsmän i bolaget, eller som på något annat sätt innebär att en gränsöverskridande direktinvestering blir mindre attraktiv.

Om det emellertid är så att domstolen enligt artikel 295 EG inte i förhållande till gällande egendomsordningar i medlemsstaterna är mindre strikt vid sin tillämpning av de grundläggande bestämmelserna i fördraget, och därmed inför en *legalpresumtion*, måste det statliga ägandet i företag motiveras i varje enskilt fall i enlighet med domstolens gängse rättspraxis, samma rättspraxis som tillämpades i de tre avgjorda målen. Med andra ord skall tvingande hänsyn till allmänintresset åberopas, och det skall visas att det statliga ägandet anpassas efter det eftersträvade målet. I domarna av den 4 juni 2002 antas sålunda att statens frihet att ingripa i företagen i den mening som gällt hittills är skadlig. Jag är inte så säker på att detta var det resultat som domstolen önskade

10 — Det är korrekt att tillämpa ett enhetligt synsätt på samtliga grundläggande rättigheter. Det är just av detta skäl som det skulle ha varit önskvärt att domstolen när det gäller systemen i de privatiserade företagen, skulle ha varit mindre strikt vid tillämpningen av sin uppfattning i fråga om begränsningar som tillämpades utan åtskillnad, såsom domstolen redan varit i fråga om fri rörlighet för varor i sin dom av den 24 november 1993 i de förenade målen C-267/91 och C-268/91, Keck och Mithouard (REG 1993, s. I-6097; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-431).

11 — Nämligen domen av den 1 juni 1999 i mål C-302/97, Konle (REG 1999, s. I-3099), punkt 38.

uppnå, men det är oundvikligt om man helt skall rätta sig efter domstolens uppfattning.

Domarna lämnar under alla omständigheter utan någon motivering tillämpningen och räckvidden av artikel 295 EG därhän, vilket inte låter sig göra ostraffat, inte ens med åberopande av grundläggande rättigheter, eftersom artikeln enligt systematiken i fördraget är lika viktig som dessa rättigheter.

38. Den tredje punkten med betydande kritik riktas mot det undantag som domstolen gjorde i det belgiska fallet. För att göra min framställning tydligare kommer jag att koncentrera mig på de befogenheter som regeringen har enligt artikel 3 i de kungliga dekreten av den 10 och den 16 juni 1994, för att motsätta sig överlåtelse av, inteckning i eller byte av ändmål för strategiska tillgångar.

Den försiktiga skrivningen i domen i målet kan inte dölja avsaknaden av relevanta skillnader i jämförelse med det franska systemet som ger en rätt att invända mot avyttring av eller inteckning i tillgångar i de utländska dotterbolagen till det statliga bolaget Elf-Aquitaine. Detta system förtjänade att underkännas av domstolen, efter-

som "objektiva och precisa kriterier saknas, [varför] regleringen går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade målet". [12] Icke desto mindre hade innehavaren av den särskilda aktien befogenhet enligt nämnda lagstiftning att motsätta sig en avyttring eller pantsättning av tillgångar som skulle kunna leda till att *nationella intressen* [13] skadades. Den belgiska lagstiftningen, enligt vilken regeringen har befogenhet att motsätta sig åtgärder som rör förfogandet över strategiska tillgångar när den anser att åtgärderna kan strida mot de *nationella intressena på energiområdet*, är knappast mer precis. [14]

39. Inte heller skillnaderna mellan lagstiftningarna när det gäller förfarandet ger någon ledning. I båda lagstiftningarna föreskrivs en kontroll i efterhand med skyldighet att lämna underrättelser i förväg. Detta påstående måste nyanseras. Det är absolut inte fråga om en sådan renodlad kontroll i efterhand som påverkar en rättshandling som i sig är giltig. Det framgår tvärtom av systematiken i de nationella

12 — Punkt 53 i domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike.

13 — Artikel 1 i dekret nr 93-1296 till vilken det hänvisas i artikel 2.2 i dekret nr 93-1298.

14 — Märkligt nog anges i punkt 51 i domen i målet kommissionen mot Belgien att "ministern endast [kan] ingripa med stöd av artiklarna 3 och 4 i de kungliga kungörelserna av den 10 och den 16 juni 1994 om *målen för energipolitiken hotas*". Denna mera strikta formulering har inte stöd i texterna. Som framgår av punkterna 9 och 10 i samma dom, föreskrivs i artikel 3 i nämnda kungliga dekret att regeringen får motsätta sig överlåtelser av eller inteckningar i vissa tillgångar om den anser att "[detta] strider mot nationella energiintressen", och, endast i artikel 4 i dekretet, att regeringen kan klaga över styrelsebeslut "som den anser strida mot landets energipolitiska riktlinjer, däribland regeringens målsättningar avseende landets energiförsörjning".

lagtexterna att i den mån som behörig minister eller myndighet har yttrat sig inom föreskriven tidsfrist, får överlåtelsetransaktionen eller överenskommelsen om avyttring ingen som helst verkan. I annat fall skulle den administrativa kontrollen undgås och en försäljning till tredje man snabbt kunna ske, varvid de särskilda befogenheterna inte skulle kunna användas. Betraktas situationen på detta sätt framstår den som ett system som innebär att samma rättshandlingar som de som anses beviljade när en viss tid förflutit (positiv tystnad) fordrar administrativt förhandstillstånd.

Båda befogenheterna är förenade med förhållandevis korta tidsfrister (tjugoen dagar i det belgiska fallet, en månad som kan förlängas med ytterligare 15 dagar i det franska fallet). Domstolen beaktade slutligen den belgiska regeringens påstående med stöd av den allmänna administrativa lagstiftningen, att regeringens ingripande måste ges en formell motivering, och att det kunde bli föremål för en effektiv domstolsprövning. Jag har svårt att tro att det franska systemet inte innehåller motsvarande garantier.

40. Med hänsyn till dessa omständigheter består den enda relevanta skillnaden mellan dessa nationella lagstiftningar i den bestämda karaktär som de tillgångar som kan bli föremål för statens invändning har, eller, om man så vill, deras materiella tillämpningsområde. I det belgiska fallet avsågs det ledningsnät som utgör en omfattande infrastruktur för inhemsk befordran av energiprodukter. I det franska fallet avsågs merparten av kapitalet i Elf-Aquitaines dotterbolag. Även om jag medger att denna skillnad påverkar bedömningen av begränsningen är det uppenbart att skillnaden inte på något sätt påverkar *kriteriernas objektivitet och precision.*

Den konkreta tillämpningen av denna uppfattning på de förevarande fallen

Mål C-463/00, kommissionen mot Spanien

41. När det gäller mål C-463/00, kommissionen mot Spanien, kan systemet som införts genom Lag 5/1995 och de olika kungliga tillämpningsdekreten inte vara förenliga med gemenskapsrättens krav, om man beaktar de förhållanden som gällde i målen som avsåg Portugal och Frankrike, och som prövades av domstolen i domarna av den 4 juni 2002. Kravet på det administrativa förhandsbeskedet som infördes såväl för överenskommelser som påverkar fullföljandet av bolagsändamålet (upplösning, fission eller fusion av bolaget, avyttring av eller inteckning i vissa väsentliga tillgångar, ändring av bolagsändamålet), [15] som för åtgärder som innebär vissa förändringar i aktiestrukturen (minskning

15 — Artikel 3.1 i Lag 5/1995.

av statens ägarandel eller ett betydande förfogande över bolagskapitalet) [16] är inte villkorat på något sätt, förutom av en hänvisning till att företaget fortlöpande skall kunna tillhandahålla tjänster, vilken utformats i allmänna ordalag i motiveringen till Lag 5/1995. Det är alltså tveksamt om enskilda kan ha tillräcklig kännedom om omfattningen av sina rättigheter, och systemet skulle därför kunna strida mot rättssäkerheten.

42. Resultatet blir inte nödvändigtvis detsamma om man som rättesnöre vid anpassningen till gemenskapsrätten tar det belgiska systemet för invändningar mot överlåtelser av tillgångar. Som jag tidigare påpekade betonade domstolen olika aspekter när den ogillade talan om fördragsbrott, att ingreppet skedde i efterhand och inom strikta tidsramar, att antalet beslut som får påverkas var begränsat liksom även de skäl som kan åberopas för att lägga in veto, att beslutet skall förses med en formell motivering samt tillgången till en effektiv domstolsprövning.

43. Domstolen fann mycket klarsynt redan då [17] att detta belgiska system inte innebar någon kontroll i efterhand, eftersom åtgärden inte fick *praktisk* verkan förrän den tidsfrist som ministern hade för att tillkännage sin ståndpunkt löpt ut, eller förrän ett sådant tillkännagivande skett, men innan nämnda frist löpt ut. Nämnda system är i detta avseende inte så olikt det spanska systemet, vilket enligt svaranderegeringen erkänner verkan av positiv tystnad.

Skillnaden avseende tidsrymden för att göra invändningar gällande är inte heller avgörande: tjugoen dagar i det belgiska fallet och en månad med möjlighet till femton dagars förlängning i undantagsfall i det spanska fallet.

Som den spanska regeringen hävdade vid sammanträdet — utan invändningar från kommissionen [18] — måste även ett avslag på tillståndsansökan, i form av en administrativ rättshandling, motiveras, och den skall som sådan även kunna utsättas för en effektiv domstolsprövning. Det finns inte något skäl att tro att denna prövning skulle vara mindre effektiv i Spanien än i Belgien.

I motsats till vad kommissionen har hävdat föreligger inte något tillräckligt skäl för att betvivla att det spanska systemet med administrativa förhandstillstånd skulle ha införts för att inom ramen för ett privati-

16 — Artikel 3.2 i Lag 5/1995.

17 — Se punkt 40 ovan.

18 — Jag parafraserar sålunda den formel som används i punkt 51 i domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Belgien, även om jag inte är övertygad om att det räcker med endast en överenskommelse mellan parterna eller ett samtycke om motsatsen för att innehållet i den nationella lagstiftningen skall påvisas.

seringsförfarande säkerställa att "företaget fortlöpande skall kunna tillhandahålla tjänster", som det så tydligt anges i motiveringen till Lag 5/1995. Om denna kontinuitet, såsom svaranderegeringen har hävdat, avser omsorgen om tryggandet av försörjningen, den ekonomiska och sociala solidariteten och skyddet för konsumenternas intressen, är det uppenbart att ändamålet med systemet är att tillgodose ett tvingande hänsyn till allmänintresset, som skiljer sig från ändamål av uteslutande ekonomisk art. Jag tror inte heller att detta är mera oklart än ett åberopande av "nationella energiintressen" som i det belgiska fallet. [19]

Återigen, den enda relevanta skillnaden mellan den belgiska och den spanska lagstiftningen är de olika särdragen hos de åtgärder som kräver tillstånd. Och det skall än en gång påpekas att trots att det spanska systemet har ett mera omfattande materiellt tillämpningsområde eftersom det förutom att avse olika överenskommelser om ändringar i bolaget eller avyttringar av tillgångar, även riktas mot förvärv av 10 procent av bolagskapitalet, påverkar dessa skillnader i omfattning inte på något sätt *objektiviteten och precisionen hos de kriterier* som gäller för tillståndsgivningen. Det större antalet fall med tillståndsgivning förklaras av skillnaderna i det eftersträvade målet.

44. Den spanska lagstiftningen företer dessutom ett särskilt kännetecken som är utmärkande för denna lagstiftning i förhållande till övriga liknande mål som domstolen har avgjort, nämligen att den uttryckligen utgörs av övergångsbestämmelser. Således föreskrevs i vart och ett av de kungliga dekreten ett datum när dessa skulle upphöra att gälla (vanligtvis 10 år efter den utlösande händelsen). Denna tillfälliga begränsning av dess verkningar bekräftar att det rör sig om ett system med undantagsbestämmelser som utformats för att användas vid ett privatiseringsförfarande. Detta förefaller överensstämma med målsättningen att åstadkomma mera öppna marknader, utan att därmed helt överge de särskilda rättigheter som förbehållits staten inom områden som hör till området för strategisk ekonomi. Som domstolen förklarade "kan medlemsstaternas farhågor under vissa omständigheter motivera att dessa behåller ett visst inflytande över privata företag som tidigare varit offentliga när dessa företag tillhandahåller tjänster av allmänt eller strategiskt intresse". [20] Jag skulle vilja tillägga att jag har ännu större förståelse för dessa farhågor när de ges en precis avgränsning i tiden och

19 — Jag vidhåller att den realitet som följer av de rättsliga texterna trots skrivningen i punkt 51 i domen i målet kommissionen mot Belgien, som avser fall när "målen för energipolitiken hotas", är den att ministern kan motsätta sig överlåtelse, pantsättning eller ändring av ändamålet med vissa strategiska tillgångar, om dessa åtgärder "strider mot nationella energiintressen" (artikel 3.1 i det kungliga dekretet av den 10 juni 1994). Man skall komma i håg att även kommissionen på andra områden har använt sig av obestämda rättsliga metoder för att begränsa rättigheter. Den har till exempel åberopat "bristande gemenskapsintresse" för att undvika att talan avseende konkurrensrätt väcktes, varigenom den begränsade de enskildas möjligheter att få en administrativ och i förekommande fall rättslig prövning.

20 — Se domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Portugal, punkt 47, kommissionen mot Frankrike, punkt 43, och kommissionen mot Belgien, punkt 43.

tjänar till att förutse de risker som följer av en ändring i grunden av bolagsordningen inom områden som påverkas av ekonomin.

45. Med hänsyn till den nyordning som föranleddes av privatiseringen av företag i vilka staten haft ett ägande eller en kontroll som under många år framstått som legitim, är det befogat att kräva tillstånd för de olika åtgärderna. Av samma skäl rättfärdigas också den relativt vagt angivna målsättningen som eftersträvas i form av att företaget fortlöpande skall kunna tillhandahålla tjänster. Inför den ovisshet som råder angående eventuella svårigheter som kan uppkomma, kan man förstå att statsmakten behåller ett visst utrymme för skönsmässiga bedömningar. Beaktar man dessutom den tidsbegränsning som gäller för det spanska systemet, överskrider detta inte vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade ändamålet.

46. Med beaktande av dessa överväganden som gjorts mot bakgrund av domarna av den 4 juni 2002, och med hänsyn till det statliga företagsinitiativet i relation till den i artikel 295 EG intagna allmänna gemenskapsrättsliga neutralitetsprincipen — vilken jag huvudsakligen ägnade mig åt i mina förslag av den 3 juli 2001 — anser jag att de möjliga begränsningarna av den fria rörligheten för kapital är motiverade och anpassade samt står i proportion till det eftersträvade ändamålet. Kommissionens talan mot Konungariket Spanien skall därför ogillas. Denna lösning gäller även med avseende på etableringsfriheten. [21]

Mål C-98/01, kommissionen mot Förenade kungariket

47. Den rättsliga situation som återgivits i mål C-98/01, kommissionen mot Förenade kungariket, synes inte på något sätt överensstämma med antagandena i den rättspraxis som nyss upprepats på detta nya område.

48. För det första saknar det betydelse att statens befogenheter att ingripa har sitt ursprung i bolagsordningen (och i lagstiftningen) och att rättsfiguren med aktier utan rösträtt som försetts med särskilda rättigheter tillåts i den nationella lagstiftningen. Även om det inte kan betvivlas att denna situation helt omfattas av den etablerade kategorin "egendomsordningar", är det icke desto mindre så att dessa ordningar inte är undantagna från tillämpningen av fördragets grundläggande bestämmelser, även om domstolen inte gjorde — eller skulle ha önskat göra — någon som helst åtskillnad på grundval av den exakta naturen hos ett visst system. När det gäller kvalifikationen av begränsningen är den avgörande faktorn vilka ekonomiska följdverkningar systemet får, och inte de tekniska särdragen i de olika lagstiftningarna. Det är tvärtom tillräckligt att medlemsstaterna i fortsättningen omvandlar alla

21 — Se analogt punkt 59 i domen i målet kommissionen mot Belgien.

slags offentligrättsliga rättigheter till befogenheter som skrivs in i bolagsordningarna, varigenom dessa rättigheter faller utanför fördragets räckvidd.

49. För det andra har Förenade kungariket mycket övertygande hävdat att de befogenheter som det har enligt artiklarna 10 och 40 i BAA:s stadgar, inte utgör förbjudna restriktioner eftersom de inte begränsar tillgången till bolagskapitalet och inte heller kan tillämpas så att diskriminering uppstår på grund av nationalitet. Då befogenheterna inte utgör hinder för de grundläggande rättigheterna är det inte nödvändigt att motivera dem eller att villkora utövandet av dem med objektiva och precisa kriterier.

Den brittiska lagstiftningen företer trots sitt yttre väsentliga skillnader i förhållande till den franska lagstiftningen.

50. Enligt artikel 10 i BAA:s bolagsordning kan innehavaren av en aktie (staten) motsätta sig bolagets upplösning, upplösning eller överlåtelse av ett dotterbolag som äger någon av de utpekade flygplatserna och avyttring ev hela eller en del av en flygplats eller överlåtelse av förvaltningen av denna. Denna rätt är inte villkorad på något sätt och den är inte föremål för domstolsprövning då den utgör en vanlig rättshandling avseende förfogande som företas av innehavaren av en aktie. Nåväl, i den franska lagstiftningen (artikel 2.3 i dekret nr 93-1298) föreskrevs en möjlighet att stoppa överlåtelse eller pantsättning av tillgångarna, och domstolen ansåg att ett utrymme för skönsmässiga bedömningar av denna omfattning med avseende på rätten att "kontrollera... aktieägares identitet" inte var förenlig med fördraget. Förenade kungarikets regering har åberopat att den inte tolkar artikel 10 så att den ger regeringen rätt att vägra tillstånd på grund av identiteten hos förvärvaren eller övertagaren, utan endast på grund av möjligheten att genomföra avyttringar.

Detta påstående är föga övertygande eftersom det inte har stöd i texterna, och det är ännu mindre förenat med de åtgärder som krävs för att säkerställa att det efterlevs.

51. I artikel 40 i BAA:s bolagsordning begränsas i praktiken varje persons eller företags deltagande i företaget till 15 procent av det bolagskapital som är förenat med rösträtt. Denna proportion gör det möjligt att gentemot svaranderegeringen hävda att tillträdet till marknaden inte hindras. I det franska fallet (artikel 2.1 i dekret nr 93/1298) krävdes tillstånd från den tidpunkt när innehavet översteg en tiondel, en femtedel eller en tredjedel av företagets kapital eller rösträtten i detta. Jag tror inte att en minsta skillnad på fem

procent mellan de båda lagstiftningarna leder till olika bedömningar. Om det dessutom är säkert att den i Förenade kungariket i princip tillämpas med automatik och aldrig på grundval av ömsesidigt förtroende, lika säkert är det då att innehavaren av en särskild aktie när som helst kan avhända sig denna eller godta att bolagsordningen ändras så att en viss investerare får tillgång till en större andel av kapitalet, utan att denna åtgärd kan bli föremål för domstolsprövning.

52. Eftersom systemet i Förenade kungariket inte innehåller några av de garantier som domstolen beaktade när den prövade den belgiska lagstiftningen, särskilt användandet av objektiva kriterier som kan bli föremål för domstolsprövning, kan lösningen i domen i målet kommissionen mot Belgien inte tillämpas analogt på nämnda system.

53. Under dessa förhållanden strider det system som gäller enligt artiklarna 10 och 40 i BAA:s bolagsordning med hänsyn till domarna av den 4 juni 2002 mot den fria rörligheten för kapital, och det är därvid inte nödvändigt att särskilt pröva huruvida de aktuella åtgärderna överensstämmer med bestämmelserna om etableringsfrihet. [22]

22 — Punkt 56 i domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Portugal och kommissionen mot Frankrike.

Lösningen för antagandet avseende artikel 295 EG

54. På grund av de skäl som jag anförde i mitt förslag till avgörande av den 3 juli 2001, och som jag gav domstolen tillfälle att ånyo pröva, är jag övertygad om att ett system med dessa egenskaper under alla förhållanden omfattas av neutralitetsprincipen i artikel 295 EG. Endast om denna bestämmelse tillmäts rätt betydelse kan man komma till rätta med den inkonsekvens som det innebär att å ena sidan fälla en medlemsstat som genom att bibehålla vissa befogenheter för sig själv har gått med på att avhända sig sina bolagsandelar i några strategiska företag, och därmed underlätta de inbrytanden på de nationella marknaderna som eftersträvas i fördragen, medan det å andra sidan tolereras att en annan medlemsstat utan minsta motivering hindrar eller begränsar sådan integration genom statligt ägande i samma företag.

55. I domarna av den 4 juni 2002 slås det fast att artikel 295 EG — som innehåller kategoriska föreskrifter om att EG-fördraget "inte i något hänseende [skall] ingripa i medlemsstaternas egendomsordning" — inte innebär att denna ordning undantas från tillämpningen av de grundläggande bestämmelserna i fördraget. Den uppfattning som sålunda utan större precision utvinns härav, kläs i en *petitio principii*, vars praktiska resultat är att en bestämmelse av en så pass fundamental betydelse att författarna till fördraget bemödade sig

om att understryka densamma, förlorar delar av sin verkan. [23]

56. Av en historisk och teleologisk tolkning följer att uttrycket "egendomsordning" i artikel 295 EG inte avser den civilrättsliga ordningen för ägandeförhållanden utan en ideal samling av bestämmelser av alla slag, såväl privaträttsliga som offentligrättsliga, som har förmåga att ge ekonomiska rättigheter till ett företag, det vill säga som ger deras innehavare ett avgörande inflytande över fastställandet och genomförandet av alla eller vissa av dess ekonomiska mål. Samtidigt framgår av den teleologiska tolkningen att distinktionen mellan offentliga och privata företag, i fördragets mening, inte enbart kan baseras på aktieägarkollektivets sammansättning, den är också beroende av statens möjlighet att fastställa en viss ekonomisk policy som skiljer sig från den strävan efter vinstmaximering som kännetecknar privat verksamhet.

57. Den hänsyn till medlemsstaternas egendomsordningar som slås fast i artikel 295 EG skall helt klart omfatta alla åtgärder som genom ingripanden i ekonomisk bemärkelse i den offentliga sektorn ger staten möjlighet att medverka till utformningen av nationens ekonomiska verksamhet. Jag utgår ifrån att dessa åtgärder inte i sig kan anses oförenliga med fördraget, eftersom de skyddas av den presumtion för giltighet som legitimiteten hos artikel 295 EG medför.

I detta avseende är det särskilt belysande att förbehållet i artikel 295 EG formuleras som ett förbud mot att "ingripa". Om fördraget "ne préjuge en rien", innebär det åtminstone att en nationell åtgärd som påverkar beslutsordningen inom den offentliga sektorn skall anses förenlig med fördraget, *om inte motsatsen bevisas*. Och ingripa innebär just att anta att en åtgärd som i sig inte är diskriminerande kommer att användas på ett diskriminerande sätt som inte är befogat.

58. Mot bakgrund av dessa omständigheter kommer jag när det gäller talan som väckts mot Spanien, till slutsatsen att talan skall ogillas vilket också synes bli fallet vid en tillämpning av domarna av den 4 juni 2002.

Även lagstiftningen i Förenade kungariket hade kunnat hägnas av denna legalpresumtion, om den hade innehållit en skyldighet för regeringen i Förenade kungariket att fatta motiverade beslut med stöd av de befogenheter som den har med stöd av den särskilda aktien, och om sådana beslut hade kunnat bli föremål för domstolsprövning. I avsaknad av sådana garantier är det system som införts i BAA inte förenligt med kraven enligt fördraget.

23 — Genom dess placering i systematiken, dess klara och ovillkorliga lydelse samt det faktum att dess auktoritet kan härledas direkt från Schumanplanen av den 9 maj 1950, vilket jag visade i mitt förslag till avgörande av den 3 juli 2001.

VI — Rättegångskostnader

59. I målet C-463/00, kommissionen mot Spanien skall sökanden i enlighet med artikel 69.2 i rättegångsreglerna förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

60. I mål C-98/01, kommissionen mot Förenade kungariket, skall medlemsstaten i egenskap av svarande i enlighet med de kriterier som tillämpas enligt rättspraxis, förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

61. Intervenienterna skall i enlighet med artikel 69.4 i rättegångsreglerna bära sina rättegångskostnader.

VII — Förslag till avgörande

62. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen skall

— ogilla talan mot Konungariket Spanien i mål C-463/00 och förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna. Förenade kungariket skall i egenskap av intervenient bära sina rättegångskostnader,

— bifalla talan mot Förenade kungariket i mål C-98/01 och förplikta svarandestaten att ersätta rättegångskostnaderna.