FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
fremsat den 13. februar 2007 [1]

I — Indledning

1. Volkswagen forbindes utvivlsomt i højere grad med det tyske økonomiske mirakel end med virksomhedens dunkle nationalsocialistiske fortid og udgør det mest synlige eksempel på de gode resultater af den sociale markedsøkonomi — den udviklingsmodel, som minister Ludwig Erhard [2] indførte i Forbundsrepublikken Tyskland efter Anden Verdenskrig i overensstemmelse med den såkaldte *Freiburgerskole* [3].

2. Nogle af de fremstillede modeller har kendte tekniske fortrin og indgår desuden i kulturarven [4] både i oprindelseslandet og i alle de lande, hvor de kørte på gader og veje, og de har således sat et uudsletteligt præg på 1950'erne og 1960'erne i Europa og på den anden side af Atlanten [5]. Det er derfor forståeligt, at for mange tyskere, som fyldes af nostalgiske følelser ved erindringen om disse gyldne tider, udgør det af Kommissionen anlagte traktatbrudssøgsmål vedrørende visse bestemmelser i den tyske VW-lov [6] ikke blot en kritik af en national lovgivning, men også et angreb på et symbol på den tyske livsstil, en ægte moderne myte.

3. Uanset disse melankolske betragtninger kan sagen henføres under den type, hvor der

1 — Originalsprog: spansk.

2 — Ludwig Erhard var økonomiminister fra 1949 til 1963, hvor han blev forbundskansler efter Konrad Adenauer.

3 — En gruppe universitetslærere i kredsen omkring Walter Eucken, Franz Böhm, Hans Grossmann-Doerth og Leonhard Miksch, der — som reaktion på nazismen — insisterede på frihed i stedet for totalitarisme, ikke kun på det økonomiske område, men også i andre af livets aspekter; D. Hildebrand, *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, Kluwer, 1998, Haag, s. 184-187.

4 — Folkevognen er således dukket op i talrige popkunstudstillinger og har haft hovedrollen i en Walt Disney-film, *Hurra for Herbie*, instrueret af Robert Stevenson i 1968, som på spansk hed *Ahí va ese bólido*, på fransk *Un amour de coccinelle* og på tysk *Ein toller Käfer*. Filmen blev en kæmpesucces i Tyskland, hvor den blev set af fem millioner i de første otte spillemåneder. Der kom flere fortsættelser i form af både tv-film og biografffilm, hvoraf den sidste i rækken er fra 2005, hedder *Herbie — For fuld udblæsning* og er instrueret af Angela Robinson.

5 — Allerede i 1958 udkom en engelsksproget bog om Volkswagens historie på det amerikanske marked: W.R. Nitske, *The amazing Porsche and Volkswagen story*, Comet Press Books, New York.

6 — Lov af 21.7.1960 om overførelse af aktier i Volkswagenwerk GmbH til private (BGBl. I, s. 585, og BGBl. III, s. 641-1-1), som ændret den 6.9.1965 (BGBl. I, s. 461) og den 31.7.1970 (BGBl. I, s. 1149).

skal tages stilling til foreneligheden med EF-traktaten af national lovgivning, som forbeholder staten helt særlige beføjelser i private virksomheder, som normalt benævnes »golden shares«. Jeg skal dog straks påpege, at der i denne sag er vigtige forskelle, som spiller en afgørende rolle.

4. Kommissionen har nærmere bestemt kritiseret begrænsningen af stemmeretten til højst 20% af stamkapitalen i tilfælde, hvor en aktionærs aktieandel overstiger denne andel, kravet om et flertal på mindst 80% til vedtagelse af beslutninger, som efter Aktiengesetz [7] (den tyske aktielov) kan vedtages med et flertal på 75%, samt det forhold, at forbundsstaten og delstaten Niedersachsen hver især har ret til at udpege to medlemmer af virksomhedens bestyrelse.

II — Retsforskrifter

A — *Fællesskabsbestemmelser*

5. Når Kommissionen anfægter gyldigheden af nationale retsforskrifter, undersøger Domstolen normalt disse forskrifter i lyset af to af de grundlæggende friheder, som er sikret ved EF-traktaten, nemlig de frie kapitalbevægelser og etableringsfriheden. Hvad angår kapitalbevægelserne bestemmer artikel 56, stk. 1, EF følgende:

»Inden for rammerne af bestemmelserne i dette kapitel er alle restriktioner for kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne indbyrdes og mellem medlemsstaterne og tredjelande forbudt.«

6. Hvad angår etableringsretten er den relevante bestemmelse artikel 43, stk. 1, EF, som har følgende ordlyd:

»Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser er der forbud mod restriktioner, som hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område. Dette forbud omfatter også hindringer for, at statsborgere i en medlemsstat, bosat på en medlemsstats område, opretter agenturer, filialer eller datterselskaber.«

7 — Lov af 6.9.1965 (BGBl. I, s. 1089).

7. Artikel 295 EF, som det også er vigtigt at inddrage, bestemmer følgende:

»De ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne berøres ikke af denne traktat.«

8. I direktiv 88/361/EØF [8] findes i bilag I en nomenklatur for kapitalbevægelser omhandlet i artikel 1. I dette bilag nævnes bl.a. »erhvervelse af kapitalinteresser i nye eller bestående virksomheder med henblik på etablering eller opretholdelse af varige økonomiske forbindelser« (direkte investeringer) [9] og »valutaudlændinges erhvervelse af børsnoterede indenlandske værdipapirer« (porteføljeinvesteringer) [10].

B — *De tyske bestemmelser*

9. I den retsorden, som dette traktatbrudssøgsmål vedrører, er visse bestemmelser i aktieloven og den såkaldte VW-lov relevante.

1. Aktieloven

10. Ifølge aktielovens § 134, som ændret ved lov om kontrol og gennemskuelighed i erhvervslivet (Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich), udøves stemmeretten i overensstemmelse med aktiernes pålydende værdi eller — når der er tale om ihændehaveraktier (»Stückaktien«) — deres antal. Det bestemmes endvidere, at ikke-børsnoterede selskaber i deres vedtægter kan indføre begrænsninger for stemmeretten for aktionærer med flere aktier ved fastsættelse af en absolut eller progressiv øvre grænse.

11. I henhold til § 101, stk. 2, skal en eventuel ret til at udpege bestyrelsesmedlemmer være fastsat i vedtægterne, og en sådan ret kan kun indrømmes visse aktionærer eller indehavere af navneaktier, som kun kan overdrages med selskabets samtykke. Bestemmelsen begrænser endvidere denne ret, således at højst en tredjedel af de bestyrelsesmedlemmer, som i henhold til lov eller vedtægterne er aktionærrepræsentanter, kan udpeges. I bestemmelsens sidste punktum fastsættes det dog udtrykkeligt, at bestemmelsen ikke berører de særlige regler på området i VW-lovens § 4.

8 — Rådets direktiv af 24.6.1988 om gennemførelse af traktatens artikel 67 (EFT L 178, s. 5).

9 — Punkt I.2.

10 — Punkt III.A.1.

2. VW-loven

12. Ved lovens § 1 blev det tidligere anpartsselskab, som var 100% ejet af forbundsstaten, omdannet til et aktieselskab.

13. Lovens § 2 indeholder regler om udøvelsen af stemmeretten og begrænser i stk. 1 denne til højst at kunne udgøre en femtedel af stamkapitalen, når en aktionær har en aktieandel på over 20%. Bestemmelsen indeholder endvidere regler for beregningen af de enkelte aktionærers aktieandel (stk. 2 og 3).

14. I § 4, der har overskriften »Selskabets organisation«, reguleres forskellige spørgsmål, og i stk. 1 indrømmes Forbundsrepublikken Tyskland og delstaten Niedersachsen hver især ret til at udpege to medlemmer af bestyrelsen, så længe de har aktier i virksomheden.

15. I henhold til § 4, stk. 2, skal beslutninger om opførelse og flytning af fabriksanlæg godkendes med et flertal på to tredjedele i bestyrelsen.

16. I henhold til § 4, stk. 3, kræver beslutninger truffet på generalforsamlingen, hvortil der efter aktieloven kræves et flertal på mindst tre fjerdedele (75%), et flertal på fire femtedele (80%) af stamkapitalen.

III — De faktiske omstændigheder og den administrative procedure

A — *Historisk baggrund for VW-loven*

17. For bedre at forstå den omtvistede nationale lov må vi kaste et blik tilbage på selskabets baggrund, som den tyske regering har beskrevet ganske detaljeret i sit svarskrift og navnlig i sin besvarelse af 20. juni 2003 af Kommissionens åbningsskrivelse af 20. marts 2003; den tyske regerings beskrivelse er ubestridt af Kommissionen.

18. Efter Hitlers magtovertagelse i januar 1933 blev der iværksat et program til fremme af bilindustrien [11], og i denne forbindelse blev der afholdt en offentlig licitation om

11 — Adolf Hitler præsenterede sin målsætning i sin åbningstale på biludstillingen i Berlin i 1934.

fremstilling af den såkaldte Folkevogn (Volkswagen). Tanken var at konstruere en enkel bil, som de fleste tyskere ville have råd til uden at belaste deres økonomi unødigt. Opgaven blev tildelt den legendariske ingeniør Ferdinand Porsche [12].

19. Projektet skulle påbegyndes i største hast, og til dets gennemførelse blev der bevilget to støttebeløb på i alt 700 000 Reichsmark (RM). Der blev også søgt om økonomisk støtte fra Reichsverband der Deutschen Automobilindustrie (den tyske bilindustris sammenslutning), som bidrog med 20 000 RM om måneden i de ti måneder, der blev afsat til at fremstille den første bil. På grund af de problemer, som denne sammenslutning henviste til over for Hitler, besluttede rigskansleren imidlertid at lade Arbeitsfront (den tyske arbejdsfront) overtage opgaven med at fremstille Folkevognen [13]. Til dette formål skulle den største fabrik nogensinde opføres. Der blev anvendt flere forskellige finansieringskilder, idet regeringen som supplement til den tyske stats bidrag indførte en offentlig opsparingsordning, hvor borgere, som ønskede at købe en bil, skulle indbetale 5 RM om ugen til en konto, som skulle finansiere virksomheden. Der blev herved rejst et beløb på 286 mio. RM.

20. Den 28. maj 1937 blev projektet frataget den nævnte sammenslutning, og der blev oprettet et statsligt selskab — Gesellschaft zur Vorbereitung des Deutschen Volkswagens mbH — med en startkapital på 50 mio. RM, som blev indbetalt af Arbeitsfront. Denne organisation fik stillet et fly til rådighed, som skulle bruges til at finde et passende sted i Tyskland til opførelse af den prægtige fabrik. Den skulle ligge midt i landet, hvor der var gode transportmuligheder til vands og til lands. Man fandt til sidst det ideelle sted i Niedersachsen, ikke langt fra Wolfsburg-slottet. Slottet, som havde været ejet af grev Schulenburgs familie siden 1300-tallet, blev eksproprieret. Fabrikken blev opført ved byen Fallersleben langs den motorvej, som forbinder Hannover og Berlin, tæt ved Mittellandkanalen. Den 26. maj 1938 blev grundstenen lagt i overværelse af over 70 000 mennesker. Samtidig planlagde man at opføre en ny by, hvor de fremtidige arbejdere skulle bo — det nuværende Wolfsburg. Til alles overraskelse omdøbte Hitler selv bilen til »KdF Wagen« (Kraft durch Freude Wagen) eller »kraft gennem glæde«-bilen, selv om Porsches ledelse allerede havde registreret mærket Volkswagen, også internationalt [14].

12 — Ferdinand Porsche blev født den 3.9.1875 i Maffersdorf an der Neisse (i dag Vratislavice nad Nisou, Den Tjekkiske Republik) som søn af en blikkenslager. Denne bøhmiske by tilhørte dengang Det Østrig-Ungarske Kejserrige, men efter Første Verdenskrig var det politiske Europakort ændret, og Porsche blev tjekkoslovakisk statsborger. »Den største tyske bildesigner« — som Hitler kaldte ham — kunne ikke beholde sit tjekkoslovakiske statsborgerskab, og det blev derfor ordnet med den tjekkoslovakiske konsul i Stuttgart, at han — efter at have givet afkald på sit statsborgerskab — blev tysk statsborger, jf. C. Parvulesco, *Coccinelle. Triomphe de la voiture populaire*, ETAI, Boulogne-Billancourt, 2006, s. 18.

13 — C. Parvulesco, jf. fodnote 12, s. 17 og 18.

14 — C. Parvulesco, jf. fodnote 12, s. 26.

21. Under den officielle præsentation af bilen blev der fremvist tre forskellige modeller, nemlig en cabriolet, en convertible og en limousine. Diktatoren, som var omgivet af militærfolk i flotte uniformer, der tydeligt lod deres ubrydelige støtte til hans politiske regime komme til udtryk, steg ind i den — med ét slag berømte — cabriolet, som havde Ferdinand Porsches egen søn Ferry ved rattet. Det vakte enorm begejstring, da Føreren erklærede, at KdF-bilen snart ville være tilgængelig for alle til en pris af blot 990 RM.

22. Pengene fra salget af beslaglagte værdier, som var blevet berøvet Weimar-republikkens fagforeninger, der blev forbudt ved den nationalsocialistiske magtovertagelse, finansierede desuden hovedparten af opførelsen af de værksteder, som politikerne forestillede sig skulle blive den største industri i Europa [15].

23. Masseproduktionen af biler skulle starte den 15. oktober 1939, men den 1. september samme år gik Hitler ind i Polen, og med verdenskrigens udbrud blev der vendt op og ned på planerne for alle involverede i projektet, fordi produktionen nu blev indrettet på at opfylde de militære behov, især hvad angår troppernes mobilitet og forsyningen med krigsmateriel. For de ca. 336 000 småsparere [16] forsvandt drømmen om egen bil i larmen fra våben og kanoner [17].

24. De allieredes bombardementer gik hårdt ud over fabriksanlæggene, idet der under fire luftangreb [18] blev kastet over 1 000 tons højeksplosive bomber. På trods af skaderne startede fabrikken produktionen igen allerede i maj 1945 [19], efter at militærregeringen i den britiske besættelseszone havde sat chefingeniør Rudolf Brörmann, som vedholdende havde modsat sig amerikanernes forsøg på helt at nedlægge anlægget, til at lede virksomheden. Rudolf Brörmann blev i 1947 erstattet [20] af et medlem af Opels bestyrelse, Heinrich Nordhoff. Det lykkedes i øvrigt ikke for den britiske militærregering at sælge virksomheden til en udenlandsk konkurrent, som f.eks. Ford eller Chrysler, så da Det Forenede Kongerige trak sig ud af den britiske zone i 1949, blev Volkswagen så at sige herreløs.

15 — Jf. oplysningerne på http://es.wikipedia.org/wiki/Volkswagen

16 — Tallet er oplyst af den tyske regering.

17 — C. Parvulesco, jf. fodnote 12, s. 27.

18 — Angrebene fandt sted i april, juni og august 1944.

19 — Ved udgangen af maj var der af de uskadte dele fremstillet 110 »Kübelwagen« (den militære forgænger for den såkaldte boblebil) til de allierede.

20 — Ifølge H. Momsen, »Das Volkswagenwerk und die »Stunde Null«: Kontinuität und Diskontinuität«, på http://www.dhm.de/ausstellungen/aufbau_west_ost, blev han afsat i forbindelse med den kampagne, der blev iværksat for at udslette ethvert spor af nazisterne i Volkswagen.

25. Selv om der ikke var nogen kendt ejer af fabrikken, blev den drevet med en overraskende dynamik, som gjorde den til en blomstrende forretning [21], der vakte arbejdernes begærlighed — uden tvivl berettiget på grund af deres direkte og umiddelbare bidrag til virksomhedens succes. Da det i slutningen af 1950'erne så ud til, at domstolene ikke ville give Folkevognsopsparerne medhold i den sag, de havde anlagt, gjorde de ansatte krav på ejerskabet til virksomheden. Med forbundsstaten, delstaten Niedersachsen, fagforeningerne og de uheldige opsparere var der således allerede fem parter, der krævede ejendomsretten til mærket.

26. De spændinger, som de modsatrettede interesser gav anledning til, truede med at trække i langdrag i retssystemet, til fare for stabiliteten i en virksomhed, som var symbol på den endnu unge Forbundsrepublik. Efter årelange og intense diskussioner og svære forhandlinger nåede man frem til et kompromis i form af en aftale om retsforholdene i Volkswagen GmbH, som blev undertegnet af forbundsstaten og delstaten Niedersachsen den 12. november 1959 [22].

27. I henhold til denne aftale skulle alle anparter i selskabet, som dengang var et anpartsselskab, i første fase overføres til forbundsstaten [23]. I anden fase blev selskabet omdannet til et aktieselskab, hvorefter 60% af aktierne blev solgt til private og resten fordelt med 20% til hvert af de to involverede offentligretlige organer, nemlig forbundsstaten og delstaten Niedersachsen [24].

28. I aftalen mellem de nationale og de regionale myndigheder blev arbejdstagernes interesser også tilgodeset gennem oprettelsen af Volkswagenstiftung til fremme af forskning, uddannelse, videnskab og teknologi.

29. Vedtægterne for aktieselskabet Volkswagen blev godkendt den 6. juli 1960 og kom til at indgå i VW-loven ligesom resten af aftalen. I to bestemmelser fastsattes det, dels at det kvalificerede flertal for vedtagelse af visse selskabsbeslutninger skulle være 80% i stedet for 75%, dels at stemmeretten skulle begrænses til højst at kunne udgøre 20% af kapitalen.

21 — I 1955 forlod boblebil nr. 1 000 000 fabrikken, og allerede i 1972 var der solgt over 15 mio. af denne model. På den tid var der en amerikansk forfatter, der forsøgte at udnytte den tyske bils popularitet ved at bruge dens navn i titlen på en roman: E. Woods, *Yellow Volkswagen*, Greywood Publishing Ltd, Toronto, 1971.

22 — Vertrag über die Regelung der Rechtsverhältnisse bei der Volkswagenwerk Gesellschaft mit beschränkter Haftung und über die Einrichtung einer Stiftung Volkswagenwerk.

23 — Med hjemmel i lov om regulering af retsforholdene i Volkswagenwerk GmbH (Gesetz über die Regelung der Rechtsverhältnisse der Volkswagenwerk GmbH, BGBl. I, s. 301).

24 — Ved VW-loven.

B — *Den administrative procedure*

30. Kommissionen, der havde modtaget klager over VW-loven, sendte den 19. marts 2003 en åbningsskrivelse til Forbundsrepublikken Tyskland, som medlemsstaten besvarede den 20. juni 2003.

31. Kommissionen fandt ikke forklaringerne overbevisende og fremsatte den 1. april 2004 en begrundet udtalelse, hvori den opfordrede Forbundsrepublikken Tyskland til at træffe de foranstaltninger, der var nødvendige for at ophæve eller ændre den omtvistede lov inden for to måneder fra fremsættelsen af udtalelsen.

32. Den tyske regering fremsatte sine bemærkninger ved skrivelse af 12. juli 2004, hvori den gentog, at loven efter dens opfattelse ikke var i strid med artikel 56 EF og ikke skulle ændres. Den tyske regering anmodede derfor Kommissionen om, at sagen blev henlagt, fordi påstanden om traktatbrud efter dens opfattelse var ubegrundet.

33. Kommissionen delte ikke den tyske regerings opfattelse og anlagde sag ved Domstolen med påstand om, at der fastsloges et traktatbrud i henhold til artikel 226 EF som følge af en tilsidesættelse af artikel 56 EF og 43 EF.

IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen og parternes påstande

34. I stævningen, der indgik til Domstolens Justitskontor den 4. marts 2005, nedlægges der påstand om, at det fastslås, at VW-lovens § 2, stk. 1, og § 4, stk. 1 og 3, er i strid med artikel 56 EF og 43 EF, samt om, at den sagsøgte medlemsstat tilpligtes at betale sagens omkostninger.

35. I svarskriftet, som blev indleveret den 25. maj 2005, har Forbundsrepublikken Tyskland nedlagt påstand om frifindelse og om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

36. Ved kendelse af 7. september 2005 tillod Domstolens præsident, at Republikken Finland indtrådte i sagen som intervenient, hvilket medlemsstaten dog gav afkald på ved skrivelse indgået til Justitskontoret den 25. november.

37. Der blev indgivet replik den 22. august 2005 og duplik den 16. november 2005.

38. I retsmødet, som fandt sted den 12. december 2006, blev der afgivet mundtlige indlæg af repræsentanterne for Forbundsrepublikken Tyskland og Kommissionen.

V — Gennemgang af søgsmålet

A — *Indledende bemærkninger*

39. Det skal først understreges, at selv om Kommissionen har påberåbt sig en tilsidesættelse af artikel 43 EF, har den begrænset sin påstand til kun at vedrøre tilsidesættelsen af princippet om de frie kapitalbevægelser (artikel 56 EF), hvilket den utvivlsomt har gjort i et forsøg på at få Domstolen til at anvende samme ræsonnement som i sagerne vedrørende »golden shares«. Dette er dog ikke til hinder for, at Domstolen også tager stilling til, om der samtidig foreligger en tilsidesættelse af etableringsfriheden.

1. VW-lovens stilling i forhold til retspraksis vedrørende »golden shares«

40. Kommissionen har først og fremmest støttet sin påstand på retspraksis vedrørende »golden shares« [25] og er i sin argumentation gået ud fra, at der er tale om en statslig foranstaltning, der tillægger staten særlige rettigheder, i dette tilfælde forbundsstaten og delstaten Niedersachsen.

41. Kommissionen har også påpeget den offentligretlige karakter af den aftale, som staten og delstaten har indgået for at løse uenigheden om ejendomsretten til virksomheden, idet der er tale om en lov vedtaget med henblik på et enkelt selskab.

42. Den tyske regering er uenig i denne opfattelse og mener ikke, at de situationer, som Domstolen har udtalt sig om, kan sammenlignes med Volkswagens situation. Den tyske regering har herved anført, at de omtvistede bestemmelser, eller i det mindste de bestemmelser, som vedrører begrænsningen af stemmerettighederne og forhøjelsen af det flertal, der kræves for vedtagelse af visse vigtige beslutninger på generalforsamlingen, er objektive og intet indeholder, der fører til forskelsbehandling, eftersom de finder anvendelse uden forskel på alle investorer, offentlige såvel som private.

43. Den sagsøgte regering har desuden påpeget, at VW-loven ikke kan anses for en »statslig foranstaltning«, eftersom den blot gengiver indholdet af den privatretlige aftale, som forbundsstaten og delstaten Niedersachsen indgik i 1959.

25 — Dom af 23.5.2000, sag C-58/99, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 3811, domme af 4.6.2002, sag C-367/98, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 4731, sag C-483/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 4781, og sag C-503/99, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 4809, samt domme af 13.5.2003, sag C-463/00, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 4581, og sag C-98/01, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. I, s. 4641. Efter sagens anlæggelse er der afsagt dom den 2.6.2005 i sagen Kommissionen mod Italien (sag C-174/04, Sml. I, s. 4933) og den 28.9.2006 i sagen Kommissionen mod Nederlandene (forenede sager C-282/04 og C-283/04, Sml. I, s. 9141).

44. Selv om sagen faktisk kun marginalt vedrører »golden shares« i egentlig forstand, fordi de særlige rettigheder ikke er knyttet til de offentlige enheders aktier, bør man på den anden side ikke anlægge en alt for snæver fortolkning af, hvad der skal forstås ved sådanne rettigheder. I virkeligheden er spørgsmålet, om de helt særlige rettigheder formelt er knyttet til visse kapitalandele, mindre vigtigt end spørgsmålet, om de tildeles eksklusivt på en sådan måde, at det afskrækker investorer, især udenlandske.

45. Det er også overraskende, at den tyske regering ikke mener, at en lov, der er vedtaget af det nationale parlament, skal anses for en statslig foranstaltning, for der findes ikke noget mere typisk udtryk for det offentliges adfærd end udøvelsen af dets lovgivningsmæssige beføjelser. Mindst lige så mærkeligt er det, at en tysk »Staatsvertrag« betegnes som en privatretlig aftale, når sådanne statslige overenskomster i tysk litteratur entydigt klassificeres som offentligretlige i henhold til den nationale retsorden [26].

46. Jeg må derfor forkaste de argumenter, hvormed den tyske regering fra starten vil holde den foreliggende sag adskilt fra andre sager om »golden shares«, hvori Domstolen allerede har afsagt dom. Dette skal dog ikke afholde mig fra senere at undersøge Kommissionens klagepunkter om traktatbrud nærmere.

2. Relevansen af artikel 295 EF

47. Den sagsøgte regering har mærkeligt nok ikke til sit forsvar påberåbt sig overholdelsen af artikel 295 EF, som jeg gennemgik grundigt i mine to forenede forslag til afgørelse i henholdsvis sagerne Kommissionen mod Portugal, Kommissionen mod Frankrig og Kommissionen mod Belgien [27] og sagerne Kommissionen mod Spanien og Kommissionen mod Det Forenede Kongerige [28].

48. Det er fortsat min opfattelse, 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, herunder offentligretlige regler, som kan indebære en kontrol med en virksomhed, dvs. at de giver den, som har en sådan kontrol, mulighed for at udøve en afgørende indflydelse på fast-

26 — H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, C.H. Beck, 12. ændrede og udvidede udgave, München, 1999, s. 352 ff.

27 — Fremsat den 3.7.2001.

28 — Fremsat den 6.2.2003.

lægelsen og gennemførelsen af alle eller visse af virksomhedens mål. Tilsvarende fremgår det af den nødvendige formålsfortolkning af bestemmelsen, 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 fastsætte andre kriterier for sin økonomiske politik end den stræben efter blot at opnå maksimal indtjening, der er karakteristisk for private virksomheder [29].

49. Jeg mener således stadig, at den hensyntagen til de nationale ejendomsretlige ordninger, der fastslås som princip i artikel 295 EF, må omfatte enhver foranstaltning, som gennem indgriben i den offentlige sektor i dette udtryks økonomiske betydning giver staten mulighed for at bidrage til udformningen af landets økonomiske virksomhed [30].

50. Den kritik, jeg fremførte i mit forslag til afgørelse i sagerne C-463/00 og C-98/01, af, at Domstolen i sine domme havde afholdt sig fra at anvende og anerkende rækkevidden af artikel 295 EF uden at give nogen begrundelse herfor, er stadig aktuel, eftersom bestemmelsen heller ikke er blevet fortolket i senere afsagte domme [31], men jeg medgiver, at der er væsentlige forskelle mellem den foreliggende sag og de sager, som Domstolen hidtil har afgjort, og at løsningen derfor må gå i en anden retning.

51. Baggrunden for de tidligere sager har for det meste været privatiseringen af virksomheder inden for områder, som blev anset for »strategiske«, og hvor liberaliseringen var sket gradvist (kulbrinter, lufthavne, forsikringer). De pågældende foranstaltninger havde det til fælles, at de udgjorde midler for det offentlige til at gribe ind i bestemte former for virksomhed af vital interesse for den nationale økonomi med henblik på at gennemføre en økonomisk-politisk strategi [32].

52. VW-loven falder ikke inden for denne kategori, således som det også fremgår af den historiske gennemgang af baggrunden for dens tilblivelse.

53. For det første er der ikke tale om en sektor, som traditionelt anses for at spille en nøglerolle for et lands økonomi, uanset hvor

29 — Dom af 6.7.1982, forenede sager 188/80-190/80, Frankrig m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 2545, præmis 21.

30 — Jf. mine allerede forenede forslag til afgørelse i sag C-367/98, Kommissionen mod Portugal, sag C-483/99, Kommissionen mod Frankrig, og sag C-503/99, Kommissionen mod Belgien, punkt 54 og 55, og i sag C-463/00, Kommissionen mod Spanien, og sag C-98/01, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, punkt 56 og 57.

31 — Dommen i sagen Kommissionen mod Spanien og i sagen Kommissionen mod Det Forenede Kongerige; jf. også dommen i sagen Kommissionen mod Italien og i sagen Kommissionen mod Nederlandene.

32 — Jf. forslaget til afgørelse i de forenede sager C-367/98, C-483/99 og C-503/99, punkt 62.

stor en andel af dets bruttonationalprodukt den tegner sig for; bilindustrien var ganske veludviklet i mellemkrigstidens Tyskland, og dette skyldtes ikke statslig indgriben.

54. For det andet var hovedformålet med den omtvistede lov at løse uenigheden om ejendomsretten til virksomheden, hvilket i princippet måtte indebære, at den kunne karakteriseres som privatretlig, efter den fortolkning, som nogle — men ikke jeg — anlægger af artikel 295 EF. De bestemmelser, som Kommissionen har anfægtet i den foreliggende traktatbrudssag, vedrører imidlertid ikke den ejendomsretlige ordning, hverken generelt eller i forhold til Volkswagen isoleret betragtet.

55. De tre omtvistede bestemmelser i den tyske lov gør det uden tvivl nemmere for dem, der i forvejen kontrollerer selskabet, at bevare denne kontrol ved hjælp af sådanne selskabsretlige teknikker, som ofte bruges af bestyrelser for at beskytte selskabet mod fjendtlige overtagelsesforsøg [33].

33 — Jf. vedrørende begrænsninger af stemmeretten F. Kübler, *Gesellschaftsrecht*, femte ændrede og udvidede udgave, C.F. Müller, Heidelberg, 1998, s. 199. Jf. ligeledes H. Krause, »Von »goldenen Aktien«, dem VW-Gesetz und der Übernahmerichtlinie«, *Neue Juristische Wochenschrift*, nr. 38/2000, s. 2749.

56. På baggrund af det anførte mener jeg ikke, at der er hjemmel for VW-loven i artikel 295 EF, hverken efter den fortolkning, som jeg altid har været fortaler for, eller efter den, hvorefter bestemmelsen er begrænset til at beskytte medlemsstaternes frihed til selv at regulere de civilretlige formueordninger.

B — *Restriktioner for de frie kapitalbevægelser*

1. Indledende bemærkninger

57. Kommissionen ønsker dom for, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat princippet om etableringsfriheden og princippet om de frie kapitalbevægelser. Kommissionens argumentation bygger imidlertid udelukkende på tilsidesættelsen af sidstnævnte princip, hvilket også forekommer logisk i lyset af retspraksis vedrørende »golden shares«, som i det væsentlige har været koncentreret om artikel 56 EF og kun subsidiært har berørt artikel 43 EF.

58. Jeg er fortsat af den opfattelse, at den naturlige og passende ramme for behandlingen af de forskellige restriktioner, der følger af, hvad der — ikke særlig præcist — kaldes »golden shares«, er etableringsfrihe-

den. Den sagsøgte medlemsstat vil nemlig normalt, gennem en anvendelse af beføjelserne til at gribe ind i aktionærstrukturen, forsøge at kontrollere viljesdannelsen hos det privatiserede selskab (i form af indgreb i sammensætningen af aktionærkredsen eller gennem nærmere angivne forvaltningsakter), et aspekt, der ikke har meget at gøre med de frie kapitalbevægelser [34].

59. Disse beføjelser kan imidlertid 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 selskabsorganernes beslutningsfrihed eller forvaltningsbeføjelser [35]. I modsætning til, hvad Domstolen har udtalt [36], er den heraf følgende restriktion for de frie kapitalbevægelser subsidiær og ikke nødvendig. Som jeg allerede tidligere har påpeget, gælder dette med hensyn til foranstaltninger, der har betydning for aktionærstrukturen, men det gælder i endnu højere grad med hensyn til foranstaltninger som de i sagen her anfægtede, 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 [37].

60. Under alle omstændigheder er det formålsløst at gå videre med den fejlagtige retlige kvalificering af den hævdede tilsidesættelse, for den har ikke væsentlige konsekvenser, idet Domstolen tager stilling til de to fællesskabsretlige frihedsrettigheder på samme måde. Jeg vil i det følgende anvende samme metode som Domstolen ved undersøgelsen af, om der foreligger traktatbrud, idet det er fastslået, at artikel 295 EF ikke giver hjemmel for VW-loven.

61. Som allerede nævnt har Domstolen gentagne gange baseret sin bedømmelse på artikel 56, stk. 1, EF, som forbyder restriktioner for kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne [38].

62. Da begrebet »kapitalbevægelser« ikke er defineret i EF-traktaten, har Domstolen fastslået, at den nomenklatur for kapitalbevægelser, der er indeholdt i bilagene til direktiv 88/361/EØF [39], har vejledende værdi. I henhold til denne nomenklatur

34 — Forslaget til afgørelse i sagen Kommissionen mod Spanien og Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, punkt 36.

35 — L.A. Velasco San Pedro og J.M. Sánchez Felipe, »La libertad de establecimiento de las sociedades en la UE. El Estado de la cuestión después de la SE«, *Revista de derecho de sociedades*, nr. 19, årgang 2002-2, s. 31.

36 — Dommen i sagen Kommissionen mod Portugal og i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 56. Jf. ligeledes dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 43.

37 — Forslaget til afgørelse i sagen Kommissionen mod Spanien og Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, punkt 36.

38 — Jf. f.eks. dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 35 og 40, og i sagen Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, præmis 38 og 43.

39 — Rådets direktiv af 24.6.1988 om gennemførelse af traktatens artikel 67 (denne artikel blev ophævet ved Amsterdamtraktaten) (EFT L 178, s. 5).

omfatter kapitalbevægelser direkte investeringer ved erhvervelse af kapitalinteresser i en virksomhed i form af aktiebesiddelse, som giver mulighed for at deltage i driften af og kontrollen med selskabet, og indirekte investeringer, som f.eks. erhvervelse af værdipapirer, der handles på kapitalmarkedet, med det formål at investere uden at ville opnå indflydelse på hverken virksomhedens drift eller kontrollen med den (også benævnt »porteføljeinvesteringer«) [40].

63. Domstolen har undersøgt disse to typer investeringer og fastslået, at nationale foranstaltninger, der hindrer eller vanskeliggør erhvervelse af aktier i de berørte virksomheder eller afholder investorer fra andre medlemsstater fra at investere i disse virksomheder, udgør »restriktioner« for kapitalbevægelserne i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 56, stk. 1, EF [41].

64. Det er i lyset af disse principper, at de omtvistede bestemmelser i VW-loven skal undersøges med henblik på at afgøre, om de udgør hindringer for de frie kapitalbevægelser som omhandlet i artikel 56, stk. 1, EF. Hvis dette er tilfældet, skal det undersøges, om hindringerne eventuelt kan være berettigede [42].

40 — Dom af 16.3.1999, sag C-222/97, Trummer og Mayer, Sml. I, s. 1661, præmis 21, dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 36 og 37, og i sagen Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, præmis 39 og 40.

41 — Dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 41, dommen af 2.6.2005 i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 30 og 31, og dom af 19.1.2006, sag C-265/04, Bouanich, Sml. I, s. 923, præmis 34 og 35.

42 — Jf. f.eks. dommen i sagen Kommissionen mod Belgien, præmis 42-55, og i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 32-40.

2. Gennemgang af de omtvistede bestemmelser

a) Forbundsstatens og delstatens ret til at udpege to medlemmer af selskabets bestyrelse

i) Problemstillingen

65. Efter Kommissionens opfattelse udgør bestemmelsen i § 4, stk. 1, i VW-loven om, at Forbundsrepublikken Tyskland og delstaten Niedersachsen har ret til hver at udpege to medlemmer af bestyrelsen, så længe de har aktier i virksomheden, en undtagelse fra aktielovens § 101, stk. 2, som bestemmer, at en sådan ret skal være fastsat i vedtægterne, og begrænser denne ret, således at højst en tredjedel af de bestyrelsesmedlemmer, som i henhold til lov eller vedtægterne skal repræsentere aktionærerne, kan udpeges, hvilket i Volkswagens tilfælde ville svare til tre medlemmer.

66. Kommissionen mener, at VW-lovens bestemmelser om denne særrettighed begrænser andre aktionærers muligheder for at deltage i selskabets ledelse og kontrol, hvilket i henhold til retspraksis udgør en

tilsidesættelse af princippet om de frie kapitalbevægelser [43]. Efter Kommissionens opfattelse er det irrelevant, at forbundsstaten har afhændet alle sine aktier og derfor ikke er berettiget til at udpege bestyrelsesmedlemmer, ligesom det er uden betydning, om delstaten Niedersachsen er forholdsmæssigt repræsenteret eller endda underrepræsenteret i bestyrelsen i forhold til dens andel af aktiekapitalen, for ingen af delene forhindrer, at staten tildeles særlige rettigheder, som gør det mindre attraktivt at investere i Volkswagen.

67. Efter den tyske regerings opfattelse har bestyrelsen [44], som kontrolorgan, ikke egentlige beslutningsbeføjelser i andre end de sjældne tilfælde, hvor den i henhold til lov eller vedtægterne skal træffe beslutning. Den tyske regering har tilføjet, at antallet af pladser i bestyrelsen står i rimeligt forhold til kapitalandelen, og at delstaten Niedersachsen er underrepræsenteret i forhold til sin andel af aktierne. Regeringen har endelig anført, at Kommissionens formodninger om, at bestemmelserne bremser investeringer, ikke har hold i virkeligheden.

ii) Undersøgelse af klagepunktet

68. Den vedtægtsbestemte ret til at udpege bestyrelsesmedlemmer, som i henhold til den tyske aktielovs § 101, stk. 1 og 2, kan indrømmes visse aktionærer, opfylder i virkeligheden to formål, nemlig dels at fremme repræsentationen af de storaktionærer i selskabet, som ønsker at deltage i dets drift, dels at forbeholde mindretalsaktionærer visse pladser, idet det bestemmes, at sådanne repræsentanter kun må udgøre en tredjedel af aktionærrepræsentanterne [45].

69. Forbeholdet i denne bestemmelse vedrørende VW-lovens § 4, stk. 1, vidner om den vidtrækkende karakter af de beføjelser, der er tildelt de pågældende offentlige organer.

70. For det første var et af motiverne i forbindelse med indførelsen af § 101 tilsyneladende netop at give det offentlige adgang til at øve indflydelse på selskaber, som leverer ydelser af almen interesse, uden at skulle

43 — Dommen i sagen Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, præmis 44, i sagen Kommissionen mod Belgien, præmis 39-41, og i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 44-46. I dommen i sidstnævnte sag fortolkede Domstolen den portugisiske regerings tavshed som en tilslutning til påstanden, en stiltiende anerkendelse af traktatbruddet, og gik over til at undersøge spørgsmålet om en eventuel berettigelse. Denne fremgangsmåde har jeg allerede kritiseret i mit forslag til afgørelse i de forenede sager C-367/98, C-483/99 og C-503/99 (punkt 76), hvori jeg opfordrede Domstolen til af egen drift at undersøge den påståede tilsidesættelse, idet jeg tvivler på, at den fællesskabsinteresse, der ligger til grund for denne type sager, er forenelig med dispositionsmaksimen.

44 — Bestemmelserne om bestyrelser findes i den tyske aktielovs § 95-116.

45 — F. Kübler, jf. fodnote 33, s. 190.

indskyde den nødvendige kapital [46]. Dette forhold berettiger på ingen måde VW-loven, men underbygger snarere dens ekstraordinære karakter, for da lovens bestemmelser ikke berøres, bliver det endnu klarere, at de omhandlede regler, som er til fordel for én enkelt virksomhed, har karakter af en undtagelse.

71. For det andet fremgår det også, at den omtvistede bestemmelse adskiller sig fra de almindelige regler både formelt, idet retten til at udpege medlemmer af bestyrelsen er tildelt ved lov [47] og ikke i vedtægterne, og materielt, fordi § 4, stk. 1, bestemmer, at fire af de ti medlemmer i bestyrelsen, som repræsenterer aktionærerne, udpeges af de to offentlige enheder, hvilket er mere end den tredjedel, som i henhold til aktielovens § 101, stk. 2, højst kan udpeges.

72. Denne særrettighed for forbundsstaten og delstaten tager i strid med den almindelige regels formål overhovedet ikke hensyn til størrelsen af disse to organers respektive aktieposter, men herudover begrænser den også de øvrige investorers muligheder for at opnå tilsvarende fordele og ødelægger således balancen mellem kapitalens magt og andre aktørers indflydelse i et selskab [48]. Selv en erhvervsdrivende, som måtte opnå tilstrækkelig magt til at ændre vedtægterne og ophæve de pågældende bestemmelser, vil stå over for det problem, at det kræver en lovændring, som kun det nationale parlament kan vedtage.

73. Selv om VW-lovens § 4, stk. 1, anses for en lex specialis, er der derfor ingen tvivl om, at den afskrækker investorer fra at købe større aktieposter i virksomheden, fordi de risikerer at skulle sidde i bestyrelsen sammen med fire repræsentanter for det offentlige, som kun ejer ganske få aktier.

74. Det er ikke afgørende for spørgsmålet, om der foreligger traktatbrud, om de nævnte offentlige organer gør brug af deres rettigheder, for det er i denne forbindelse tilstrækkeligt, at man i den tyske retsorden ikke har ophævet den helt særlige bestemmelse om, at forbundsstaten og delstaten Niedersachsen har ret til at udpege bestyrelsesmedlemmer i Volkswagen og gribe ind, når de finder det hensigtsmæssigt.

46 — Samme sted.

47 — Hvis en sådan bestemmelse var blevet fastsat i Volkswagens vedtægter og ikke i VW-loven, ville den være blevet ugyldig ved vedtagelsen af aktieloven af 1965. Formålet med aktielovens udtrykkelige bestemmelse om, at § 4, stk. 1, fortsat er gældende, var således at løse problemet i relation til dens § 101.

48 — F. Sander, »Volkswagen vor dem EuGH — der Schutzbereich der Kapitalverkehrsfreiheit am Scheideweg«, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*, nr. 4/2005, s. 109.

75. VW-lovens § 4, stk. 1, er følgelig i strid med artikel 56 EF, medmindre bestemmelsen måtte være berettiget; de hensyn, der anføres som begrundelse for den, er de samme, som anføres i relation til de øvrige anfægtede bestemmelser, og de vil derfor blive undersøgt samlet efter gennemgangen af de øvrige klagepunkter.

b) Det blokerende mindretal og stemmerettighedsloftet

i) Problemstillingen

76. I de skriftlige indlæg er disse to klagepunkter behandlet separat, undtagen i forbindelse med vurderingen af de tre omtvistede bestemmelsers kombinerede virkning. Af de nedenfor anførte grunde vil det imidlertid være hensigtsmæssigt at behandle dem samlet.

77. Kommissionen har særskilt om VW-lovens § 2, stk. 1, som begrænser stemmeretten til kun at kunne udgøre en femtedel af kapitalen, anført, at bestemmelsen indfører en fravigelse af princippet om »én aktie, én stemme« (»one share, one vote«), uden at aktionærerne har haft mulighed for at udtale sig. Kommissionen har tilføjet, at selv hvis det anerkendes, at det er helt almindeligt at begrænse stemmeretten i selskaber på denne måde, er der forskel på at hjemle mulighed for en sådan begrænsning, således som tysk ret gør det for ikke-børsnoterede selskaber, og pålægge en virksomhed en sådan begrænsning ved lov, som det er sket for Volkswagen.

78. Kommissionen fortsætter sin analyse med VW-lovens § 4, stk. 3, hvorefter der kræves et flertal på mindst fire femtedele (80%) af stamkapitalen til vedtagelse af visse beslutninger på generalforsamlingen, mens der efter aktieloven kun kræves et flertal på tre fjerdedele (75%). Delstaten Niedersachsen kan således modsætte sig og blokere for vedtagelsen af sådanne beslutninger ved hjælp af det tilstrækkelige mindretal af stemmerne, som den fra starten har rådet over. Kommissionen har endvidere anført, at dette flertalskrav ikke er udtryk for aktionærernes vilje, men er pålagt af lovgiver med henblik på at begunstige de offentlige investorer.

79. Den tyske regering har hvad angår begrænsningen i henhold til § 2, stk. 1, anført, at der ikke er nogen forbindelse mellem kapitalandelen og stemmeretten, og henvist til bestemmelsens aftaleretlige karakter og lovgivers ret til at fastsætte selskabsretlige bestemmelser for visse virksomheder, som adskiller sig fra de almindelige bestemmelser.

80. Hvad angår § 4, stk. 3, har den tyske regering gjort gældende, at der ikke er fastsat nogen grænse i den tyske aktielov, og forklaret, at delstaten Niedersachsen har opnået sin andel af aktierne gennem en række opkøb, som den har foretaget på markedet på samme måde som en hvilken som helst privat investor.

81. Som allerede nævnt foretrækker jeg at analysere de to bestemmelser samlet, idet det ikke er de enkelte bestemmelser, isoleret set, men deres virkninger, som det er interessant at se nærmere på.

82. Kommissionen har alene anført, at de tre bestemmelser hver for sig er i strid med traktaten, og at deres samlede virkninger blot forstærker denne overtrædelse.

83. Den tyske regering har under henvisning til retspraksis [49] anført, at da bestemmelserne ikke hver for sig er i strid med traktaten, kan de heller ikke tilsammen anses for at være det.

49 — Dom af 14.4.2005, sag C-6/03, Deponiezweckverband Eiterköpfe, Sml. I, s. 2753, præmis 55.

ii) Undersøgelse af klagepunkterne

84. Den historiske baggrund for VW-loven viser, at der er skabt en yderst sofistikeret retlig struktur for at opretholde en situation, som fandtes på et helt konkret tidspunkt [50]. Forhøjelsen af det flertal, der kræves for vedtagelse af visse beslutninger på generalforsamlingen, til mindst 80% kan vanskeligt fortolkes på anden måde, når der efter de almindelige bestemmelser kun kræves et flertal på 75%. Desuden er begrænsningen af stemmeretten, således at en aktionær højst kan afgive 20% af stemmerne, størrelsesmæssigt sammenfaldende med den aktieandel på 20%, som hver af de institutionelle investorer, nemlig forbundsstaten og delstaten Niedersachsen, havde ved lovens vedtagelse.

85. I praksis vil enhver investor, som måtte ønske at erhverve tilstrækkeligt med aktier i virksomheden til at få plads i dens ledelsesorganer, snart opdage, hvor vanskeligt det er at ændre en bestemmelse i dens vedtægter, for slet ikke at tale om problemerne med at få lovgiver til at ændre loven i overensstemmelse hermed.

50 — Den særbehandling, som loven indebærer for Volkswagen, fremgår også af, at man i 1998, med vedtagelsen i Tyskland af loven om kontrol og gennemskuelighed i erhvervslivet, afskaffede muligheden for at begrænse stemmeretten i børsnoterede selskaber med det klare formål at genindføre proportionalitet mellem kapitalandelen og udøvelsen af stemmeretten, jf. N. Fernández Pérez, *La protección jurídica del accionista inversor*, Aranzadi, Navarra, 2000, s. 224. I forarbejderne til loven af 1998 anførtes det, at begrænsningen af stemmeretten måtte antages at virke hæmmende på kapitalmarkedet, jf. R. Ruge, »Goldene Aktien und EG-Recht«, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*, nr. 14/2002, s. 424.

86. En investor vil ganske enkelt være meget tilbageholdende med at opkøbe aktier svarende til mere end en femtedel af kapitalen, eftersom yderligere aktier ikke vil give flere stemmer [51]. Selv hvis det lykkes at samle alle småaktionærer, vil forbundsstatens og delstatens blokerende mindretal gøre ethvert forsøg på at få gennemført en ændring ved hjælp af mere end fire femtedele af stamkapitalen på generalforsamlingen illusorisk.

87. Målet er kort sagt at bevare status quo for de oprindelige storaktionærer, nemlig forbundsstaten og delstaten Niedersachsen, hvilket underbygger det første klagepunkt vedrørende disse organers repræsentation i bestyrelsen.

88. Det må imidlertid også tages i betragtning, hvem det er, der har vedtaget den omhandlede foranstaltning med henblik på at opretholde den nævnte situation. Det skal ligeledes fremhæves, at det er det offentlige selv, som siden indgåelsen af aftalen fra 1959 (»Staatsvertrag«) gennem en forbundslov har opstillet alle disse hindringer for storaktionærer.

89. Den nationale lovgivning er ikke udtryk for forskelsbehandling, men fastholder en situation, som objektivt er til fordel for forbundsstaten og den nævnte delstat, fordi den styrker deres stilling ved at forhindre enhver deltagelse i selskabets ledelse. Det er disse protektionistiske virkninger, der har den hæmmende virkning på investeringer, som ifølge Domstolens praksis udgør en hindring for de frie kapitalbevægelser. Den tyske regerings argumenter om den store omsætning af Volkswagen-aktier må således forkastes, da der er tale om porteføljeinvesteringer og ikke investeringer, der foretages med henblik på at opnå indflydelse på virksomhedens ledelse.

90. Vanskelighederne for de investorer, som ikke var parter i den oprindelige aftale, er åbenbare og vil, i hvert fald potentielt, bestå, så længe de anfægtede bestemmelser er gældende. Denne situation, som de facto er uforenelig med fællesskabsretten, vil ikke blive afhjulpet ved salg af de aktier, som ejes af delstaten, som i dag er den eneste offentlige investor, idet selve den bestemmelse, som gør situationen mulig, er med til at bevare den tyske regionale myndigheds kontrol, således som det har været tilfældet i de seneste 40 år.

91. Den anvendte taktik får således særlig betydning som bevis for, at de ansvarlige for den er det offentlige, idet den viser, at VW-loven har karakter af en »national foranstalt-

51 — S. Sołtysiński, »The rise and fall of the golden share concept in privatised companies«, i P. Demaret, I. Govaere og D. Hanf (red.), *30 Years of European Legal Studies at the College of Europe*, Bruxelles, 2005, s. 329, tilslutter sig den meget udbredte opfattelse, at begrænsninger af udøvelsen af stemmeretten hindrer de frie kapitalbevægelser i højere grad end de efterhånden mindre hyppigt anvendte »golden shares«.

ning« i den forstand, hvori udtrykket anvendes i Domstolens praksis vedrørende artikel 56 EF. Der kan imidlertid ikke drages andre konsekvenser heraf, og det kan navnlig ikke udledes, at der ville være tvivl med hensyn til gyldigheden af vedtægtsmæssige bestemmelser med samme indhold som de anfægtede bestemmelser, hvis lovgivningen ikke fandtes.

92. Den omhandlede lovgivnings karakter af statslig foranstaltning, som kan afholde investorer fra at erhverve en tilstrækkelig kapitalandel til at kunne deltage i virksomhedens ledelse, medfører følgelig, at VW-lovens § 2, stk. 1, og § 4, stk. 3, udgør et indgreb i de frie kapitalbevægelser i henhold til artikel 56, stk. 1, EF.

3. Mulige begrundelser for overtrædelsen

a) Problemstillingen

93. Den tyske regering har subsidiært fremsat en række argumenter, der støttes på hensynet til almenhedens interesse. Disse må tillægges en vis opmærksomhed og skal undersøges i lyset af artikel 58 EF og retspraksis.

94. Domstolen har flere gange anerkendt, at de frie kapitalbevægelser kan begrænses i medfør af nationale foranstaltninger, der er begrundet i de hensyn, der er nævnt i artikel 58 EF, eller i tvingende almene hensyn [52], for så vidt som der ikke er gennemført fællesskabsretlige harmoniseringsforanstaltninger for at beskytte disse interesser [53], og det tilkommer herved medlemsstaterne at afgøre, hvor langt de vil strække beskyttelsen af disse interesser, og hvorledes de vil nå dette beskyttelsesniveau. Dette kan de imidlertid kun gøre inden for de grænser, der er afstukket ved traktaten, og navnlig under overholdelse af proportionalitetsprincippet [54].

95. I den foreliggende sag har den tyske regering argumenteret for, at der bør tages hensyn til den særlige historiske baggrund for den omtvistede lov og til de socialpolitiske, regional-, økonomisk-politiske og erhvervspolitiske målsætninger, som ligger til grund for den.

96. Kommissionen har anført, at de historiske hensyn, som sagsøgte henviser til, er irrelevante, og afvist, at den anfægtede lov forfølger de nævnte målsætninger.

52 — Dom af 7.9.2004, sag C-319/02, Manninen, Sml. I, s. 7477, præmis 29, og dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 32.

53 — Dom af 15.6.2006, sag C-255/04, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 5251, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis.

54 — Dommen i sagen Kommissionen mod Belgien, præmis 45, og dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 33.

b) Undersøgelse af de fremførte argumenter

97. Kritikken af de omhandlede bestemmelser i VW-loven fordunkler ikke virksomhedens gode resultater, som er bemærkelsesværdige i betragtning af de betingelser, hvorunder de er skabt — i fabrikker, som nærmest var lagt i ruiner af bombardementerne. Den effektivitet, præcision, fleksibilitet [55] og dynamik, som virksomheden har lagt for dagen, er udtryk for en rosværdig ihærdighed og vilje til succes. Imidlertid kræver de forandringer, som har fundet sted i Europa efter konsolideringen af den integrationsproces, som blev indledt med Romtraktaterne, at virksomheden tilpasses de nye tider.

98. Jeg må indledningsvis indrømme, at jeg blev noget forbavset over at konstatere, at en lovgivning, som alene er til fordel for én enkelt virksomhed, begrundes under henvisning til hensynet til almenhedens interesse, på samme måde som visse juridiske forfattere anfører, at det offentlige aspekt af større virksomheders aktiviteter er særlig vigtigt, og at der i mangel af kontrol over selskabsretten må indføres retlige garantier, som beskytter hensynet til almenhedens interesser, helt uafhængigt af selskabets retlige form [56].

99. Hvad angår de hensyn, der påberåbes som begrundelse, skal det for det første bemærkes, at de begivenheder, som den tyske regering henviser til, viser, at der var presserende grunde til at fastsætte regler med henblik på at løse spændingerne vedrørende ejendomsretten i et selskab som Volkswagen, men de kan ikke begrunde de tre anfægtede bestemmelser, der som allerede nævnt i praksis ikke har betydning for den ejendomsretlige ordning for aktierne i snæver forstand.

100. For det andet er det helt igennem utroværdigt at henvise til arbejdstagernes interesser, eftersom regeringen selv har forklaret, dels at deres ønske om at kontrollere virksomheden blev opfyldt med oprettelsen af Volkswagenstiftung, og loven berører derfor end ikke indirekte arbejdstagernes ønsker, dels at inddragelse af lønmodtagerne

55 — »Boblens« fleksibilitet kan der ikke stilles spørgsmålstegn ved. Den gjorde det ikke alene muligt at omdanne den til militærkøretøj, men også at anvende den til fremstilling af prototyper af last- og varevogne, mobile homes og endda ambulancer og brandbiler. Bilen har været inspirationskilde for andre ingeniører som f.eks. Karmann, Hebmüller og Rometsch, der fandt på dristige varianter af den originale model, som alle blev meget kendte (K. Seume og B. Shall, *Volkswagen Beetle — Coachbuilts and cabriolets 1940 — 1960*, Bay View Books Ltd, Devon, 1993, s. 70 ff.). Et andet bevis på folkevognenes fleksibilitet er den model, som på bestilling blev fremstillet til den etiopiske kejser, Haile Selassie I (som regerede i Etiopien fra 1930-1974), med sæder betrukket med leopardskind (s. 10).

56 — N. Reich, *Mercado y derecho (Teoría y práxis del derecho económico en la República Federal Alemana)*, på spansk ved Antoni Font, Ariel, Barcelona, 1985, s. 284.

i selskabets ledelse gennem medbestemmelsesret måske nok ville have krævet et lovindgreb, men ikke en fastholdelse af den styrkede stilling, som den omtvistede lov indebærer for det offentlige.

101. For det tredje er det svært at forstå, hvorfor man baserer beskyttelsen af mindretal på storaktionærernes urokkelighed. De omtvistede regler indebærer ikke yderligere garantier.

102. Endelig kan der ikke tages hensyn til erhvervspolitiske, regional- og økonomiskpolitiske formål [57], idet sådanne formål ikke er forenelige med en bestemmelse, som er vedtaget med henblik på ét enkelt selskab. Den tyske regering sammenblander almenhedens interesse med delstaten Niedersachsens og dens egen interesse i at have en velfungerende virksomhed — en legitim og forståelig interesse, eftersom der er tale om en stor virksomhed med fabrikker i hele landet og mange ansatte. Under alle omstændigheder fremgår det ikke af VW-loven — og der er ikke ført bevis for — at de anfægtede bestemmelser tjener til at opfylde disse formål.

103. Den tyske regering forsøger at begrunde de restriktioner for de frie kapitalbevægelser, som følger af VW-lovens § 2, stk. 1, og § 4, stk. 1 og 3, med en lidt for generel og virkelighedsfjern argumentation, som ikke viser, at der foreligger tvingende almene hensyn, og den tyske regerings argumenter bør derfor forkastes.

C — *Tilsidesættelsen af artikel 43 EF*

104. Kommissionen har ikke fremført noget specifikt klagepunkt vedrørende VW-lovens uforenelighed med artikel 43 EF, hvilket utvivlsomt skyldes, at den foretrækker at holde sig til retspraksis, hvor der i denne type sager fokuseres på de frie kapitalbevægelser.

105. Det er således i flere domme fastslået, at restriktionerne for etableringsfriheden i disse sager er en direkte følge af hindringerne for de frie kapitalbevægelser, som de er uløseligt forbundet med. Når det er fastslået, at artikel 56, stk. 1, EF er tilsidesat, er det således ufornødent at foretage en særskilt prøvelse i lyset af bestemmelserne om etableringsfriheden [58].

57 — I dommen af 6.6.2000 i Verkooijen-sagen (sag C-35/98, Sml. I, s. 4071, præmis 48), blev det fastslået, at sådanne formål er irrelevante.

58 — Dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 86, og i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 43.

VI — Sagens omkostninger

106. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har nedlagt påstand om, at Forbundsrepublikken Tyskland tilpligtes at betale sagens omkostninger, og da denne har tabt sagen, bør det pålægges Forbundsrepublikken at betale sagens omkostninger.

VII — Forslag til afgørelse

107. Herefter foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

»1) Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 56, stk. 1, EF, idet den har opretholdt § 2, stk. 1, og § 4, stk. 1 og 3, i lov af 21. juli 1960 om overførelse af aktier i Volkswagenwerk GmbH til private.

2) Forbundsrepublikken Tyskland betaler sagens omkostninger.«