DOMSTOLENS DOM (Første Afdeling)

8. juli 2010 *

I sag C-171/08,

angående et traktatbrudssøgsmål i henhold til artikel 226 EF, anlagt den 21. april 2008,

Europa-Kommissionen ved E. Montaguti, M. Teles Romão og P. Guerra e Andrade, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

Den Portugisiske Republik ved L. Inez Fernandes, som befuldmægtiget, bistået af advogado M. Gorjão Henriques,

sagsøgt, har

* Processprog: portugisisk.

DOMSTOLEN (Første Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, A. Tizzano (refererende dommer), og dommerne E. Levits, M. Ilešič, M. Safjan og M. Berger,

generaladvokat: P. Mengozzi
justitssekretær: ekspeditionssekretær M. Ferreira,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 29. oktober 2009,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 2. december 2009,

afsagt følgende

Dom

1 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har i stævningen nedlagt påstand om, at det fastslås, at Den Portugisiske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 56 EF og 43 EF, idet den i Portugal Telecom SGPS SA (herefter »PT«) har opretholdt særlige rettigheder for staten og andre offentlige organer, tildelt i tilknytning til præferenceaktier (»golden shares«), som staten ejer i PT.

Retsforskrifter

Nationale bestemmelser

2 Artikel 15, stk. 3, i Lei Quadro das Privatizaçoes (rammeloven om privatisering) af 5. april 1990 (Diário da República, serie I, nr. 80 af 5.4.1990, herefter »LQP«) giver mulighed for at udstede præferenceaktier. Bestemmelsen har følgende ordlyd:

»Den bestemmelse, som er nævnt i artikel 4, stk. 1 (om godkendelse af vedtægterne for den virksomhed, som skal privatiseres eller omdannes til et aktieselskab), kan desuden undtagelsesvist, når nationale hensyn tilsiger det, foreskrive, at der skal findes præferenceaktier, som skal forblive statens ejendom, og som uanset deres antal giver staten en vetoret med hensyn til vedtægtsændringer og andre beslutninger vedrørende et bestemt område, som er nærmere afgrænset i vedtægterne.«

3 Artikel 20, stk. 1, i lovdekret nr. 44/95 af 22. februar 1995 om privatiseringens første etape bestemmer:

»Hvis vedtægterne for [PT] indeholder bestemmelser om aktier, bortset fra aktier, som giver fortrinsret til udbytte, hvortil der er knyttet særlige rettigheder, skal flertallet af disse aktier ejes af staten eller andre offentlige aktionærer.«

Vedtægterne for PT

4 Det fremgår af sagens akter, at selskabskapitalen i PT, jf. artikel 4, stk. 2, i selskabets vedtægter, består af 1 025 800 000 almindelige aktier og 500 A-aktier.

5 I henhold til artikel 5, stk. 1, i vedtægterne for PT skal flertallet af A-aktierne ejes af staten eller andre offentlige aktionærer, og der er til disse aktier knyttet visse privilegier i form af særlige rettigheder, der er fastsat i vedtægternes artikel 14, stk. 2, og artikel 19, stk. 2.

6 Sidstnævnte bestemmelser opregner disse særlige rettigheder på følgende måde:

— Mindst en tredjedel af det samlede antal bestyrelsesmedlemmer, inkl. bestyrelsesformanden, vælges med et flertal af de stemmer, som er tillagt A-aktierne, dvs. med de stemmer, som tilhører staten og de andre offentlige aktionærer.

— Blandt de fem eller syv medlemmer af direktionen, som vælges blandt bestyrelsen, skal henholdsvis et eller to medlemmer vælges med et flertal af de stemmer, som er tillagt A-aktierne.

— Udnævnelsen af mindst et af de bestyrelsesmedlemmer, som er valgt til særligt at tage sig af visse forvaltningsspørgsmål, skal ske på grundlag af et flertal af de stemmer, som er tillagt A-aktierne.

— Generalforsamlingen kan ikke træffe nogen beslutning vedrørende de emner, som er nævnt nedenfor, dersom et flertal af de stemmer, som er tillagt A-aktierne, er imod en sådan beslutning:

  — fordeling af årets overskud

  — ændring af vedtægterne og kapitalforhøjelser

  — begrænsning i eller ophævelse af fortegningsretten

  — fastsættelse af betingelserne for kapitalforhøjelser

  — udstedelse af obligationer og andre værdipapirer og fastsættelse af værdien af dem, som bestyrelsen kan tillade, samt begrænsning eller ophævelse af fortrinsretten ved udstedelse af obligationer, der kan konverteres til aktier, og fastsættelse ved bestyrelsen af betingelserne for udstedelse af denne type obligationer

— flytning af hovedsædet til ethvert andet sted inden for det nationale område

— godkendelse af erhvervelsen af et antal almindelige aktier, som overstiger 10% af selskabskapitalen ved aktionærer, som udøver en virksomhed, som er konkurrerende med den virksomhed, der udøves af selskaber, som kontrolleres af PT.

— Et flertal af de stemmer, som er tillagt A-aktierne, er også nødvendigt hvad angår beslutninger vedrørende godkendelse af PT's generelle formål og de grundlæggende principper for PT's politikker samt definitionen af de generelle principper hvad angår erhvervelse af andele i selskaber eller koncerner, erhvervelser og salg, hvis en forudgående godkendelse fra generalforsamlingen er nødvendig.

Baggrunden for tvisten og den administrative procedure

7 Den portugisiske telekommunikationssektor har siden 1992 gennemgået en omfattende omstruktureringsproces, der i 1994 førte til dannelsen af PT, der er et holdingselskab, som forvalter kapitalandele, som følge af en fusion mellem flere 100% offentligt ejede selskaber.

8 Privatiseringen af PT påbegyndtes i 1995. Den foregik i fem på hinanden følgende etaper inden for rammerne af LQP.

9 Den 4. august 1995, hvor den portugisiske stat ejede 54,2% af selskabskapitalen i PT, blev selskabets vedtægter vedtaget.

10 Ved afslutningen af den femte etape af privatiseringen blev den resterende del af de selskabsandele, som ejedes af det offentlige i PT, solgt, med undtagelse af 500 A-aktier, hvortil der i henhold til artikel 5, stk. 1, i vedtægterne for PT er knyttet særlige rettigheder. Flertallet af disse A-aktier indehaves af staten eller andre offentlige aktionærer, jf. artikel 20, stk. 1, i lovdekret nr. 44/95.

11 Den 19. december 2005 fremsendte Kommissionen en åbningsskrivelse til Den Portugisiske Republik, hvorved den foreholdte den at have tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 56 EF og 43 EF under henvisning til, at staten og andre offentlige aktionærer ejede præferenceaktier, hvortil der er knyttet særlige rettigheder, i PT's selskabskapital.

12 Da Kommissionen ikke var tilfreds med det af Den Portugisiske Republik i dens skrivelse af 21. februar 2006 afgivne svar, fremsendte den den 10. april 2006 en begrundet udtalelse til denne medlemsstat, hvori den opfordrede medlemsstaten til at efterkomme udtalelsen inden for en frist på to måneder at regne fra dens modtagelse. Den Portugisiske Republik besvarede den begrundede udtalelse ved skrivelse af 24. juli 2006 og bestred, at der var tale om et traktatbrud.

13 Da Kommissionen ikke fandt, at Den Portugisiske Republik havde truffet de nødvendige foranstaltninger for at efterkomme den begrundede udtalelse, besluttede den at anlægge denne sag.

Om søgsmålet

Formaliteten

Parternes argumenter

14 Den Portugisiske Republik har i svarskriftet indledningsvis gjort gældende, at søgsmålet skal afvises af to grunde. For det første er det Den Portugisiske Republiks opfattelse, at Kommissionen, da den hverken har tilført sagsakterne lovteksterne om eller vedtægterne for PT, som indeholder de bestemmelser, som ville kunne konkretisere det foreholdte traktatbrud, ikke har overholdt bevisbyrdereglerne og derfor alene har baseret sin sag på antagelser.

15 For det andet har medlemsstaten anført, at søgsmålet delvist bør afvises, idet Kommissionen i stævningen har nedlagt nye påstande, som ikke var indeholdt i den begrundede udtalelse, og dermed har udvidet sagsgenstanden som defineret under den administrative procedure. Den Portugisiske Republik henviser i denne henseende bl.a. til vedtægtsbestemmelserne, i henhold til hvilke staten har en øget indflydelse med hensyn til valg af medlemmer af direktionen eller har særlige beføjelser, såsom en vetoret over beslutninger vedrørende salg af vigtige aktiver, fusioner med andre selskaber og ændringer i ejerskabet af virksomheden.

16 Kommissionen har bestridt samtlige disse påstande.

17 For det første har Kommissionen for så vidt angår bevisbyrden i det væsentlige gjort gældende, at eftersom det er Den Portugisiske Republik, der foreholdes tilsidesættelsen, og ikke PT, skal beviset på tilsidesættelsen snarere angå medlemsstatens adfærd end PT's vedtægter. Det er derfor ikke nødvendigt, at Kommissionen fremlægger disse vedtægter for at bevise det påståede traktatbrud. Under alle omstændigheder vedkendte Den Portugisiske Republik selv allerede i sit svar på åbningsskrivelsen, at såvel disse vedtægter som de heri for staten fastsatte særlige rettigheder fandtes, og bestred den påståede tilsidesættelse netop på grundlag af disse bestemmelser.

18 For det andet har Kommissionen for så vidt angår den påståede udvidelse af sagsgenstanden gjort gældende, at formålet med undersøgelsesfasen i traktatbrudsproceduren er at fastlægge faktiske og retlige omstændigheder, der er tilstrækkelige til at underbygge mistanken om tilsidesættelse, og ikke udtømmende og detaljerede at behandle alle omstændigheder ved tilsidesættelsen. Kommissionen er derfor af den opfattelse, at den i den administrative fase kan begrænse sig til at foretage en generel henvisning til statens særlige rettigheder i PT og efterfølgende præcisere det nærmere indhold af sine anfægtelser i stævningen.

Domstolens bemærkninger

19 For så vidt angår den første afvisningsindsigelse bemærkes først, at det under en traktatbrudsprocedure i henhold til artikel 226 EF ifølge fast retspraksis påhviler Kommissionen, der skal godtgøre, at det påståede traktatbrud foreligger, at fremføre de omstændigheder, som er nødvendige for, at Domstolen kan efterprøve, om der foreligger et traktatbrud, uden at Kommissionen kan påberåbe sig nogen formodning herfor (jf. bl.a. dom af 6.11.2003, sag C-434/01, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. I, s. 13239, præmis 21, og af 14.6.2007, sag C-342/05, Kommissionen mod Finland, Sml. I, s. 4713, præmis 23).

20 Selv om Kommissionen ganske vist ikke vedlagde sin stævning den relevante nationale lovgivning og PT's vedtægter i deres fuldstændige version, er det dog således, at Kommissionen både i stævningen og i den vedlagte begrundede udtalelse adskillelige gange har fremdraget og forklaret indholdet af bestemmelserne i nævnte lovgivning og vedtægter, som den støtter sit traktatbrudssøgsmål på.

21 Som generaladvokaten har anført i punkt 27 i forslaget til afgørelse, har den portugisiske regering desuden aldrig bestridt, at disse bestemmelser eksisterer, eller deres indhold, som angivet af Kommissionen såvel under den administrative procedure som for Domstolen. Tværtimod har regeringen bekræftet, at den portugisiske stat netop på grundlag af disse bestemmelser ejede præferenceaktier i PT, hvortil der var knyttet særlige rettigheder, som anført af Kommissionen.

22 En gennemgang af den fuldstændige version af PT's vedtægter, som parterne indgav på Domstolens opfordring, har gjort det muligt at fastslå, at Kommissionens påstande var korrekte i henseende til indholdet af disse vedtægtsbestemmelser og statens særlige rettigheder.

23 På denne baggrund findes Kommissionen ikke blot at påberåbe sig nogen formodning uden at fremføre de omstændigheder, som er nødvendige for, at Domstolen kan efterprøve det traktatbrud, som Den Portugisiske Republik foreholdes.

24 Heraf følger, at den første afvisningsindsigelse skal forkastes.

25 For så vidt angår den anden afvisningsindsigelse bemærkes, at genstanden for et traktatbrudssøgsmål i henhold til artikel 226 EF efter fast retspraksis fastlægges af Kommissionens begrundede udtalelse, således at søgsmålet skal støttes på de samme grunde og anbringender som denne udtalelse (jf. dom af 8.12.2005, sag C-33/04, Kommissionen mod Luxembourg, Sml. I, s. 10629, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis).

26 Dette krav kan imidlertid ikke indebære, at der under alle omstændigheder skal være fuldstændigt sammenfald mellem klagepunkterne i konklusionen i den begrundede udtalelse og de i stævningen nedlagte påstande, når sagsgenstanden, som denne er fastlagt i den begrundede udtalelse, ikke er blevet udvidet eller ændret (jf. dom af 14.7.2005, sag C-433/03, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 6985, præmis 28, og af 7.9.2006, sag C-484/04, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. I, s. 7471, præmis 25).

27 I den foreliggende sag har Kommissionen hverken udvidet eller ændret sagsgenstanden, som denne er fastlagt i den begrundede udtalelse.

28 I denne henseende er det tilstrækkeligt at bemærke, at Kommissionen klart har angivet såvel i konklusionen i den begrundede udtalelse som i de i stævningen nedlagte påstande, at den foreholdte Den Portugisiske Republik at have tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 43 EF og 56 EF på grund af statens og andre offentlige aktionærers besiddelse af præferenceaktier i PT, hvortil der er knyttet særlige rettigheder.

29 Den omstændighed, at Kommissionen i stævningen detaljeret har angivet de klagepunkter, som den mere generelt allerede havde gjort gældende i åbningsskrivelsen og i den begrundede udtalelse, ved at henvise til andre særlige rettigheder, som den portugisiske stat har i PT, har således ikke ændret genstanden for det påståede traktatbrud og har derfor ikke haft nogen indflydelse på sagens omfang (jf. i denne retning dom af 27.11.2003, sag C-185/00, Kommissionen mod Finland, Sml. I, s. 14189, præmis 84-87).

30 I lyset af de ovenfor anførte betragtninger afvises Den Portugisiske Republiks anden afvisningsindsigelse, og Kommissionens søgsmål antages derfor til realitetsbehandling.

Om tilsidesættelsen af forpligtelserne i henhold til artikel 56 EF og 43 EF

Parternes argumenter

31 Ifølge Kommissionen følger udstedelsen af præferenceaktier i PT ikke af en almindelig anvendelse af selskabsretten og er under alle omstændigheder en statslig foranstaltning, der falder ind under artikel 56, stk. 1, EF.

32 Kommissionen har i denne henseende gjort gældende, at de omhandlede præferenceaktier, i modsætning til hvad de portugisiske myndigheder har hævdet, ikke kan anses for at være af rent privat karakter. Selv om de særlige rettigheder, der er knyttet til dem, kun er fastsat i PT's vedtægter, er disse vedtægter ikke blot vedtaget i en periode, hvor den portugisiske stat havde selskabskontrollen, men de skal også ses i lyset af de relevante bestemmelser i LQP og lovdekret nr. 44/95. Det fremgår af disse generelle retsakter, at de fleste af disse præferenceaktier skal tildeles staten og forblive statens ejendom, idet de ikke kan overdrages, i modsætning til præferenceaktier ifølge privatretlige regler.

33 Kommissionen har også gjort gældende, at tildelingen af præferenceaktier til staten ikke kan undtages fra anvendelsesområdet for artikel 56 EF og artikel 43 EF i henhold til artikel 295 EF, som bestemmer, at de ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne ikke berøres af EF-traktaten. Ifølge fast retspraksis (jf. navnlig dom af 4.6.2002, sag C-367/98, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 4731, præmis 48, og af 1.6.1999, sag C-302/97, Konle, Sml. I, s. 3099, præmis 38) kan medlemsstaterne ikke påberåbe sig deres ejendomsretlige ordninger som begrundelse for hindringer af traktatens grundlæggende friheder, når disse hindringer er et resultat af en administrativ godkendelsesordning vedrørende privatiserede virksomheder. Da de omhandlede særlige rettigheder tildeler indehaverne en vetoret i henseende til flere beslutninger, som PT skal træffe, udgør de en sådan administrativ godkendelsesordning.

34 Kommissionen har herefter nærmere bestemt gjort gældende, at den omstændighed, at den portugisiske stat har særlige rettigheder i PT, hindrer både direkte investeringer og porteføljeinvesteringer i dette selskab og derfor udgør en restriktion for de frie kapitalbevægelser og etableringsfriheden.

35 Disse særlige rettigheder indskrænker navnlig aktionærernes mulighed for faktisk at deltage i ledelsen af og kontrollen med nævnte selskab i forhold til de ejede aktiers værdi og fratager dem beføjelsen til at træffe strategiske beslutninger, såsom beslutninger vedrørende bl.a. salg af vigtige aktiver, større vedtægtsændringer, fusioner med andre selskaber og ændringer i ejerskabet af virksomheden. Sådanne særlige rettigheder kan desuden hindre erhvervelsen af kontrollerende andele i PT, hvilket også er uforeneligt med artikel 43 EF.

36 Kommissionen har desuden anført, at de restriktioner, der følger af, at Den Portugisiske Republik har særlige rettigheder i PT, ikke kan begrundes i nogen af de formål, som de nationale myndigheder har påberåbt sig.

37 For det første for så vidt angår behovet for at sikre, at et telekommunikationsnet er til rådighed i tilfælde af krise, krig eller terrorisme, som påberåbt af de portugisiske myndigheder, er Kommissionen af den opfattelse, at disse myndigheder ikke, i modsætning til hvad der kræves ifølge retspraksis, navnlig dom af 13. maj 2003, Kommissionen mod Spanien (sag C-463/00, Sml. I, s. 4581, præmis 71 og 72), har ført bevis for, at der foreligger »en virkelig og tilstrækkeligt alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn«, der kan begrunde de omhandlede aktier af hensyn til den offentlige sikkerhed og orden.

38 For det andet har Kommissionen bestridt Den Portugisiske Republiks argumentation om, at eftersom PT har bevaret forvaltningen af kabel- og kobbernettene og al engros- og detailvirksomhed, kan statens besiddelse af særlige rettigheder i PT være nødvendig for at sikre en vis konkurrence på telekommunikationsmarkedet. Ifølge Kommissionen fører en sådan argumentation til den paradoksale situation, at en tilsidesættelse af fællesskabsrettens konkurrenceregler skulle begrundes med en anden tilsidesættelse af fællesskabsretten, nemlig de i den foreliggende sag påberåbte restriktioner for de traktatfæstede grundlæggende friheder.

39 Da Den Portugisiske Republik for det tredje også har henvist til behovet for at undgå forstyrrelser på kapitalmarkedet, har Kommissionen henvist til retspraksis, navnlig dommen i sagen Kommissionen mod Portugal (præmis 52), ifølge hvilken økonomiske hensyn ikke kan begrunde hindringer, som traktaten forbyder.

40 Under alle omstændigheder har Kommissionen gjort gældende, at de omhandlede restriktioner er i strid med proportionalitetsprincippet. Udøvelsen af de særlige rettigheder, der er knyttet til A-aktierne, er ikke underlagt nogen betingelser, bortset fra at sådanne rettigheder kun må anvendes, når nationale hensyn tilsiger det. Selv hvis

det antages, at de mål, der påberåbes af medlemsstaten, er legitime, ville tildelingen af et sådant skøn til staten gå videre end nødvendigt med henblik på at nå dem.

41 Den Portugisiske Republik har bestridt det påståede traktatbrud, idet den for det første har gjort gældende, at de omhandlede aktier kun er præferenceaktier reguleret af privatretlige regler og ikke kan sidestilles med »golden shares«. Lovdekret nr. 44/95 tilsigter kun at give mulighed for at fastsætte præferenceaktier i PT's vedtægter uden at kræve, at de udstedes. Den omstændighed, at disse aktier findes, kan kun tilskrives selskabets egen vilje og ikke statens.

42 De portugisiske myndigheder har dernæst gjort gældende, at aktionærers besiddelse af særlige rettigheder udgør en grundlæggende rettighed, der er kendetegnende for privatretten eller for retten vedrørende handelsselskaber, der i øvrigt har hjemmel i artikel 295 EF. Domstolen har til opgave at beskytte disse rettigheder, også når indehaverne er offentlige organer. Til støtte for dette argument har myndighederne fremdraget, at beskyttelsen af grundlæggende rettigheder ifølge Domstolens praksis er et legitimt hensyn, som i princippet kan begrunde indskrænkninger i de forpligtelser, der er pålagt ved fællesskabsretten (dom af 18.12.2007, sag C-341/05, Laval un Partneri, Sml. I, s. 11767, præmis 91-93).

43 Den Portugisiske Republik har desuden subsidiært gjort gældende, at selv om det lægges til grund, at eksistensen af de omhandlede præferenceaktier kan tilskrives staten, udgør den imidlertid ikke en restriktion, der er forbudt, jf. artikel 56 EF og 43 EF, henset til at de nævnte aktier ikke udgør en statslig foranstaltning, der tilsigter at påvirke handelen eller at hindre den frie udveksling af tjenesteydelser eller de frie kapitalbevægelser. Medlemsstaten anmoder derfor Domstolen om i den foreliggende sag at anvende den logik, som ligger til grund for dom af 24. november 1993, Keck og Mithouard (forenede sager C-267/91 og C-268/91, Sml. I, s. 6097). Da det i den foreliggende sag drejer sig om ikke-diskriminerende foranstaltninger vedrørende

forvaltningen af selskabsandele og ikke vedrørende erhvervelsen af disse, kan der ikke ske noget indgreb i de frie kapitalbevægelser eller etableringsfriheden.

44 De portugisiske myndigheder har også anført, at selv om det lægges til grund, at eksistensen af særlige rettigheder i PT udgør en restriktion for de traktatfæstede grundlæggende friheder som påberåbt af Kommissionen, kan en sådan restriktion begrundes.

45 Denne begrundelse hviler for det første på den omstændighed, at PT er ejer af væsentlige infrastrukturer for transport og spredning af telekommunikation, hvilket gør besiddelse af særlige rettigheder nødvendig af hensyn til den offentlige sikkerhed og orden med henblik på at sikre leveringen af telekommunikationsydelser i tilfælde af krise, krig, terrorisme, naturkatastrofer og andre former for trusler. Medlemsstaten har i denne henseende anført, at en begrundelse ud fra disse hensyn, i modsætning til Kommissionens fortolkning af dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, ikke er betinget af, at der foreligger en virkelig og tilstrækkeligt alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn.

46 For det andet er den omhandlede restriktion også begrundet i behovet for at sikre en vis grad af konkurrence på telekommunikationsmarkedet og behovet for at undgå eventuelle forstyrrelser på kapitalmarkederne, som udgør tvingende almene hensyn.

47 Den Portugisiske Republik er endelig af den opfattelse, at de særlige rettigheder, som tillægges staten, er forholdsmæssige, henset til de mål, som de tilsigter at virkeliggøre. Disse rettigheder er således begrænsede til særlige situationer, som er defineret på forhånd, og adskiller sig ikke fra en ordning med en efterfølgende vetoret. Der er derfor indført en ordning, som kan sammenlignes med den ordning, der er genstand for dom af 4. juni 2002, Kommissionen mod Belgien (sag C-503/99, Sml. I, s. 4809), som Domstolen fastslog var forenelig med traktaten.

Domstolens bemærkninger

– Om tilsidesættelsen af forpligtelserne i henhold til artikel 56 EF

48 Det skal indledningsvis bemærkes, at artikel 56, stk. 1, EF ifølge fast retspraksis indeholder et generelt forbud mod restriktioner for kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne (jf. bl.a. dom af 28.9.2006, forenede sager C-282/04 og C-283/04, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 9141, præmis 18 og den deri nævnte retspraksis).

49 I mangel af en definition i traktaten af begrebet »kapitalbevægelser« i artikel 56, stk. 1, EF har Domstolen anerkendt, at nomenklaturen for kapitalbevægelser i bilag I til Rådets direktiv 88/361/EØF af 24. juni 1988 om gennemførelse af [EF]-traktatens artikel 67 (ophævet ved Amsterdamtraktaten) (EFT L 178, s. 5) har vejledende værdi. Domstolen har således fastslået, at navnlig såkaldte »direkte« investeringer, dvs. investeringer ved erhvervelse af kapitalinteresser i en virksomhed i form af aktiebesiddelse, som giver mulighed for faktisk at deltage i driften af og kontrollen med virksomheden, og såkaldte »porteføljeinvesteringer«, dvs. erhvervelse af værdipapirer, der handles på kapitalmarkedet, med det ene formål at investere uden at ville opnå indflydelse på virksomhedens drift og kontrollen med den, udgør kapitalbevægelser

i den forstand, hvori begrebet er anvendt i artikel 56, stk. 1, EF (jf. dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 19 og den deri nævnte retspraksis).

50 Domstolen har fastslået, at når det drejer sig om disse to former for investeringer, skal nationale foranstaltninger, som kan hindre eller begrænse erhvervelsen af aktier i de omhandlede virksomheder, eller som kan afholde investorer fra andre medlemsstater fra at investere i disse virksomheders kapital, kvalificeres som »restriktioner« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 56, stk. 1, EF (jf. dommen i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 45 og 46, dom af 4.6.2002, sag C-483/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 4781, præmis 40, dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 61 og 62, dom af 13.5.2003, sag C-98/01, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. I, s. 4641, præmis 47 og 49, og af 2.6.2005, sag C-174/04, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 4933, præmis 30 og 31, samt dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 20).

51 Den Portugisiske Republik har bestridt, at den omtvistede foranstaltning i den foreliggende sag har karakter af en national foranstaltning i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i den i foregående præmis nævnte retspraksis, idet medlemsstaten har påberåbt sig den private karakter af de omhandlede præferenceaktier, hvis indførelse i PT's vedtægter alene udspringer af selskabets vilje og ikke af statens.

52 I denne henseende bemærkes, at LQP og lovdekret nr. 44/95 ganske vist kun tilsigter at give mulighed for at fastsætte præferenceaktier i PT's vedtægter, og at det netop er i medfør af disse vedtægtsbestemmelser, der blev vedtaget i henhold til denne lovgivning, at disse aktier blev indført og tildelt staten.

53 Det er imidlertid ikke desto mindre således, som det også blev bekræftet under retsmødet af de portugisiske myndigheder selv, at nævnte bestemmelser blev vedtaget den 4. april 1995, dvs. ikke kun umiddelbart efter vedtagelsen af nævnte lovdekret, men navnlig i en periode, hvor Den Portugisiske Republik ejede en bestemmende andel i PT's selskabskapital og således udøvede kontrollen med selskabet.

54 På denne baggrund bemærkes, at det er Den Portugisiske Republik selv, der for det første som lovgiver har tilladt udstedelsen af præferenceaktier i PT, og for det andet som offentlig myndighed i henhold til LQP's artikel 15, stk. 3, og artikel 20, stk. 1, i lovdekret nr. 44/95 har besluttet at indføre præferenceaktier i PT, at tildele dem til staten og at fastsætte de særlige rettigheder, som de giver.

55 Det bemærkes desuden, at udestedelsen af disse præferenceaktier, således som generaladvokaten har anført i punkt 62 i forslaget til afgørelse, ikke er resultatet af en almindelig anvendelse af selskabsretten, idet præferenceaktierne i PT som en undtagelse fra den portugisiske lov om handelsselskaber er bestemt til at forblive statens ejendom og således ikke kan overdrages.

56 Udstedelsen af disse præferenceaktier skal derfor tilskrives staten og falder følgelig ind under anvendelsesområdet for artikel 56, stk. 1, EF.

57 Hvad herefter angår den restriktive karakter af denne ordning, hvorefter staten ejer præferenceaktier i PT, som er fastsat i den nationale lovgivning sammenholdt med selskabets vedtægter, bemærkes, at en sådan ordning kan afholde erhvervsdrivende i andre medlemsstater fra at investere i dette selskabs kapital.

58 I henhold til denne ordning afhænger godkendelsen af et betydeligt antal vigtige beslutninger vedrørende PT, der er opregnet i denne doms præmis 6, og som vedrører både erhvervelse af andele, som overstiger 10% af selskabskapitalen, og forvaltningen af selskabet, af den portugisiske stats indforståelse, idet det efter PT's vedtægter kræves, at disse beslutninger ikke kan godkendes uden flertallet af de stemmer, der er tildelt A-aktierne.

59 I denne henseende skal det desuden præciseres, at et sådant flertal navnlig kræves for enhver beslutning om ændring af PT's vedtægter, således at den portugisiske stats indflydelse i PT ikke kan mindskes, uden at staten selv giver sit samtykke hertil.

60 Den Portugisiske stats besiddelse af disse præferenceaktier kan, for så vidt som den giver staten en indflydelse på ledelsen af PT, som ikke kan begrundes i omfanget af den andel, som den har i selskabet, afholde erhvervsdrivende i andre medlemsstater fra at foretage direkte investeringer i PT, i det omfang de ikke kan deltage i ledelsen af og kontrollen med selskabet i forhold til deres andeles værdi (jf. bl.a. dom af 23.10.2007, sag C-112/05, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 8995, præmis 50-52).

61 Bestemmelserne om de omhandlede særlige aktier kan ligeledes have en hæmmende virkning på porteføljeinvesteringer i PT, for så vidt som den portugisiske stats eventuelle nægtelse af at godkende en vigtig beslutning, som af det omhandlede selskabs organer er betegnet som værende i selskabets interesse, nemlig kan påvirke værdien af selskabets aktier og følgelig interessen for at investere i sådanne aktier (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 27).

62 På denne baggrund findes den portugisiske stats besiddelse af de omhandlede præferenceaktier at udgøre en restriktion for de frie kapitalbevægelser som omhandlet i artikel 56, stk. 1, EF.

63 Der kan ikke rejses tvivl om en sådan konstatering ved de argumenter, som de portugisiske myndigheder har gjort gældende, om at artikel 295 EF finder anvendelse i den foreliggende sag, og om den logik, som påstås at ligge til grund for dommen i sagen Keck og Mithouard.

64 For så vidt angår for det første artikel 295 EF, ifølge hvilken »[d]e ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne [ikke] [berøres] af denne traktat«, bemærkes, at denne bestemmelse ifølge fast retspraksis ikke kan bevirke, at de ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne undtages fra traktatens grundlæggende regler og derfor ikke kan påberåbes som begrundelse for hindringer af traktatens friheder, når disse hindringer er et resultat af privilegier, som medlemsstaterne forbeholder sig i kraft af deres stilling som aktionær i en privatiseret virksomhed (jf. dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 67 og den deri nævnte retspraksis).

65 For så vidt angår for det andet dommen i sagen Keck og Mithouard bemærkes, at de omhandlede foranstaltninger ikke kan sammenlignes med reglerne vedrørende salgsmetoder, som i denne dom fandtes ikke at falde inden for anvendelsesområdet for artikel 28 EF.

66 Ifølge den nævnte dom er anvendelsen på varer fra andre medlemsstater af nationale bestemmelser, som på importmedlemsstatens område begrænser eller forbyder bestemte former for salg, ikke egnet til at hindre handelen mellem medlemsstaterne, forudsat at bestemmelserne for det første finder anvendelse på alle berørte erhvervsdrivende, der driver virksomhed i indlandet, og for det andet, at de såvel retligt som faktisk påvirker afsætningen af indenlandsk fremstillede varer og varer fra andre medlemsstater på samme måde. Begrundelsen herfor er, at en sådan anvendelse

ikke kan antages at hindre de sidstnævnte varers adgang til importmedlemsstatens marked eller medføre større ulemper i denne henseende end for indenlandsk fremstillede varer (dom af 10.5.1995, sag C-384/93, Alpine Investments, Sml. I, s. 1141, præmis 37).

67 Selv om de omtvistede restriktioner finder anvendelse uden forskel på såvel hjemmehørende som ikke-hjemmehørende personer, kan det dog konstateres, at de påvirker situationen for den, der erhverver en kapitalandel som sådan, og derfor kan afholde investorer fra andre medlemsstater fra at foretage sådanne investeringer, og at de følgelig opstiller betingelser for adgangen til markedet (jf. dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 61 og den deri nævnte retspraksis).

68 Herefter skal det derfor undersøges, om og i givet fald under hvilke betingelser den omtvistede restriktion kan tillades på grundlag af nogen af de begrundelser, som Den Portugisiske Republik har gjort gældende.

69 Nationale foranstaltninger, der begrænser de frie kapitalbevægelser, kan ifølge fast retspraksis begrundes i de i artikel 58 EF nævnte hensyn eller i tvingende almene hensyn, forudsat at de er egnede til at virkeliggøre det formål, som de forfølger, og ikke går videre end nødvendigt med henblik på at virkeliggøre dette formål (jf. dommen af 23.10.2007 i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 72 og 73 og den deri nævnte retspraksis).

70 For så vidt angår for det første begrundelsen i tvingende almene hensyn, som Den Portugisiske Republik har påberåbt sig, bemærkes, at Domstolen allerede har fastslået, at hensynet til at beskytte konkurrencevilkårene på et bestemt marked ikke kan

udgøre en gyldig begrundelse for en restriktion for de frie kapitalbevægelser (dommen i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 36 og 37, og dom af 14.2.2008, sag C-274/06, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 26*, summarisk offentliggørelse, præmis 44).

71 Tilsvarende for så vidt angår behovet for at undgå forstyrrelser på kapitalmarkedet bemærkes i lighed med Kommissionen, at dette mål henhører under et af de økonomiske hensyn, der ifølge fast retspraksis ikke kan begrunde en restriktion for de frie kapitalbevægelser (jf. bl.a. dommen i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 52).

72 For så vidt angår for det andet de undtagelser, der er tilladt ifølge artikel 58 EF, kan det ikke benægtes, at hensynet til at sikre, at et telekommunikationsnet er til rådighed i tilfælde af krise, krig eller terrorisme, som er påberåbt af de portugisiske myndigheder, kan udgøre et hensyn til den offentlige sikkerhed (jf. analogt om energiforsyning, dommen af 14.2.2008 i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 38) og eventuelt begrunde en hindring for de frie kapitalbevægelser.

73 Det er imidlertid ubestridt, at de krav, der tilsiges af den offentlige sikkerhed, navnlig som undtagelse fra det grundlæggende princip om frie kapitalbevægelser, skal fortolkes strengt, således at deres rækkevidde ikke ensidigt kan fastlægges af den enkelte medlemsstat uden kontrol fra Den Europæiske Unions institutioner. Den offentlige sikkerhed kan således kun påberåbes, når der foreligger en virkelig og tilstrækkeligt alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn (jf. bl.a. dom af 14.3.2000, sag C-54/99, Église de scientologie, Sml. I, s. 1335, præmis 17).

74 Da Den Portugisiske Republik kun har påberåbt sig dette hensyn uden at præcisere, hvorfor den er af den opfattelse, at statens besiddelse af præferenceaktier ville

gøre det muligt at undgå et sådant indgreb i et grundlæggende samfundshensyn, kan en begrundelse baseret på den offentlige sikkerhed ikke tiltrædes i det foreliggende tilfælde.

75 Hvad endelig for fuldstændighedens skyld angår spørgsmålet om, hvorvidt den omhandlede restriktion er forholdsmæssig, bemærkes, at udøvelsen af de særlige rettigheder, som besiddelsen af præferenceaktier i PT giver den portugisiske stat, i modsætning til hvad de nationale myndigheder har påstået, ikke er undergivet nogen specifik og objektiv betingelse eller omstændighed.

76 Selv om LQP's artikel 15, stk. 3, bestemmer, at udstedelsen af præferenceaktier i PT, der giver staten særlige beføjelser, er undergivet den betingelse, der desuden er formuleret temmelig generelt og upræcist, at nationale hensyn tilsiger det, skal det ikke desto mindre bemærkes, at hverken denne lov eller PT's vedtægter fastsætter kriterierne for, under hvilke omstændigheder disse særlige beføjelser kan udøves.

77 En sådan usikkerhed udgør et alvorligt indgreb i de frie kapitalbevægelser, idet den med hensyn til anvendelsen af sådanne beføjelser giver de nationale myndigheder en så vid skønsmargin, at den ikke kan anses for at stå i et rimeligt forhold til de tilstræbte mål (jf. i denne retning dom af 26.3.2009, sag C-326/07, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 2291, præmis 51 og 52).

78 Det må derfor fastslås, at Den Portugisiske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 56 EF, idet den i PT har opretholdt særlige rettigheder som dem, der er fastsat i selskabets vedtægter, til fordel for staten og andre offentlige organer, tildelt i tilknytning til præferenceaktier (»golden shares«), som staten ejer i PT.

– Om tilsidesættelsen af forpligtelserne i henhold til artikel 43 EF

79 Kommissionen har også nedlagt påstand om, at det fastslås, at Den Portugisiske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 43 EF, idet statens besiddelse af præferenceaktier i PT kan være til hinder for erhvervelse af en kontrollerende kapitalandel i dette selskab.

80 Det er i denne henseende tilstrækkeligt at anføre, at for så vidt som de omhandlede nationale foranstaltninger indebærer restriktioner for etableringsfriheden, er sådanne restriktioner ifølge fast retspraksis en direkte følge af de ovenfor behandlede hindringer for de frie kapitalbevægelser, som de er uløseligt forbundet med. Da det er fastslået, at artikel 56, stk. 1, EF er tilsidesat, er det således ufornødent at foretage en særskilt prøvelse af foranstaltningerne i lyset af traktatens bestemmelser om etableringsfriheden (jf. bl.a. dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 43).

Sagens omkostninger

81 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 Den Portugisiske Republik tilpligtes at betale sagens omkostninger, og da Den Portugisiske Republik har tabt sagen, bør det pålægges den at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Første Afdeling):

1) Den Portugisiske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 56 EF, idet den i Portugal Telecom SGPS SA har opretholdt særlige rettigheder som dem, der er fastsat i selskabets vedtægter, til fordel for staten og andre offentlige organer, tildelt i tilknytning til præferenceaktier (»golden shares«), som staten ejer i Portugal Telecom SGPS SA.

2) Den Portugisiske Republik betaler sagens omkostninger.

Underskrifter