ARREST VAN HET HOF (Eerste kamer)

8 juli 2010 *

In zaak C-171/08,

betreffende een beroep wegens niet-nakoming krachtens artikel 226 EG, ingesteld op 21 april 2008,

Europese Commissie, vertegenwoordigd door E. Montaguti, M. Teles Romão en P. Guerra e Andrade als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

tegen

Portugese Republiek, vertegenwoordigd door L. Inez Fernandes als gemachtigde, bijgestaan door M. Gorjão Henriques, advogado,

verweerster,

* Procestaal: Portugees.

wijst

HET HOF (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: A. Tizzano (rapporteur), kamerpresident, E. Levits, M. Ilešič, M. Safjan en M. Berger, rechters,

advocaat-generaal: P. Mengozzi,
griffier: M. Ferreira, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 29 oktober 2009,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 2 december 2009,

het navolgende

Arrest

1 De Commissie van de Europese Gemeenschappen verzoekt het Hof vast te stellen dat de Portugese Republiek, door in Portugal Telecom SGPS SA (hierna: „PT") bijzondere rechten van de Staat en andere overheidslichamen die zijn toegekend in verband met preferente aandelen („golden shares") van de Staat in PT te handhaven, de krachtens de artikelen 56 EG en 43 EG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen.

Rechtskader

Nationale regeling

2 De in artikel 15, lid 3, van de Lei Quadro das Privatizações (Portugese kaderwet inzake privatiseringen) van 5 april 1990 (*Diário da República*, serie I, nr. 80, van 5 april 1990; hierna: „LQP") geboden mogelijkheid om preferente aandelen uit te geven, is als volgt geformuleerd:

„De in artikel 4, lid 1, bedoelde wettelijke regeling (tot goedkeuring van de statuten van de te privatiseren of in een naamloze vennootschap om te zetten onderneming) kan bovendien, bij wijze van uitzondering, bepalen dat, wanneer het nationaal belang dit vereist, preferente aandelen worden uitgegeven die bestemd zijn om het bezit van de Staat te blijven en die, ongeacht hun aantal, de Staat een, in de statuten naar behoren afgebakend, vetorecht geven inzake wijzigingen van de statuten en inzake andere besluiten op een bepaald gebied."

3 Artikel 20, lid 1, van decreto-lei nr. 44/95 van 22 februari 1995 inzake de eerste fase van privatisering, bepaalt:

„In het geval waarin de vennootschapsakte van [PT] voorziet in de uitgifte van aandelen met bijzondere rechten, andere dan aandelen met prioritair dividend, moet de meerderheid van deze aandelen worden gehouden door de Staat of door andere publieke aandeelhouders."

Statuten van PT

4 Uit het dossier blijkt dat volgens artikel 4, lid 2, van de statuten van PT het maatschappelijk kapitaal van deze vennootschap bestaat uit 1 025 800 000 gewone aandelen en 500 aandelen van categorie A.

5 Volgens artikel 5, lid 1, van de statuten van PT moet de meerderheid van de aandelen van categorie A worden gehouden door de Staat of door andere publieke aandeelhouders en zijn er bepaalde voorrechten aan verbonden in de vorm van bijzondere rechten, die zijn neergelegd in de artikelen 14, lid 2, en 19, lid 2, van die statuten.

6 Deze bijzondere rechten worden in laatstgenoemde bepalingen als volgt opgesomd:

— ten minste een derde van het totale aantal bestuurders, met inbegrip van de voorzitter van de raad van bestuur, wordt verkozen met een meerderheid van de stemmen die behoren bij de aandelen van categorie A, dat wil zeggen met een meerderheid van de stemmen van de Staat en de andere publieke aandeelhouders;

— van de 5 of 7 leden van het uitvoerend comité dat is verkozen uit de raad van bestuur, worden er 1, respectievelijk 2, verkozen met de meerderheid van de stemmen die behoren bij de aandelen van categorie A;

— voor de benoeming van ten minste één van de bestuurders die zijn verkozen om zich in het bijzonder met bepaalde bestuursvraagstukken bezig te houden, is de meerderheid vereist van de stemmen die behoren bij de aandelen van categorie A;

— de besluiten van de algemene vergadering inzake de hierna opgesomde onderwerpen kunnen niet worden genomen zonder de meerderheid van de stemmen die behoren bij de aandelen van categorie A:

  — de bestemming van de resultaten van het boekjaar;

  — statutenwijzigingen en kapitaalverhogingen;

  — de beperking of intrekking van het voorkeursrecht;

  — de vaststelling van voorwaarden voor kapitaalverhogingen;

  — de uitgifte van obligaties of andere effecten en de vaststelling van de waarde hiervan, waarvoor de raad van bestuur toestemming kan geven, alsmede de beperking of intrekking van het voorkeursrecht bij de uitgifte van converteerbare obligaties en de vaststelling door de raad van bestuur van voorwaarden voor de uitgifte van obligaties van dat type;

— de verplaatsing van de zetel naar enige andere plaats op het nationale grondgebied;

— de goedkeuring voor de verwerving van gewone aandelen die samen meer dan 10 % van het maatschappelijk kapitaal uitmaken, door aandeelhouders die een activiteit verrichten die concurreert met de activiteiten van de vennootschappen waarover PT de zeggenschap heeft;

— bovendien is de meerderheid van de stemmen die behoren bij de aandelen van categorie A ook noodzakelijk voor het aannemen van besluiten inzake de goedkeuring van de algemene doelstellingen en fundamentele beleidsbeginselen van PT, alsmede voor de vaststelling van de algemene beleidsbeginselen inzake deelnemingen in vennootschappen of groepen, verwervingen en vervreemdingen, ingeval voorafgaande toestemming van de algemene vergadering is vereist.

Voorgeschiedenis van het geding en precontentieuze procedure

7 Vanaf 1992 heeft de Portugese telecommunicatiesector een ingrijpende herstructurering ondergaan, die in 1994 resulteerde in de oprichting van PT, een houdstermaatschappij die deelnemingen beheert en is ontstaan uit de fusie van verschillende ondernemingen waarvan het kapitaal volledig in het bezit was van de overheid.

8 Het privatiseringsproces van PT startte in 1995 en verliep in vijf opeenvolgende fasen in het kader van de door de LQP vastgestelde regeling.

9 Op 4 augustus 1995, toen de Portugese Staat 54,2 % van het maatschappelijk kapitaal van PT in handen had, werden de statuten van die vennootschap aangenomen.

10 Bij het afsluiten van de vijfde privatiseringsfase werden alle overheidsdeelnemingen in PT verkocht, met uitzondering van 500 aandelen van categorie A, waaraan, overeenkomstig artikel 5, lid 1, van de statuten van PT, bijzondere rechten zijn verbonden en waarvan, conform artikel 20, lid 1, van decreto-lei nr. 44/95, de meerderheid wordt gehouden door de Staat of andere publieke aandeelhouders.

11 Op 19 december 2005 zond de Commissie de Portugese Republiek een aanmaningsbrief waarin zij deze lidstaat verweet de krachtens de artikelen 56 EG en 43 EG op hem rustende verplichtingen niet te zijn nagekomen wegens het houden door de Staat en andere publieke aandeelhouders van preferente aandelen met bijzondere rechten in het maatschappelijk kapitaal van PT.

12 Aangezien de Commissie het antwoord dat de Portugese Republiek in haar brief van 21 februari 2006 gaf, ontoereikend achtte, heeft zij op 10 april 2006 een met redenen omkleed advies aan deze lidstaat gezonden met het verzoek om binnen een termijn van twee maanden na kennisgeving ervan aan dit advies te voldoen. Bij brief van 24 juli 2006 heeft de Portugese Republiek hierop geantwoord de verweten niet-nakoming te betwisten.

13 Van mening dat de Portugese Republiek niet de maatregelen had getroffen die noodzakelijk waren om zich te voegen naar het met redenen omkleed advies, heeft de Commissie besloten het onderhavige beroep in te stellen.

Beroep

Ontvankelijkheid van het beroep

Argumenten van partijen

14 In haar verweerschrift betwist de Portugese Republiek om te beginnen de ontvankelijkheid van het beroep, en wel op twee gronden. In de eerste plaats stelt zij dat de Commissie, door te verzuimen de wetsvoorschriften en de statuten van PT die de bepalingen bevatten die de verweten niet-nakoming concrete inhoud zouden kunnen geven, bij het dossier te voegen, de regels inzake de bewijslast niet in acht heeft genomen en derhalve haar beroep louter op vermoedens heeft gebaseerd.

15 In de tweede plaats betoogt zij dat het beroep gedeeltelijk niet-ontvankelijk is, aangezien de Commissie in haar verzoekschrift nieuwe beweringen heeft gedaan, die niet voorkwamen in het met redenen omkleed advies, en aldus het voorwerp van het geding, zoals gedefinieerd in de precontentieuze fase van de procedure, heeft uitgebreid. De Portugese Republiek verwijst in dit verband met name naar de statutaire regels op grond waarvan de Staat een grotere invloed heeft op de keuze van de leden van het uitvoerend comité, of beschikt over bijzondere rechten, zoals een vetorecht met betrekking tot besluiten inzake de verkoop van omvangrijke activa, de fusie met andere vennootschappen en de wijzigingen met betrekking tot de eigendom van de onderneming.

16 De Commissie wijst al deze stellingen af.

17 Wat, ten eerste, de bewijslast betreft, stelt zij in wezen dat, aangezien de inbreuk wordt verweten aan de Portugese Republiek, en niet aan PT, het bewijs ervan veeleer verband houdt met de handelwijze van die lidstaat dan met de statuten van PT. Daarom is het niet nodig dat de Commissie ten bewijze van de verweten niet-nakoming de voornoemde statuten overlegt. Hoe dan ook heeft de Portugese Republiek zelf in het antwoord op de aanmaningsbrief onmiddellijk het bestaan toegegeven van de bepalingen van die statuten, alsmede van dat van de daarin neergelegde bijzondere rechten van de Staat, en juist op basis van die bepalingen de haar verweten inbreuk betwist.

18 Aangaande, ten tweede, de stelling dat het voorwerp van het geding zou zijn uitgebreid, betoogt de Commissie dat de onderzoeksfase van de niet-nakomingsprocedure ertoe strekt om eventuele gegevens, feitelijk en rechtens, te achterhalen die voldoende zijn om de verdenkingen van inbreuken te staven, en niet om alle elementen waaruit die niet-nakoming bestaat volledig en gedetailleerd te behandelen. De Commissie is derhalve van mening dat zij zich in de precontentieuze fase ertoe kon beperken de bijzondere rechten van de Staat in PT in algemene zin aan de orde te brengen, om daarna haar klacht in het verzoekschrift te preciseren.

Beoordeling door het Hof

19 Wat de eerste exceptie van niet-ontvankelijkheid betreft, moet om te beginnen worden opgemerkt dat volgens vaste rechtspraak de Commissie, die in een niet-nakomingsprocedure krachtens artikel 226 EG het gestelde verzuim moet aantonen, het Hof de gegevens moet verschaffen die het nodig heeft om te kunnen vaststellen of er sprake is van dat verzuim, en zich daarbij niet kan baseren op een of ander vermoeden (zie met name arresten van 6 november 2003, Commissie/Verenigd Koninkrijk, C-434/01, Jurispr. blz. I-13239, punt 21, en 14 juni 2007, Commissie/Finland, C-342/05, Jurispr. blz. I-4713, punt 23).

20 De Commissie heeft weliswaar bij haar verzoekschrift niet de volledige tekst van de toepasselijke nationale wettelijke regeling, noch de statuten van PT gevoegd, doch dit neemt niet weg dat zij, zowel in het verzoekschrift als in het daarbij gevoegde met redenen omkleed advies, verschillende malen de inhoud van de bepalingen van die regeling en die statuten waarop zij haar beroep wegens niet-nakoming heeft gebaseerd, heeft weergegeven en verklaard.

21 Bovendien heeft de Portugese regering, zoals de advocaat-generaal opmerkt in punt 27 van zijn conclusie, noch het bestaan van deze bepalingen, noch hun inhoud, zoals die door de Commissie zowel in de precontentieuze procedure als voor het Hof is beschreven, betwist. Deze regering heeft daarentegen bevestigd dat de Portugese Staat juist op basis van die teksten houder was van de preferente aandelen in PT met de daaraan verbonden, door de Commissie vermelde, bijzondere rechten.

22 Bovendien kan op basis van de lezing van de volledige teksten van de statuten van PT, die op uitdrukkelijk verzoek van het Hof door partijen zijn ingediend, worden vastgesteld dat de beweringen van de Commissie inzake de inhoud van de bepalingen van die statuten en de bijzondere rechten van de Staat, in overeenstemming zijn met de waarheid.

23 In die omstandigheden kan niet worden geoordeeld dat de Commissie zich louter op vermoedens heeft gebaseerd, zonder de bewijsstukken over te leggen die nodig zijn om het Hof in staat te stellen de aan de Portugese Republiek verweten niet-nakoming te beoordelen.

24 De eerste exceptie van niet-ontvankelijkheid moet daarom ongegrond worden verklaard.

25 Aangaande de tweede exceptie van niet-ontvankelijkheid, zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak het voorwerp van een beroep wegens niet-nakoming krachtens artikel 226 EG wordt afgebakend door het met redenen omkleed advies van de Commissie, zodat het beroep op dezelfde overwegingen en middelen dient te berusten als dat advies (zie arrest van 8 december 2005, Commissie/Luxemburg, C-33/04, Jurispr. blz. I-10629, punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

26 Dit vereiste betekent evenwel niet dat de formulering van de grieven in het dispositief van het met redenen omkleed advies en in het petitum van het verzoekschrift steeds volkomen gelijkluidend moet zijn, wanneer het voorwerp van het geschil zoals dat in het met redenen omkleed advies is omschreven, niet is verruimd of gewijzigd (zie arresten van 14 juli 2005, Commissie/Duitsland, C-433/03, Jurispr. blz. I-6985, punt 28, en 7 september 2006, Commissie/Verenigd Koninkrijk, C-484/04, Jurispr. blz. I-7471, punt 25).

27 In casu heeft de Commissie het voorwerp van het geding zoals dat in het met redenen omkleed advies is omschreven, niet verruimd of gewijzigd.

28 Dienaangaande kan ermee worden volstaan vast te stellen dat de Commissie, zowel in het dispositief van het met redenen omkleed advies als in het petitum van het verzoekschrift, duidelijk heeft aangegeven dat zij de Portugese Republiek verwijt dat deze de verplichtingen die op haar rusten krachtens de artikelen 43 EG en 56 EG niet is nagekomen wegens het houden door de Staat en andere publieke aandeelhouders van preferente aandelen met bijzondere rechten in PT.

29 Dat de Commissie in haar verzoekschrift de grieven die zij in de aanmaningsbrief en het met redenen omkleed advies reeds in meer algemene termen had geformuleerd, nauwkeuriger heeft omschreven door te verwijzen naar andere bijzondere rechten van de Portugese Staat in PT, heeft het voorwerp van de gestelde niet-nakoming en dus de omvang van het geding niet beïnvloed (zie in die zin arrest van 27 november 2003, Commissie/Finland, C-185/00, Jurispr. blz. I-14189, punten 84-87).

30 Gelet op het voorgaande moet ook de tweede exceptie van niet-ontvankelijkheid van de Portugese Republiek worden verworpen en het beroep van de Commissie bijgevolg ontvankelijk worden verklaard.

Niet-nakoming van de uit de artikelen 56 EG en 43 EG voortvloeiende verplichtingen

Argumenten van partijen

31 Om te beginnen vloeit volgens de Commissie de uitgifte van preferente aandelen in PT niet voort uit een normale toepassing van het vennootschapsrecht en vormt zij in ieder geval een overheidsmaatregel die binnen de werkingssfeer van artikel 56, lid 1, EG valt.

32 In dit verband betoogt de Commissie dat de betrokken preferente aandelen, anders dan de Portugese autoriteiten stellen, niet als zuiver privaatrechtelijk kunnen worden aangemerkt. Ofschoon de bijzondere rechten die aan deze aandelen zijn verbonden enkel zijn neergelegd in de statuten van Portugal Telecom, zijn deze statuten immers niet alleen vastgesteld in een periode waarin de Portugese Staat de zeggenschap had over de vennootschap, maar moeten zij ook worden gezien in het licht van de relevante bepalingen van de LQP en decreto-lei nr. 44/95. Uit die wetsvoorschriften blijkt dat de meerderheid van genoemde preferente aandelen moet worden toegewezen aan de Staat en eigendom van de Staat moet blijven, aangezien die aandelen, anders dan privaatrechtelijke preferente aandelen, niet overdraagbaar zijn.

33 De Commissie betoogt voorts dat de toewijzing van preferente aandelen niet buiten de werkingssfeer van de artikelen 56 EG en 43 EG kan vallen, en wel op grond van artikel 295 EG, dat bepaalt dat het EG-Verdrag de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet laat. Volgens vaste rechtspraak (zie met name arresten van 4 juni 2002, Commissie/Portugal, C-367/98, Jurispr. blz. I-4731, punt 48, en 1 juni 1999, Konle, C-302/97, Jurispr. blz. I-3099, punt 38) kunnen de lidstaten immers niet met een beroep op hun regeling van het eigendomsrecht de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden belemmeren door een stelsel van administratieve vergunningen inzake geprivatiseerde ondernemingen. Voor zover de betrokken bijzondere rechten aan de houders ervan vetorechten toekennen inzake tal van besluiten die PT moet nemen, voeren zij een dergelijk stelsel van administratieve vergunningen in.

34 Vervolgens betoogt de Commissie in wezen dat het houden door de Portugese Staat van bijzondere rechten in PT zowel de directe investeringen als de portefeuillebeleggingen in die vennootschap belemmert en daardoor een beperking vormt van het vrij verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging.

35 Inzonderheid beperken deze bijzondere rechten de mogelijkheid voor de aandeelhouders om naar rato van de waarde van hun aandelen deel te hebben aan het bestuur van en de zeggenschap over de vennootschap en ontnemen zij hun bovendien de bevoegdheid om strategische besluiten te nemen, zoals met name besluiten inzake de verkoop van omvangrijke activa, significante wijzigingen van de statuten, de fusie met andere vennootschappen en de wijzigingen met betrekking tot de eigendom van de onderneming. Bovendien kunnen dergelijke bijzondere rechten de verwerving van zeggenschapsdeelnemingen in PT bemoeilijken, hetgeen eveneens onverenigbaar is met artikel 43 EG.

36 De Commissie merkt voorts nog op dat de beperkingen die voortvloeien uit de bijzondere rechten van de Portugese Republiek in PT niet worden gerechtvaardigd door de doeleinden van algemeen belang die de nationale autoriteiten hebben aangevoerd.

37 Wat, ten eerste, de door de Portugese autoriteiten aangevoerde noodzaak betreft om de beschikbaarheid van het telecommunicatienetwerk te verzekeren in situaties van crisis, oorlog of terrorisme, is de Commissie van mening dat deze autoriteiten niet hebben aangetoond, hoewel dit volgens de rechtspraak, en met name door het arrest van 13 mei 2003, Commissie/Spanje (C-463/00, Jurispr. blz. I-4581), wel wordt vereist dat sprake is van „een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging van een fundamenteel belang van de samenleving", die de betrokken aandelen kan rechtvaardigen om redenen van openbare veiligheid en openbare orde.

38 Ten tweede betwist de Commissie het betoog van de Portugese Republiek dat, aangezien PT het beheer heeft behouden van de kabel- en kopernetwerken alsmede van alle activiteiten op het gebied van groot- en detailhandel, het houden door de Staat van bijzondere rechten in PT nodig is om een zekere mate van concurrentie te waarborgen op de telecommunicatiemarkt. Volgens de Commissie voert een dergelijk betoog namelijk tot de paradoxale situatie dat een schending van het gemeenschapsrecht op het gebied van de mededinging wordt gerechtvaardigd door een andere schending van ditzelfde recht, te weten een schending die in casu bestaat in het aanvoeren van de bestreden beperkingen op de door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden.

39 Ten derde herinnert de Commissie, aangezien de Portugese Republiek ook verwijst naar de noodzaak om verstoringen van de kapitaalmarkt te voorkomen, aan de rechtspraak, en met name aan het arrest Commissie/Portugal (reeds aangehaald, punt 52), waarin het Hof oordeelde dat overwegingen van economische aard in geen geval door het Verdrag verboden belemmeringen kunnen rechtvaardigen.

40 Tot slot betoogt de Commissie dat de aan de orde zijnde beperkingen hoe dan ook het evenredigheidsbeginsel schenden. De uitoefening van de bijzondere rechten van categorie A is namelijk aan geen enkele voorwaarde onderworpen, behalve dat deze rechten enkel mogen worden gebruikt wanneer redenen van nationaal belang dit vereisen. Zelfs indien de door die lidstaat aangevoerde doelstellingen rechtmatig zijn,

dan nog gaat het toekennen van een zo discretionaire bevoegdheid verder dan hetgeen noodzakelijk is om deze te bereiken.

41 De Portugese Republiek betwist de gestelde niet-nakoming en betoogt ten eerste dat de betrokken aandelen niet meer zijn dan privaatrechtelijke preferente aandelen, die niet kunnen worden gelijkgesteld met „golden shares". Decreto-lei nr. 44/95 beperkt zich namelijk tot het aanvaarden van de mogelijkheid om in de statuten van PT te voorzien in preferente aandelen, zonder de uitgifte ervan op te leggen. Bijgevolg kan het bestaan van deze aandelen enkel worden toegerekend aan de wil van de vennootschap zelf, en niet aan de Staat.

42 Vervolgens betogen de Portugese autoriteiten dat het houden van bijzondere rechten door aandeelhouders een voor het privaatrecht of het vennootschapsrecht kenmerkend fundamenteel recht vormt, dat voorts een grondslag vindt in artikel 295 EG. Het is aan het Hof om die rechten te waarborgen, zelfs wanneer de houders ervan publieke instanties zijn. Tot staving van dit argument brengen deze autoriteiten in herinnering dat volgens de rechtspraak van het Hof de bescherming van de grondrechten een rechtmatig belang vormt, dat in beginsel een rechtvaardiging kan vormen voor een beperking van door het gemeenschapsrecht opgelegde verplichtingen (arrest van 18 december 2007, Laval un Partneri, C-341/05, Jurispr. blz. I-11767, punten 91-93).

43 Bovendien betoogt de Portugese Republiek, subsidiair, dat zelfs indien het bestaan van de betrokken preferente aandelen aan de Staat kan worden toegerekend, dit evenwel geen verboden beperking in de zin van de artikelen 56 EG en 43 EG kan vormen, aangezien deze aandelen geen overheidsmaatregel vormen die tot doel heeft het handelsverkeer te reguleren of het vrij verkeer van diensten of kapitaal te belemmeren. Deze lidstaat verzoekt het Hof derhalve om op de onderhavige zaak de aan het arrest van 24 november 1993, Keck en Mithouard (C-267/91 en C-268/91, Jurispr. blz. I-6097), ten grondslag liggende redenering toe te passen. Gelet op het feit dat het in casu gaat om een niet-discriminerende wijze van het beheren van deelnemingen in de vennootschap, en niet om een wijze van verwerving van die deelnemingen, kan

namelijk onmogelijk sprake zijn van strijd met het vrije verkeer van kapitaal of de vrijheid van vestiging.

44 De Portugese autoriteiten benadrukken dat, zelfs indien het bestaan van bijzondere rechten in PT een beperking vormt van de door het Verdrag gewaarborgde en door de Commissie aangevoerde fundamentele vrijheden, deze beperking gerechtvaardigd is.

45 Deze rechtvaardiging berust, enerzijds, op het feit dat PT eigenaar is van het grootste deel van de infrastructuren voor doorgifte en verspreiding van telecommunicatie, zodat het houden van bijzondere rechten dus beantwoordt aan redenen van openbare veiligheid en openbare orde, teneinde de telecommunicatiediensten te garanderen in situaties van crisis, oorlog, terrorisme, natuurrampengevaar of andere soorten bedreigingen. In dit verband preciseert deze lidstaat dat, anders dan de Commissie in het reeds aangehaalde arrest Commissie/Spanje leest, de rechtvaardiging die berust op dergelijke redenen niet afhankelijk is van het bestaan van een actuele bedreiging van een fundamenteel belang van de samenleving.

46 Anderzijds wordt de betrokken beperking ook gerechtvaardigd door de noodzaak om een zekere mate van concurrentie te waarborgen op de telecommunicatiemarkt alsmede door de noodzaak een eventuele verstoring van de kapitaalmarkt te voorkomen, zulks uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang.

47 Tot slot zijn de aan de Staat toegewezen bijzondere rechten volgens de Portugese Republiek evenredig ten opzichte van de doelstellingen die ermee worden nagestreefd. Genoemde rechten zijn namelijk beperkt tot vooraf vastgestelde, bijzondere situaties en verschillen niet van een systeem van aangifte achteraf. Het ingevoerde stelsel is dus vergelijkbaar met het stelsel waarop het arrest van 4 juni 2002, Commissie/België (C-503/99, Jurispr. blz. I-4809), betrekking had en dat door het Hof verenigbaar met het Verdrag is verklaard.

Beoordeling door het Hof

— Niet-nakoming van de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 56 EG

48 Vooraf zij eraan herinnerd dat, volgens vaste rechtspraak, artikel 56, lid 1, EG op algemene wijze beperkingen van het kapitaalverkeer tussen de lidstaten verbiedt (zie met name arrest van 28 september 2006, Commissie/Nederland, C-282/04 en C-283/04, Jurispr. blz. I-9141, punt 18 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

49 Aangezien het Verdrag geen definitie van het begrip „kapitaalverkeer", in de zin van artikel 56, lid 1, EG, bevat, heeft het Hof erkend dat de nomenclatuur van het kapitaalverkeer in bijlage I bij richtlijn 88/361/EEG van de Raad van 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel 67 van het [EG-]Verdrag [ingetrokken bij het Verdrag van Amsterdam] (PB L 178, blz. 5), indicatieve waarde heeft. Zo heeft het Hof geoordeeld dat kapitaalverkeer in de zin van artikel 56, lid 1, EG met name bestaat in de zogenoemde „directe" investeringen, te weten investeringen in de vorm van een deelneming in een onderneming door aandeelhouderschap die de mogelijkheid biedt om daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de zeggenschap over een vennootschap, en de zogenoemde „portefeuillebeleggingen", te weten investeringen in de vorm van de verwerving van effecten op de kapitaalmarkt met uitsluitend doel te beleggen, zonder invloed op het bestuur van en de zeggenschap over de onderneming te willen

uitoefenen (zie arrest Commissie/Nederland, reeds aangehaald, punt 19 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

50 Aangaande deze twee investeringsvormen heeft het Hof gepreciseerd dat nationale maatregelen die het verwerven van aandelen in de betrokken ondernemingen kunnen blokkeren of beperken, of investeerders uit andere lidstaten ervan weerhouden in die ondernemingen te investeren, moeten worden aangemerkt als „beperkingen" in de zin van artikel 56, lid 1, EG (zie arrest Commissie/Portugal, reeds aangehaald, punten 45 en 46; arrest van 4 juni 2002, Commissie/Frankrijk, C-483/99, Jurispr. blz. I-4781, punt 40; arrest Commissie/Spanje, reeds aangehaald, punten 61 en 62; arresten van 13 mei 2003, Commissie/Verenigd Koninkrijk, C-98/01, Jurispr. blz. I-4641, punten 47 en 49, en 2 juni 2005, Commissie/Italië, C-174/04, Jurispr. blz. I-4933, punten 30 en 31, en arrest Commissie/Nederland, reeds aangehaald, punt 20).

51 In casu betwist de Portugese Republiek dat de litigieuze maatregel een overheidsmaatregel is in de zin van de rechtspraak genoemd in het voorgaande punt van dit arrest, onder aanvoering van het argument dat de betrokken preferente aandelen, waarvan de opname in de statuten van PT enkel voortvloeit uit de wil van die vennootschap en niet uit de wil van de Staat, een privaatrechtelijk karakter hebben.

52 Dienaangaande zij opgemerkt dat de LQP en decreto-lei nr. 44/95 zich inderdaad blijken te beperken tot het aanvaarden van de mogelijkheid dat in de vennootschapsakte van PT wordt voorzien in de uitgifte van preferente aandelen, en dat deze aandelen juist op grond van de bepalingen van de, krachtens die wettelijke regelingen vastgestelde, statuten van die vennootschap, zijn ingevoerd en toegewezen aan de Staat.

53 Dit neemt echter niet weg dat — zoals ter terechtzitting door de Portugese autoriteiten zelf is bevestigd — die bepalingen zijn vastgesteld op 4 april 1995, dat wil zeggen niet alleen vlak na de aanname van decreto-lei nr. 44/95, maar met name in een periode waarin de Portugese Republiek een meerderheidsdeelneming had in het maatschappelijk kapitaal van PT en aldus zeggenschap uitoefende op die vennootschap.

54 Bijgevolg dient te worden geoordeeld dat het de Portugese Republiek zelf is die, enerzijds, in haar hoedanigheid van wetgever, heeft ingestemd met de uitgifte van preferente aandelen bij PT en, anderzijds, in haar hoedanigheid van overheidslichaam, krachtens artikel 15, lid 3, van de LQP, en artikel 20, lid 1, van decreto-lei nr. 44/95 heeft besloten de preferente aandelen in PT uit te geven, deze toe te wijzen aan de Staat, en de bijbehorende bijzondere rechten vast te stellen.

55 Voorts moet eveneens worden geconstateerd dat, zoals de advocaat-generaal heeft opgemerkt in punt 62 van zijn conclusie, de uitgifte van voornoemde preferente aandelen niet voortvloeit uit een normale toepassing van het vennootschapsrecht, aangezien de preferente aandelen in PT, in afwijking van de Portugese wet op de handelsvennootschappen, bestemd zijn om het bezit van de Staat te blijven en dus niet overdraagbaar zijn.

56 Derhalve moet de uitgifte van die preferente aandelen worden toegerekend aan de Staat en valt zij bijgevolg binnen de werkingssfeer van artikel 56, lid 1, EG.

57 Wat vervolgens het beperkende karakter betreft van het in de nationale wettelijke regeling in combinatie met de statuten van PT voorziene systeem waarbij de Staat preferente aandelen houdt in die vennootschap, moet worden vastgesteld dat een dergelijk systeem de marktdeelnemers uit andere lidstaten kan afschrikken om te investeren in het kapitaal van voornoemde vennootschap.

58 Krachtens dit systeem hangt de goedkeuring van een aanzienlijk aantal belangrijke beslissingen over PT, die worden opgesomd in punt 6 van het onderhavige arrest en betrekking hebben op zowel de verwerving van deelnemingen die meer dan 10 % van het maatschappelijk kapitaal van de vennootschap vertegenwoordigen, als het bestuur daarvan, af van de instemming van de Portugese Staat aangezien, zoals de statuten van PT vereisen, deze beslissingen niet kunnen worden goedgekeurd zonder de meerderheid van de stemmen die behoren bij de aandelen van categorie A.

59 Dienaangaande moet bovendien worden gepreciseerd, dat een dergelijke meerderheid met name vereist is voor elke beslissing tot wijziging van de statuten van PT, zodat de invloed van de Portugese Staat op PT enkel kan worden afgezwakt indien de Staat hier zelf mee instemt.

60 Aldus kan het houden door de Portugese Staat van deze preferente aandelen, voor zover dit deze Staat een invloed verleent op het bestuur van PT die niet wordt gerechtvaardigd door de omvang van zijn deelneming in die vennootschap, de marktdeelnemers uit andere lidstaten ontmoedigen om directe investeringen te verrichten in PT, aangezien zij niet naar evenredigheid van de waarde van hun deelnemingen deel kunnen hebben aan het bestuur van en de zeggenschap over deze vennootschap (zie met name arrest van 23 oktober 2007, Commissie/Duitsland, C-112/05, Jurispr. blz. I-8995, punten 50-52).

61 De beschikking over de in geding zijnde bijzondere aandelen kan tevens tot gevolg hebben dat portefeuillebeleggingen in PT worden ontmoedigd, aangezien een eventuele weigering van de Portugese Staat om een belangrijke, door de organen van de betrokken vennootschap als in het belang van de vennootschap voorgestelde, beslissing goed te keuren, immers nadelig kan werken op de waarde van de aandelen van die vennootschap en derhalve op de aantrekkelijkheid om in dergelijke aandelen te investeren (zie in die zin arrest Commissie/Nederland, reeds aangehaald, punt 27).

62 Bijgevolg dient te worden geoordeeld dat het houden door de Portugese Staat van de desbetreffende preferente aandelen een beperking vormt van het vrij verkeer van kapitaal in de zin van artikel 56, lid 1, EG.

63 Aan dit oordeel wordt niet afgedaan door de argumenten van de Portugese autoriteiten dat artikel 295 EG en de redenering die volgens hen ten grondslag ligt aan het reeds aangehaalde arrest Keck en Mithouard, van toepassing zijn op de onderhavige zaak.

64 Wat, ten eerste, artikel 295 EG betreft, volgens hetwelk „[d]it Verdrag […] de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet [laat]", zij er slechts aan herinnerd dat, volgens vaste rechtspraak, dat artikel niet tot gevolg heeft dat de nationale regelingen van het eigendomsrecht buiten de werkingssfeer van de fundamentele verdragsregels vallen, en dus niet kan worden aangevoerd als rechtvaardigingsgrond om de in het Verdrag neergelegde vrijheden te belemmeren door de voorrechten die zij aan hun positie van aandeelhouder van een geprivatiseerde onderneming verbinden (zie arrest Commissie/Spanje, reeds aangehaald, punt 67 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

65 Aangaande, ten tweede, het reeds aangehaalde arrest Keck en Mithouard, zij opgemerkt dat de litigieuze maatregelen niet identiek zijn aan de regelingen inzake de verkoopmodaliteiten ten aanzien waarvan het Hof in dat arrest van oordeel was dat zij niet binnen de werkingssfeer van artikel 28 EG vielen.

66 Volgens dat arrest kan immers de toepassing op producten uit andere lidstaten van nationale bepalingen die op het grondgebied van de invoerende lidstaat bepaalde verkoopmodaliteiten aan banden leggen of verbieden, niet als een maatregel die de handel tussen lidstaten kan belemmeren worden beschouwd, mits die bepalingen in de eerste plaats van toepassing zijn op alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooien, en mits zij in de tweede plaats zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale producten en op

die van producten uit andere lidstaten. Deze toepassing heeft immers niet tot gevolg, dat voor die producten de toegang tot de markt van de lidstaat van invoer wordt verhinderd of meer wordt bemoeilijkt dan voor nationale producten het geval is (arrest van 10 mei 1995, Alpine Investments, C-384/93, Jurispr. blz. I-1141, punt 37).

67 Hoewel de betrokken beperkingen zonder onderscheid van toepassing zijn op ingezetenen en niet-ingezetenen, moet in casu toch worden vastgesteld dat zij de situatie van de verkrijger van een participatie als dusdanig aantasten en de investeerders uit andere lidstaten dus afhouden van deze investeringen en derhalve de toegang tot de markt aan voorwaarden onderwerpen (zie arrest Commissie/Spanje, reeds aangehaald, punt 61 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

68 Derhalve dient thans te worden onderzocht of en, in voorkomend geval, onder welke voorwaarden, de litigieuze beperking kan worden toegestaan op grond van de door de Portugese Republiek aangevoerde rechtvaardigingsgronden.

69 Volgens vaste rechtspraak kunnen nationale maatregelen die het vrije verkeer van kapitaal beperken gerechtvaardigd zijn door de in artikel 58 EG genoemde redenen of door dwingende redenen van algemeen belang, op voorwaarde dat zij geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel (zie arrest van 23 oktober 2007, Commissie/Duitsland, reeds aangehaald, punten 72 en 73 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

70 Wat om te beginnen de rechtvaardigingen op grond van de door de Portugese autoriteiten aangevoerde dwingende redenen van algemeen belang betreft, heeft het Hof reeds geoordeeld dat het belang om concurrentievoorwaarden op een bepaalde

markt te waarborgen geen geldige rechtvaardigingsgrond oplevert voor beperkingen van het vrije kapitaalverkeer (arrest Commissie/Italië, reeds aangehaald, punten 36 en 37, en arrest van 14 februari 2008, Commissie/Spanje, C-274/06, punt 44).

71 Ook wat de noodzaak betreft om een eventuele verstoring van de kapitaalmarkt te voorkomen, volstaat het, met de Commissie op te merken dat die doelstelling valt onder de overwegingen van economische aard, die, volgens vaste rechtspraak, in geen geval een beperking van het vrije kapitaalverkeer kunnen rechtvaardigen (zie met name arrest Commissie/Portugal, reeds aangehaald, punt 52).

72 Vervolgens valt met betrekking tot de door artikel 58 EG toegestane afwijkingen niet te ontkennen dat de door de Portugese autoriteiten aangevoerde doelstelling, namelijk het veiligstellen van de beschikbaarheid van het telecommunicatienetwerk in situaties van crisis, oorlog of terrorisme, een reden van openbare veiligheid kan vormen (zie naar analogie, met betrekking tot energiebevoorrading, arrest van 14 februari 2008, Commissie/Spanje, reeds aangehaald, punt 38) en eventueel een belemmering van het vrije verkeer van kapitaal kan rechtvaardigen.

73 Niettemin staat vast dat de eisen van openbare veiligheid, met name omdat het een afwijking van het grondbeginsel van het vrije verkeer van kapitaal betreft, strikt moeten worden opgevat, zodat hun inhoud niet zonder controle van de instellingen van de Europese Unie eenzijdig door de onderscheiden lidstaten kan worden bepaald. Derhalve kan de openbare veiligheid slechts worden aangevoerd in geval van een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging die een fundamenteel belang van de samenleving aantast (zie met name arrest van 14 maart 2000, Église de scientologie, C-54/99, Jurispr. blz. I-1335, punt 17).

74 Aangezien de Portugese Republiek de bovengenoemde grond enkel heeft aangevoerd, zonder te preciseren waarom zij van mening is dat met het houden door de Staat van

preferente aandelen een dergelijke aantasting van een fundamenteel belang van de samenleving zou worden vermeden, kan een rechtvaardiging uit hoofde van de openbare veiligheid in casu niet worden aanvaard.

75 Volledigheidshalve dient aangaande de evenredigheid van de betrokken beperking nog te worden opgemerkt dat de door het houden van preferente aandelen aan de Portugese Staat geboden mogelijkheid om bijzondere rechten uit te oefenen, anders dan de nationale autoriteiten stellen, niet aan specifieke en objectieve voorwaarden of omstandigheden is onderworpen.

76 Al bepaalt artikel 15, lid 3, van de LQP dat de uitgifte van preferente aandelen in PT, die de Staat bijzondere rechten verlenen, is onderworpen aan de, overigens zeer algemeen en onnauwkeurig geformuleerde, voorwaarde dat dit wordt vereist door redenen van nationaal belang, vastgesteld moet worden dat noch in die wet, noch in de statuten van PT criteria zijn neergelegd aangaande de omstandigheden waarin die bijzondere rechten kunnen worden uitgeoefend.

77 Een dergelijke onzekerheid vormt derhalve een ernstige aantasting van het vrije verkeer van kapitaal, aangezien daarmee de nationale autoriteiten bij de uitoefening van deze rechten een mate van discretionaire bevoegdheid wordt verleend die niet kan worden geacht evenredig te zijn aan de nagestreefde doelen (zie in die zin arrest van 26 maart 2009, Commissie/Italië, C-326/07, Jurispr. blz. I-2291, punten 51 en 52).

78 Mitsdien moet worden vastgesteld dat de Portugese Republiek, door in PT bijzondere rechten, zoals die waarin de statuten van die vennootschap voorzien ten gunste van de Staat en andere overheidslichamen en die zijn toegekend in verband met preferente aandelen („golden shares") van de Staat in PT, te handhaven, de krachtens artikel 56 EG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen.

— Niet-nakoming van de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 43 EG

79 De Commissie verzoekt tevens, vast te stellen dat de Portugese Republiek de krachtens artikel 43 EG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen, daar het houden door de Staat van preferente aandelen in PT de verwerving van zeggenschapsdeelnemingen in die vennootschap kan bemoeilijken.

80 In dit verband volstaat het op te merken dat volgens vaste rechtspraak, voor zover de in geding zijnde nationale maatregelen beperkingen van de vrijheid van vestiging meebrengen, deze beperkingen het rechtstreekse gevolg zijn van de hiervóór onderzochte belemmeringen van het vrij verkeer van kapitaal, waarmee zij onlosmakelijk zijn verbonden. Aangezien een schending van artikel 56, lid 1, EG is vastgesteld, behoeven de in geding zijnde maatregelen dus niet meer afzonderlijk te worden onderzocht in het licht van de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging (zie met name arrest Commissie/Nederland, reeds aangehaald, punt 43).

Kosten

81 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dat is gevorderd. Aangezien de Portugese Republiek in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie te worden verwezen in de kosten.

Het Hof (Eerste kamer) verklaart:

1) Door in Portugal Telecom SGPS SA bijzondere rechten, zoals die waarin de statuten van die vennootschap voorzien ten gunste van de Staat en andere overheidslichamen en die zijn toegekend in verband met preferente aandelen („golden shares") van de Staat in Portugal Telecom SGPS SA, te handhaven, is de Portugese Republiek de krachtens artikel 56 EG op haar rustende verplichtingen niet nagekomen.

2) De Portugese Republiek wordt verwezen in de kosten.

ondertekeningen