DOMSTOLENS DOM (första avdelningen)

den 8 juli 2010 *

I mål C-171/08,

angående en talan om fördragsbrott enligt artikel 226 EG, som väckts den 21 april 2008,

Europeiska kommissionen, företrädd av E. Montaguti och M. Teles Romão samt av P. Guerra e Andrade, samtliga i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

mot

Republiken Portugal, företrädd av L. Inez Fernandes, i egenskap av ombud, biträdd av M. Gorjão Henriques, advogado,

svarande,

meddelar

* Rättegångsspråk: portugisiska.

DOMSTOLEN (första avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden A. Tizzano (referent) samt domarna E. Levits, M. Ilešič, M. Safjan och M. Berger,

generaladvokat: P. Mengozzi,
justitiesekreterare: förste handläggaren M. Ferreira,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 29 oktober 2009,

och efter att den 2 december 2009 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Europeiska gemenskapernas kommission har yrkat att domstolen ska fastställa att Republiken Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 56 EG och 43 EG, genom att behålla särskilda rättigheter för staten och andra offentliga organ i Portugal Telecom SGPS SA (nedan kallat PT), vilka är knutna till statens särskilda aktier (så kallade gyllene aktier) i PT.

Tillämpliga bestämmelser

Den nationella lagstiftningen

2 I artikel 15.3 i ramlagen om privatiseringar (Lei Quadro das Privatizaçoes) av den 5 april 1990 (Diáro da República, serie I, nr 80, av den 5 april 1990) (nedan kallad LQP) föreskrivs en möjlighet att skapa aktier med särskilda rättigheter enligt följande:

”I den rättsakt som åsyftas i artikel 4.1 (angående erkännande av bolagsordningen för de bolag som ska privatiseras eller omvandlas till aktiebolag) kan vidare undantagsvis – när detta krävs med hänsyn till nationella intressen – föreskrivas om förekomsten av aktier med särskilda rättigheter som är avsedda att förbli i statens ägo. Sådana aktier ger, oavsett antal, staten en vetorätt avseende ändringar i bolagsordningen och andra beslut som gäller ett bestämt område, vilket avgränsats på vederbörlig sätt i bolagsordningen.”

3 I artikel 20.1 i lagdekret nr 44/95 av den 22 februari 1995, avseende det första skedet av privatiseringen, föreskrivs följande:

”För det fall det i [PT:s] bolagsavtal föreskrivs att aktier med särskilda rättigheter, utöver preferensaktier, får förekomma ska majoriteten av dessa aktier innehas av staten eller andra offentliga aktieägare.”

PT:s bolagsordning

4 Det framgår av handlingarna i målet att aktiekapitalet, i enlighet med vad som anges i artikel 4.2 i PT:s bolagsordning, består av 1 025 800 000 vanliga aktier och 500 A-aktier.

5 Enligt artikel 5.1 i PT:s bolagsordning ska majoriteten av A-aktierna innehas av staten eller andra offentliga aktieägare och åtföljas av vissa förmåner i form av särskilda rättigheter, vilka föreskrivs i artiklarna 14.2 och 19.2 i bolagsordningen.

6 Dessa särskilda rättigheter räknas upp i de nämnda artiklarna enligt följande:

— Minst en tredjedel av det totala antalet styrelseledamöter, inbegripet styrelseordföranden, ska väljas med en majoritet av rösterna knutna till A-aktierna, det vill säga med statens och de övriga offentliga aktieägarnas röster.

— Bland de fem eller sju medlemmarna i den verkställande kommitté som väljs inom styrelsen, ska en eller två väljas med majoriteten av rösterna knutna till A-aktierna.

— Utnämnandet av minst en av de styrelseledamöter som väljs för att särskilt behandla vissa ledningsfrågor ska ske genom majoriteten av rösterna knutna till A-aktierna.

— Inget beslut av bolagsstämman kan godkännas mot majoriteten av rösterna knutna till A-aktierna inom de nedan uppräknade områdena:

  — Fördelning av vinstmedel,

  — ändring i bolagsordningen och kapitalökningar,

  — inskränkning eller upphävande av företrädesrätten,

  — fastställande av villkor för kapitalökningar,

  — emission av obligationer eller andra värdepapper och fastställande av deras värde, vilket styrelsen kan tillåta, såväl som inskränkning eller upphävande av företrädesrätten vid emission av obligationer som kan omvandlas till aktier och styrelsens fastställande av villkoren för emission av denna typ av obligationer,

— förflyttning av säte till annan plats inom landet, eller

— godkännande av förvärv av ett antal vanliga aktier överstigande 10 procent av aktiekapitalet av aktieägare som utövar en verksamhet som konkurrerar med de verksamheter som utövas av bolag som PT kontrollerar.

— En majoritet av rösterna knutna till nämnda aktier krävs även när det gäller beslut angående godkännande av allmänna mål och grundläggande principer i PT:s policy och fastställandet av allmänna principer för policyn avseende förvärv och avyttring av andelar i bolag eller koncerner, för det fall det krävs ett godkännande i förväg från bolagsstämman.

Bakgrund till tvisten och det administrativa förfarandet

7 Sedan år 1992 har den portugisiska telekommunikationssektorn genomgått en omfattande omstruktureringsprocess. År 1994 resulterade denna process i bildandet av PT, ett holdingbolag för förvaltning av andelar, till följd av en fusion mellan flera helt offentligägda bolag.

8 Processen för att privatisera PT började år 1995. Processen skedde i fem steg, enligt det förfarande som fastställts i LQP.

9 Den 4 augusti antogs PT:s bolagsordning. Den portugisiska staten innehade vid denna tidpunkt 54,2 procent av bolagets aktiekapital.

10 När det femte steget av privatiseringen var avslutat hade hela det offentliga aktieinnehavet i PT avyttrats, med undantag för 500 A-aktier, vilka enligt artikel 5.1 i PT:s bolagsordning åtföljs av särskilda rättigheter och som, enligt artikel 20.1 i lagdekret nr 44/95, till största del innehas av staten eller andra offentliga aktieägare.

11 Den 19 december 2005 sände kommissionen en formell underrättelse till Republiken Portugal, genom vilken den gjorde gällande att denna medlemsstat hade åsidosatt sina skyldigheter enligt artiklarna 56 EG och 43 EG, med hänvisning till statens och andra offentliga aktieägares innehav av aktier med särskilda rättigheter i PT:s aktiekapital.

12 Eftersom kommissionen inte var nöjd med det svar som Republiken Portugal gav i skrivelse av den 21 februari 2006, riktade den ett motiverat yttrande till denna medlemsstat den 10 april 2006. Medlemsstaten anmodades att rätta sig efter det motiverade yttrandet inom två månader från att det hade delgivits. Republiken Portugal besvarade det motiverade yttrandet genom skrivelse av den 24 juli 2006 och bestred det påstådda fördragsbrottet.

13 Kommissionen, som ansåg att Republiken Portugal inte hade vidtagit nödvändiga åtgärder för att följa det motiverade yttrandet, beslutade då att väcka förevarande talan.

Talan

Upptagande till sakprövning av talan

Parternas argument

14 Republiken Portugal har i sitt svaromål gjort gällande att talan inte kan tas upp till sakprövning av två skäl. För det första anser den att kommissionen inte har följt reglerna om bevisbördan, eftersom den inte har inkommit med vare sig lagtexterna eller PT:s bolagsordning – innehållande de villkor som skulle styrka det påstådda fördragsbrottet. Kommissionen har således grundat sin talan enbart på antaganden.

15 Republiken Portugal har för det andra gjort gällande att talan delvis inte kan tas upp till sakprövning, eftersom kommissionen i sin ansökan har framfört nya påståenden, som inte fanns med i det motiverade yttrandet. Kommissionen har därmed utvidgat föremålet för tvisten, såsom det definierats i det administrativa förfarandet. Republiken Portugal hänvisar särskilt till de regler i bolagsordningen, enligt vilka staten medges dels ett ökat inflytande i valet av medlemmarna i den verkställande kommittén, dels särskilda befogenheter, såsom en vetorätt avseende försäljning av omfattande tillgångar, fusion med andra bolag och ändringar av bolagets ägande.

16 Kommissionen har bestritt samtliga dessa påståenden.

17 Vad gäller bevisbördan har kommissionen i huvudsak gjort gällande att fördragsbrottet ska styrkas med hänvisning till Republiken Portugals agerande, och inte till PT:s bolagsordning, eftersom det är medlemsstaten, och inte PT, som anklagas för att ha gjort sig skyldig till ett fördragsbrott. Enligt kommissionen är det därmed inte nödvändigt att den inger nämnda bolagsordning för att kunna styrka det påstådda fördragsbrottet. Republiken Portugal bekräftade emellertid själv, redan i sitt svar på kommissionens formella underrättelse, förekomsten av bestämmelserna i denna bolagsordning samt statens särskilda rättigheter som föreskrivs i dessa bestämmelser. Medlemsstaten grundade sitt bestridande av det påstådda fördragsbrottet på just dessa omständigheter.

18 Vad gäller den påstådda utvidgningen av föremålet för tvisten har kommissionen gjort gällande att fördragsbrottsförfarandets utredningsskede har till syfte att efterforska eventuella faktiska och rättsliga omständigheter som kan stärka misstankarna om fördragsbrott. Detta utredningsskede har inte till syfte att, på ett detaljerat och uttömmande sätt, behandla samtliga delar av fördragsbrottet. Kommissionen har således gjort gällande att den hade rätt att, under det administrativa förfarandet, enbart generellt påpeka statens särskilda befogenheter i PT för att först senare, i ansökan, precisera innebörden av sina anmärkningar.

Domstolens bedömning

19 Vad beträffar den första invändningen om rättegångshinder framgår det av fast rättspraxis att det i fördragsbrottsförfaranden enligt artikel 226 EG åligger kommissionen, som har bevisbördan för det påstådda fördragsbrottet, att förse domstolen med de uppgifter som den behöver för att kunna kontrollera huruvida fördragsbrott föreligger. Kommissionen kan därvid inte stödja sig på någon presumtion (se, bland annat, dom av den 6 november 2003 i mål C-434/01, kommissionen mot Förenade kungariket, REG 2003, s. I-13239, punkt 21, och av den 14 juni 2007 i mål C-342/05, kommissionen mot Finland, REG 2007, s. I-4713, punkt 23).

20 Kommissionen har förvisso inte bifogat de fullständiga versionerna av den relevanta nationella lagtexten eller PT:s bolagsordning till sin ansökan. Men kommissionen har inte desto mindre, i både ansökan och det motiverade yttrandet som bifogades till ansökan, vid flertalet tillfällen återgett och förklarat bestämmelserna i denna lagstiftning och denna bolagsordning, på vilka kommissionen grundade fördragsbrottstalan.

21 Såsom generaladvokaten har anfört i punkt 27 i sitt förslag till avgörande, har Republiken Portugal aldrig bestritt vare sig att dessa bestämmelser existerar eller deras innehåll, såsom kommissionen har beskrivit det under såväl det administrativa förfarandet som inför domstolen. Tvärtom bekräftade den portugisiska regeringen, på grundval av just dessa bestämmelser, att den portugisiska staten innehade aktier med särskilda rättigheter i PT – just sådana särskilda rättigheter som kommissionen har hävdat.

22 Domstolen har dessutom, efter att ha tagit del av PT:s bolagsordning i sin helhet, vilken parterna inkommit med till följd av en uttrycklig begäran från domstolen, kunnat konstatera att kommissionens påståenden avseende innehållet i bolagsordningens bestämmelser och statens särskilda rättigheter är riktiga.

23 Mot denna bakgrund finner domstolen att kommissionen inte kan anses ha grundat sin talan på enbart antaganden utan att ha försett domstolen med den bevisning som denna behöver för att kunna kontrollera om Republiken Portugal har gjort sig skyldig till ett fördragsbrott.

24 Härav följer att den första invändningen om rättegångshinder ska ogillas.

25 Vad beträffar den andra invändningen om rättegångshinder följer det av fast rättspraxis att föremålet för en talan som har väckts med stöd av artikel 226 EG fastställs genom kommissionens motiverade yttrande. Talan måste alltså avse samma skäl och grunder som detta yttrande (se dom av den 8 december 2005 i mål C-33/04, kommissionen mot Luxemburg, REG 2005, s. I-10629, punkt 36 och där angiven rättspraxis).

26 Detta krav är emellertid inte så långtgående att det i samtliga fall måste råda fullständig överensstämmelse mellan anmärkningarna i det motiverade yttrandet och yrkandena i ansökan, under förutsättning att föremålet för talan, såsom det angetts i det motiverade yttrandet, inte har utvidgats eller ändrats (se dom av den 14 juli 2005 i mål C-443/03, kommissionen mot Tyskland, REG 2005, s. I-6985, punkt 28, och av den 7 september 2006 i mål C-484/04, kommissionen mot Förenade kungariket, REG 2006, s. I-7471, punkt 25).

27 I förevarande fall har kommissionen varken utvidgat eller ändrat föremålet för talan, såsom det fastställts i det motiverade yttrandet.

28 I detta avseende är det tillräckligt att påpeka att kommissionen, såväl i det motiverade yttrandets slutsatser som i yrkandena i ansökan, klart och tydligt har uppgett att den anser att Republiken Portugal har åsidosatt sina skyldigheter enligt artiklarna 56 EG och 43 EG, med hänvisning till statens och andra offentliga aktieägares innehav av aktier med särskilda rättigheter i PT.

29 Kommissionen har i ansökan hänvisat till fler särskilda rättigheter som den portugisiska staten hade behållit i PT. Att på så sätt i detalj redogöra för anmärkningar som i mer allmänna ordalag hade framställts redan i den formella underrättelsen och i det motiverade yttrandet har inte förändrat talan om det påstådda fördragsbrottet och har således inte haft någon inverkan på tvistens omfattning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 27 november 2003 i mål C-185/00, kommissionen mot Finland, REG 2003, s. I-4189, punkterna 84–87).

30 Mot bakgrund av det ovan anförda ska även den andra av Republiken Portugals invändningar om rättegångshinder ogillas. Kommissionens talan ska därmed tas upp till sakprövning.

Underlåtenheten att uppfylla skyldigheterna enligt artiklarna 56 EG och 43 EG

Parternas argument

31 Enligt kommissionen följer inte skapandet av aktier med särskilda rättigheter i PT av en normal tillämpning av bolagsrätten och utgör i vart fall en statlig åtgärd, vilken således omfattas av tillämpningsområdet för artikel 56.1 EG.

32 Kommissionen har i detta avseende gjort gällande att de aktuella aktierna med särskilda rättigheter, i motsats till vad de portugisiska myndigheterna har gjort gällande, inte kan anses ha en rent privaträttslig karaktär. Även om de särskilda rättigheterna som är knutna till aktierna enbart anges i PT:s bolagsordning har denna bolagsordning antagits vid en tidpunkt då den portugisiska staten innehade kontrollen över bolaget. De särskilda rättigheterna ska även beaktas mot bakgrund av de relevanta bestämmelserna i såväl LQP som lagdekret nr 44/95. Det framgår av dessa lagtexter att majoriteten av dessa aktier med särskilda rättigheter ska tilldelas staten och förbli i statens ägo. Följaktligen kan dessa aktier inte överlåtas, till skillnad från privaträttsliga aktier med särskilda rättigheter.

33 Kommissionen har även gjort gällande att tilldelningen av aktier med särskilda rättigheter till staten inte kan undantas från tillämpningsområdet för artiklarna 56 EG och 43 EG, enligt artikel 295 EG, i vilken det föreskrivs att EG-fördraget inte i något hänseende ska ingripa i medlemsstaternas egendomsordning. Det framgår nämligen av fast rättspraxis (se, framför allt, dom av den 4 juni 2002 i mål C-367/98, kommissionen mot Portugal, REG 2002, s. I-4731, punkt 48, och av den 1 juni 1999 i mål C-302/97, Konle, REG 1999, s. I-3099, punkt 38) att medlemsstaterna inte har rätt att åberopa sina egendomsordningar till stöd för inskränkningar i de friheter som stadgas i fördraget, när inskränkningarna är ett resultat av ett system med myndighetstillstånd avseende privatiserade företag. De förevarande särskilda rättigheterna ger upphov till ett sådant system med myndighetstillstånd, eftersom innehavarna av dessa rättigheter får vetorätt i flera frågor som PT ska fatta beslut i.

34 Vidare har kommissionen i huvudsak gjort gällande att den portugisiska statens innehav av särskilda rättigheter i PT hindrar både direkta investeringar och portföljinvesteringar i detta bolag. Detta innehav utgör därför en begränsning av såväl den fria rörligheten för kapital som etableringsfriheten.

35 Dessa särskilda rättigheter innebär i synnerhet en inskränkning av övriga aktieägares möjlighet att faktiskt delta i förvaltningen och kontrollen av bolaget i proportion till värdet av deras aktier. Dessa aktieägare berövas även behörigheten att fatta strategiska beslut om bland annat försäljning av omfattande tillgångar, betydande ändring i bolagsordningen, fusion med andra bolag och beslut angående ändringar av bolagets ägande. De särskilda rättigheterna skulle även kunna utgöra hinder för förvärv av kontrollandelar i PT, vilket skulle vara oförenligt med artikel 43 EG.

36 Kommissionen har dessutom gjort gällande att de begränsningar som följer av de särskilda rättigheter som Republiken Portugal har i PT inte kan motiveras av något av de mål som de nationella myndigheterna har hänvisat till.

37 Vad gäller de portugisiska myndigheternas påstående, att det är nödvändigt att säkerställa tillgången till telenätet i krissituationer, krig och i samband med terrorism, har kommissionen gjort gällande att dessa myndigheter inte har visat att det föreligger ett ”verkligt och tillräckligt allvarligt hot som berör ett av samhällets grundläggande intressen” och som skulle kunna motivera de aktuella åtgärderna av skäl som rör allmän säkerhet och ordning. Det krävs enligt rättspraxis, särskilt dom av den 13 maj 2003 i mål C-463/00, kommissionen mot Spanien (REG 2003, s. I-4581), punkterna 71 och 72, att förekomsten av ett sådant hot visas.

38 Kommissionen har bestritt Republiken Portugals argumentation, enligt vilken det statliga innehavet av särskilda rättigheter i PT, som har behållit förvaltningen av kabel- och kopparnäten samt alla grossist- och detaljhandelsverksamheter, är berättigat för att säkerställa en viss grad av konkurrens på telemarknaden. Enligt kommissionen skulle en sådan argumentation leda till en absurd situation där ett åsidosättande av gemenskapsrättens konkurrensregler skulle motiveras med ett annat åsidosättande av gemenskapsrätten. I förevarande fall vill detta säga en situation där de ifrågasatta begränsningarna av de grundläggande friheter som säkerställs genom fördraget åberopas som motivering.

39 Avseende Republiken Portugals hänvisning till behovet av att undvika snedvridningar av kapitalmarknaden har kommissionen erinrat om rättspraxis, särskilt domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Portugal (punkt 52), enligt vilken ekonomiska skäl inte kan motivera hinder som är förbjudna enligt fördraget.

40 Slutligen har kommissionen gjort gällande att de aktuella begränsningarna i vart fall strider mot proportionalitetsprincipen. Utövandet av de särskilda rättigheter som följer A-aktierna är inte underställt något villkor, bortsett från kravet på att sådana rättigheter endast ska användas när detta krävs med hänsyn till nationella intressen. Även om de mål som medlemsstaten har anfört skulle anses legitima, utgör emellertid

tilldelningen av en så skönsmässig befogenhet en mer långtgående åtgärd än vad som är nödvändigt för att uppnå dessa mål.

41 Republiken Portugal har bestritt det påstådda fördragsbrottet, och har gjort gällande att de aktuella aktierna enbart är privaträttsliga aktier med särskilda rättigheter som inte kan likställas med gyllene aktier. I lagdekret nr 44/95 medges enbart själva möjligheten att föreskriva om aktier med särskilda rättigheter i PT:s bolagsordning, utan att skapandet av sådana aktier påbjuds. Förekomsten av dessa aktier kan således endast tillskrivas bolagets egen vilja och inte statens vilja.

42 De portugisiska myndigheterna har gjort gällande att en aktieägares innehav av särskilda rättigheter utgör en grundläggande rättighet som är karaktäristisk för privat- och bolagsrätten. Denna grundläggande rättighet grundar sig för övrigt på artikel 295 EG. Det ankommer på domstolen att skydda grundläggande rättigheter. Detta gäller även då rättighetsinnehavaren är ett offentligt organ. Som stöd för sitt argument har de portugisiska myndigheterna erinrat om att det följer av domstolens praxis att skyddet för de grundläggande rättigheterna utgör ett legitimt intresse som i princip motiverar inskränkningar i de skyldigheter som följer av gemenskapsrätten (se dom av den 18 december 2007 i mål C-341/05, Laval un Partneri, REG 2007, s. I-11767, punkterna 91–93).

43 I andra hand har Republiken Portugal gjort gällande att förekomsten av de aktuella aktierna med särskilda rättigheter, även om det antas att staten är ansvarig för denna åtgärd, på intet sätt utgör någon begränsning som är förbjuden enligt artiklarna 56 EG och 43 EG. Dessa aktier utgör nämligen inte en statlig åtgärd som har till syfte att påverka handeln eller hindra den fria rörligheten för tjänster eller kapital. Medlemsstaten har därmed bett domstolen att i det aktuella målet tillämpa det underliggande resonemanget i dom av den 24 november 1993 i de förenade målen C-267/91 och C-268/91, Keck och Mithouard (REG 1993, s. I-6097; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-431). Med hänsyn till att det i förevarande fall rör sig om icke-diskriminerande villkor för förvaltning av andelar i bolaget, och inte villkor för

förvärv av dessa andelar, kan varken den fria rörligheten för kapital eller etableringsfriheten anses ha begränsats.

44 De portugisiska myndigheterna har gjort gällande att, även om det antas att förekomsten av de särskilda rättigheterna i PT utgör en begränsning av de grundläggande friheter som säkerställs genom fördraget och som har åberopats av kommissionen, ska en sådan begränsning i vart fall anses vara motiverad.

45 Denna motivering grundar sig på att PT är ägare till väsentliga delar av infrastrukturerna för transport och sändning av telekommunikationer. Innehavet av de särskilda rättigheterna är därför motiverat, av skäl som rör allmän säkerhet och ordning, för att kunna säkerställa tillhandahållandet av teletjänster vid kris, krig, terrorism, miljörisker och andra typer av hot. Medlemsstaten har i detta avseende gjort gällande att en motivering med hänsyn till sådana skäl – i motsats till kommissionens tolkning av domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien – inte villkoras av att det ska föreligga ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot, som påverkar ett grundläggande samhällsintresse.

46 Den aktuella begränsningen kan även motiveras av behovet av att dels säkerställa en viss grad av konkurrens på telemarknaden, dels undvika en eventuell snedvridning av kapitalmarknaden, på grund av tvingande skäl av allmänintresse.

47 Enligt Republiken Portugal är de särskilda rättigheter som tilldelats staten proportionerliga med hänsyn till de mål som eftersträvas med dem. Dessa rättigheter är begränsade till särskilda situationer som definierats i förväg och skiljer sig inte från en ordning där invändningar kan resas i efterhand. Följaktligen rör det sig om en ordning som är jämförbar med den som var föremål för domen av den 4 juni 2002 i mål C-503/99, kommissionen mot Belgien (REG 2002, s. I-4809). Domstolen förklarade att den ordning som det var fråga om i det målet var förenlig med fördraget.

Domstolens bedömning

– Underlåtenhet att uppfylla de skyldigheter som följer av artikel 56 EG

48 Det följer av fast rättspraxis att artikel 56.1 EG innebär ett förbud mot alla restriktioner för kapitalrörelser mellan medlemsstater (se, för ett liknande resonemang, dom av den 28 september 2006 i de förenade målen C-282/04 och C-283/04, kommissionen mot Nederländerna, REG 2006, s. I-9141, punkt 18 och där angiven rättspraxis).

49 Eftersom begreppet kapitalrörelser, den mening som avses i artikel 56.1 EG, inte definieras i fördraget, har domstolen ansett att den nomenklatur för kapitalrörelser som finns i bilaga 1 till rådets direktiv 88/361/EEG av den 24 juni 1988 för genomförandet av artikel 67 [EG] (artikeln upphävdes genom Amsterdamfördraget) (EGT L 178, s. 5; svensk specialutgåva, område 10, volym 1, s. 44) är vägledande. Domstolen har således ansett att så kallade direkta investeringar, det vill säga investeringar i form av delägande i företag genom köp av aktier som ger möjlighet att faktiskt medverka i förvaltningen eller kontrollen av företaget, samt så kallade portföljinvesteringar, det vill säga förvärv av värdepapper på kapitalmarknaden med enda syfte att genomföra en penningplacering utan avsikt att inverka på företagets förvaltning och kontrollen

av detta, utgör kapitalrörelser i den mening som avses i artikel 56.1 EG (se dom i de ovannämnda förenade målen kommissionen mot Nederländerna, punkt 19 och där angiven rättspraxis).

50 Domstolen har vad gäller denna typ av investeringar preciserat att nationella åtgärder som kan hindra eller begränsa förvärv av aktier i de berörda företagen eller som kan avskräcka investerare från andra medlemsstater att investera i dessa företags kapital ska anses utgöra restriktioner i den mening som avses i artikel 56.1 EG (se domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Portugal, punkterna 45 och 46, dom av den 4 juni 2002 i mål C-483/99, kommissionen mot Frankrike, REG 2002, s. I-4781, punkt 40, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien, punkterna 61 och 62, dom av den 13 maj 2003 i mål C-98/01, kommissionen mot Förenade kungariket, REG 2003, s. I-4641, punkterna 47 och 49, av den 2 juni 2005 i mål C-174/04, kommissionen mot Italien, REG 2005, s. I-4933, punkterna 30 och 31, samt domen i de ovannämnda förenade målen kommissionen mot Nederländerna, punkt 20).

51 Republiken Portugal har bestritt att den omtvistade åtgärden kan anses vara en statlig åtgärd i den mening som avses i den rättspraxis som omnämns i föregående punkt. Medlemsstaten har gjort gällande att de aktuella aktierna med särskilda rättigheter har en privaträttslig karaktär och har förts in i PT:s bolagsordning genom bolagets – och inte statens – vilja.

52 Det är riktigt att i LQP och lagdekret nr 44/95 medges enbart själva möjligheten att föreskriva om aktier med särskilda rättigheter i PT:s bolagskontrakt. Det är på grundval av just bestämmelserna i PT:s bolagsordning, som antagits med tillämpning av denna lagstiftning, som aktierna infördes och tilldelades staten.

53 Inte desto mindre är det dock så att dessa bestämmelser i bolagsordningen antogs den 4 april 1995, såsom de portugisiska myndigheterna själva bekräftade under förhandlingen. De antogs alltså direkt efter att lagdekretet hade antagits och mer specifikt under en period när Republiken Portugal var majoritetsägare av PT:s aktiekapital och således utövade en kontroll över detta bolag.

54 Under dessa omständigheter finner domstolen att det är Republiken Portugal själv som dels, i egenskap av lagstiftare, möjliggjorde skapandet av aktier med särskilda rättigheter i PT, dels, i egenskap av myndighet, beslutade att – med tillämpning av artikel 15.3 i LQP och artikel 20.1 i lagdekret nr 44/95 – införa aktier med särskilda rättigheter i PT, tilldela staten dem och definiera de särskilda rättigheterna som aktierna ger upphov till.

55 Såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 62 i sitt förslag till avgörande har dessa aktier med särskilda rättigheter inte tillkommit som ett resultat av en normal tillämpning av bolagsrätten, eftersom aktierna med särskilda rättigheter i PT är avsedda att förbli i statens ägo och alltså inte kan överlåtas. Detta utgör ett undantag till den portugisiska lagen om bolag.

56 Domstolen finner därmed att staten är ansvarig för tillkomsten av de aktuella aktierna med särskilda rättigheter och att denna åtgärd således omfattas av tillämpningsområdet för artikel 56.1 EG.

57 Vad gäller huruvida systemet för statens innehav av aktier med särskilda rättigheter i PT, som föreskrivs i den nationella lagstiftningen och i PT:s bolagsordning, är begränsande, konstaterar domstolen att ett sådant system kan leda till att aktörer från andra medlemsstater avstår från att investera i detta bolags aktiekapital.

58 I enlighet med detta system måste en betydande del av viktiga beslut inom PT antas med den portugisiska statens godkännande. Dessa beslut är uppräknade ovan i punkt 6 i förevarande dom och avser såväl förvärv av ett antal aktier överstigande 10 procent av bolagets aktiekapital som förvaltningen av bolaget. Enligt kraven i PT:s bolagsordning kan inte något av dess beslut godkännas mot majoriteten av röster knutna till A-aktierna.

59 En sådan majoritet krävs bland annat för samtliga beslut om ändring av PT:s bolagsordning. Den portugisiska statens inflytande över PT kan således enbart försvagas om staten själv godkänner detta.

60 Den portugisiska statens innehav av dessa aktier med särskilda rättigheter skapar ett statligt inflytande på förvaltningen av PT som är omotiverat stort med hänsyn till storleken på statens aktieinnehav i bolaget. Denna situation kan avskräcka aktörer från andra medlemsstater från att göra direkta investeringar i PT, eftersom dessa inte skulle kunna medverka i förvaltningen och kontrollen av företaget i en utsträckning som skulle motsvara deras aktieinnehav (se, bland annat, dom av den 23 oktober 2007 i mål C-112/05, kommissionen mot Tyskland, REG 2007, s. I-8995, punkterna 50–52).

61 De särskilda aktierna kan likaså ha en avskräckande effekt på portföljinvesteringar i PT. Om den portugisiska staten eventuellt skulle vägra att godkänna ett viktigt beslut som det berörda företagets organ lagt fram i företagets intresse kan detta inverka negativt på värdet på bolagets aktier och därigenom på investeringar i sådana aktier (se, för ett liknande resonemang, domen i de ovannämnda förenade målen kommissionen mot Nederländerna, punkt 27).

62 Under dessa omständigheter finner domstolen att den portugisiska statens innehav av de aktuella aktierna med särskilda rättigheter utgör en begränsning av den fria rörligheten för kapital, i den mening som avses i artikel 56.1 EG.

63 De argument som de portugisiska myndigheterna har framfört – avseende tillämpningen av dels artikel 295 EG, dels det påstådda underliggande resonemanget i domen i det ovannämnda målet Keck och Mithouard, på förevarande fall – föranleder inte domstolen att göra någon annan bedömning.

64 Vad för det första gäller artikel 295 EG, enligt vilken ”…fördraget inte i något hänseende skall ingripa i medlemsstaternas egendomsordning”, räcker det att erinra om att det enligt fast rättspraxis inte följer av denna artikel att medlemsstaternas egendomsordningar undantas från fördragets grundläggande regler. Artikeln kan därmed inte åberopas till stöd för inskränkningar i de friheter som stadgas i fördraget, när inskränkningarna är ett resultat av att medlemsstaternas aktieinnehav i ett privatiserat företag är förbundet med privilegier (se domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien, punkt 67 och där angiven rättspraxis).

65 Vad för det andra gäller domen i det ovannämnda målet Keck och Mithouard liknar åtgärderna som är aktuella i det förevarande fallet inte de bestämmelser om säljformer som i nämnda dom har ansetts falla utanför tillämpningsområdet för artikel 28 EG.

66 Enligt nämnda dom är tillämpningen, på varor från andra medlemsstater, av nationella bestämmelser, som begränsar eller förbjuder vissa försäljningsformer i importstaten, inte ägnad att hindra handeln mellan medlemsstaterna – förutsatt att bestämmelserna tillämpas på samtliga berörda näringsidkare som bedriver verksamhet i landet i fråga och förutsatt att de såväl rättsligt som faktiskt påverkar avsättningen av inhemska varor och varor från andra medlemsstater på samma sätt. Skälet till detta är att

denna tillämpning inte anses hindra varornas tillträde till marknaden i importstaten eller försvåra deras tillträde jämfört med inhemska varor (dom av den 10 maj 1995 i mål C-384/93, Alpine Investments, REG 1995, s. I-1141, punkt 37).

67 Även om det i det förevarande fallet är riktigt att de ifrågavarande hindren är tillämpliga på såväl personer som är bosatta i medlemsstaten som på personer som inte är det, kan det inte desto mindre konstateras att de påverkar situationen som sådan för en person som vill förvärva en andel i ett företag. De kan således medföra att investerare i andra medlemsstater avstår från att göra sådana investeringar och följaktligen påverka tillträdet till marknaden (se domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien, punkt 61 och där angiven rättspraxis).

68 Efter dessa preciseringar ska domstolen nu pröva huruvida och, i förekommande fall, under vilka omständigheter den begränsning som är föremål för tvisten kan godtas på grundval av de motiveringar som Republiken Portugal har åberopat.

69 Det framgår av fast rättspraxis att nationella bestämmelser som begränsar den fria rörligheten för kapital kan motiveras av de skäl som nämns i artikel 58 EG eller av tvingande skäl av allmänintresse, förutsatt att de antagna åtgärderna är ägnade att säkerställa förverkligandet av det mål som eftersträvas med dem och inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål (se dom av den 23 oktober 2007 i det ovannämnda målet kommissionen mot Tyskland, punkterna 72 och 73 och där angiven rättspraxis).

70 Vad gäller de motiveringar som grundas på tvingande skäl av allmänintresse som de portugisiska myndigheterna har åberopat, har domstolen redan slagit fast att intresset att säkerställa konkurrensmässiga förhållanden på en viss marknad inte är något godtagbart skäl för att inskränka den fria rörligheten för kapital (domen i det

ovannämnda målet kommissionen mot Italien, punkterna 36 och 37, samt dom av den 14 februari 2008 i mål C-274/06, kommissionen mot Spanien, REG 2008, s. I-26, punkt 44).

71 Vad gäller behovet av att undvika en eventuell snedvridning av kapitalmarknaden är det tillräckligt att, i likhet med kommissionen, konstatera att detta mål hänför sig till ett av de ekonomiska skäl som enligt fast rättspraxis inte kan motivera en begränsning av den fria rörligheten av kapital (se, bland annat, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Portugal, punkt 52).

72 Vad gäller de undantag som medges i artikel 58 EG, kan det inte förnekas att det mål som de portugisiska myndigheterna har åberopat – nämligen att garantera tillgången till telenätet i krissituationer, krig och i samband med terrorism – kan utgöra skäl som rör allmän säkerhet (se, analogt, i fråga om energiförsörjning, dom av den 14 februari 2008 i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien, punkt 38). Detta mål kan eventuellt också motivera ett hinder för den fria rörligheten av kapital.

73 Det står emellertid klart att de krav som den allmänna säkerheten ställer ska tolkas restriktivt, särskilt när det är fråga om undantag från den grundläggande principen om fri rörlighet för kapital, så att deras räckvidd inte kan bestämmas ensidigt av varje medlemsstat utan kontroll av Europeiska unionens institutioner. Således kan allmän säkerhet endast åberopas då det föreligger ett verkligt och tillräckligt allvarligt hot som påverkar ett grundläggande samhällsintresse (se, bland annat, dom av den 14 mars 2000 i mål C-54/99, Église de scientologie, REG 2000, s. I-1335, punkt 17).

74 Domstolen finner dock att en motivering som hänför sig till allmän säkerhet inte kan godtas i förevarande fall, eftersom Republiken Portugal har åberopat det ovannämnda målet utan att ha preciserat varför medlemsstaten anser att staten, genom

sitt innehav av aktier med särskilda rättigheter, avstyr ett sådant hot mot ett grundläggande samhällsintresse.

75 Vad gäller huruvida den förevarande begränsningen är proportionerlig, konstaterar domstolen, för fullständighetens skull, att den portugisiska statens utövande av de särskilda rättigheter som är knutna till innehavet av de särskilda aktierna i PT inte är underställt några villkor eller specifika och objektiva omständigheter – i motsats till vad de nationella myndigheterna har anfört.

76 I artikel 15.3 i LQP föreskrivs visserligen att aktier med särskilda rättigheter – som ger staten särskilda befogenheter – endast kan skapas i PT när detta krävs med hänsyn till nationella intressen. Detta villkor är dock tämligen vagt formulerat. Domstolen finner dessutom att det varken i denna lag eller i PT:s bolagsordning framgår några kriterier för under vilka omständigheter som dessa särskilda befogenheter kan utövas.

77 En sådan osäkerhet utgör ett allvarligt hinder för den fria rörligheten för kapital, eftersom de nationella myndigheterna ges ett väldigt stort utrymme för skönsmässig bedömning avseende utövandet av sådana befogenheter. Detta utrymme står inte i proportion till de eftersträvade målen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 26 mars 2009 i mål C-326/07, kommissionen mot Italien, REG 2009, s. I-2291, punkterna 51 och 52).

78 Domstolen fastställer således att Republiken Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 56 EG genom att behålla de i bolagsordningen i PT föreskrivna särskilda rättigheterna för staten och andra offentliga organ i det bolaget, vilka är knutna till statens särskilda aktier (gyllene aktier).

– Underlåtenhet att uppfylla de skyldigheter som följer av artikel 43 EG

79 Kommissionen har även yrkat att domstolen ska fastställa att Republiken Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 43 EG, eftersom det statliga innehavet av aktier med särskilda rättigheter i PT kan utgöra hinder för förvärv av kontrollerande andelar i detta bolag.

80 Det är, i detta avseende, tillräckligt att hänvisa till fast rättspraxis. Det framgår därav att i den mån de aktuella nationella åtgärderna utgör hinder för etableringsfriheten är sådana hinder en direkt följd av, och kan inte särskiljas från, de ovan prövade hindren för den fria rörligheten för kapital. Eftersom det har konstaterats att artikel 56.1 EG har åsidosatts, är det inte nödvändigt att separat pröva de ifrågavarande åtgärderna mot bakgrund av fördragets bestämmelser om etableringsfrihet (se, bland annat, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Nederländerna, punkt 43).

Rättegångskostnaderna

81 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att Republiken Portugal ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom Republiken Portugal har tappat målet, ska kommissionens yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (första avdelningen) följande:

1) Republiken Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 56 EG, genom att behålla de i bolagsordningen i Portugal Telecom SGPS SA föreskrivna särskilda rättigheterna för staten och andra offentliga organ i det bolaget, vilka är knutna till statens särskilda aktier (gyllene aktier).

2) Republiken Portugal ska ersätta rättegångskostnaderna.

Underskrifter