

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
föredraget den 13 februari 2007¹

I — Inledning

1. Företaget Volkswagen, som definitivt förknippas med det tyska ekonomiska undret, snarare än med företagets mörka national-socialistiska bakgrund, är det mest tydliga exemplet på hur framgångsrik den sociala marknadsekonomi har varit, en utvecklingsmodell som ministern Ludwig Erhard² införde i Förbundsrepubliken Tyskland efter andra världskriget, efter den så kallade Freiburgskolans idéer.³

ingår vissa av dem i kulturarvet⁴ i såväl ursprungslandet som alla de länder på vars gator de har rullat och har blivit bestående symboler för 50- och 60-talen i Europa och på andra sidan Atlanten.⁵ Det är därför förklarligt att många medborgare som känner nostalgi över denna gyllene epok anser att den fördragsbrottstalan som kommissionen har väckt angående vissa paragrafer i VW-lagen,⁶ snarare än att kritisera ett nationellt regelverk, angriper en tysk livsstilssymbol, en äkta nutidsmyt.

2. Förutom att vissa av de modeller som tillverkats har erkända tekniska förtjänster

3. Bortsett från dessa melankoliska minnen sällar sig denna tvist till dem som behandlar

1 — Originalspråk: spanska.

2 — Han var minister mellan åren 1949 och 1963, då han utsågs till förbundskansler efter Konrad Adenauer.

3 — En grupp professorer kring Walter Eucken, Franz Böhm, Hans Grossmann-Doerth och Leonhard Miksch, vilka, som reaktion mot nazismen, framhöll idén om frihet framför ett totalitärt styre, inte bara på det ekonomiska området utan även inom andra livsområden. Hildebrand, D., *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*, Kluwer, 1998, Haag, s. 184–187.

4 — Modellerna har därför dykt upp på många popkonstutställningar och haft huvudrollen i en film av Walt Disney, *The love bug*, regisserad av Robert Stevenson år 1968. På spanska heter filmen *Ahí va ese bólido*, på franska *Un amour de coccinelle* och på tyska *Ein toller Käfer*. I Tyskland blev filmen en oerhörd succé och drog till sig fem miljoner besökare under de första åtta månader som den visades. Därefter har flera tv- och biofilmer producerats och år 2005 kom den sista versionen med namn *Herby: fully loaded*, regisserad av Angela Robinsson.

5 — Redan år 1958 utkom en engelskspråkig bok om Volkswagen på den amerikanska marknaden: Nitske, W.R., *The amazing Porsche and Volkswagen story*, Comet Press Books, New York.

6 — Lagen om privatisering av bolagsandelarna i Volkswagen GmbH av den 21 juli 1960 (BGBl. I, s. 585, och BGBl. III, s. 641-1-1), i dess lydelse av den 6 september 1965 (BGBl. I, s. 461) och av den 31 juli 1970 (BGBl. I, s. 1149).

frågan huruvida vissa av medlemsstaternas lagar, som innebär att statliga myndigheter ges särskilda rättigheter inom privata företag genom så kallade särskilda aktier (golden shares), är förenliga med EG-fördraget. Det skall emellertid redan på förhand påpekas att förevarande mål uppvisar stora skillnader som är av avgörande betydelse.

av kommissionen mot bakgrund av två av EG-fördragets grundläggande friheter, nämligen den fria rörligheten för kapital och etableringsfriheten. Beträffande den fria rörligheten för kapital föreskrivs i artikel 56.1 EG följande:

4. Kommissionen har kritiserat att rösträtten har begränsats till 20 procent av aktiekapitalet när en aktieinnehavare överskrider denna procentsats, att det krävs mer än 80 procents majoritet för att ingå sådana avtal för vilka det enligt Aktiengesetz⁷ (den tyska aktiebolagslagen) krävs 75 procents majoritet, samt att Förbundsrepubliken Tyskland och delstaten Niedersachsen har rätt att utse två styrelseledamöter.

”1. Inom ramen för bestämmelserna i detta kapitel skall alla restriktioner för kapitalrörelser mellan medlemsstater samt mellan medlemsstater och tredje land vara förbjudna.”

II — Tillämpliga bestämmelser

6. Etableringsfriheten i sin tur regleras i artikel 43 första stycket EG, enligt följande:

A — *Gemenskapsrätten*

5. Domstolen prövar i regel nationella bestämmelser vars giltighet har ifrågasatts

”Inom ramen för nedanstående bestämmelser skall inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium förbjudas. Detta förbud skall även omfatta inskränkningar för medborgare i en medlemsstat som är etablerad i någon medlemsstat att upprätta kontor, filialer eller dotterbolag.”

⁷ — Av den 6 september 1965, BGBl. I, s. 1089.

7. Artikel 295 EG skall också nämnas med 1. Aktiebolagslagen
hänsyn till hur viktig den anses vara:

”Detta fördrag skall inte i något hänseende ingripa i medlemsstaternas egendomsordning.”

8. Bilaga 1 till direktiv 88/361/EEG⁸ innehåller en nomenklatur för klassificering av sådana kapitalrörelser som avses i artikel 1. I synnerhet nämns ”[f]örvärv av del i nya eller befintliga företag i syfte att upprätta eller vidmakthålla varaktiga ekonomiska relationer” (direktinvestering),⁹ och ”[u]tlämnings förvärv av inhemska värdepapper som omsätts på en fondbörs” (portföljinvestering).¹⁰

10. I 134 §, i dess lydelse enligt lagen om kontroll och insyn i bolag (Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich), klargörs att rösträtten bestäms utifrån aktiernas nominella värde eller, när det rör sig om kvotaktier (Stückaktien), antalet aktier. Det anges även att icke börsnoterade bolag i sina stadgar kan införa en minskad rösträtt för aktieägare med flera aktier, genom att fastställa en absolut eller progressiv övre gräns.

B — Den tyska rätten

9. I den rättsordning som avses med denna fördragsbrottstalan är vissa bestämmelser i aktiebolagslagen och den så kallade VW-lagen relevanta.

11. I 101 § andra stycket föreskrivs att rätten att utse styrelseledamöter skall framgå av stadgarna och endast tillkomma vissa aktieägare eller innehavare av nominella aktier som inte får överlåtas utan bolagets samtycke. Denna rätt begränsas vidare till en tredjedel av det antal av styrelseledamöterna som enligt lag eller stadgar skall utgöras av aktieägarrepresentanter. I 101 § sista meningen föreskrivs dock uttryckligen att den särskilda bestämmelsen på området i 4 § i VW-lagen gäller i oförändrat skick.

8 — Rådets direktiv 88/361/EEG av den 24 juni 1988 för genomförandet av artikel 67 i fördraget (EGT L 178, s. 5; svensk specialutgåva, område 10, volym 1, s. 44).

9 — Punkt I.2 i nämnda bilaga.

10 — Punkt III.A.1 i nämnda bilaga.

2. VW-lagen

12. I 1 § anges att det tidigare, av Förbundsrepubliken Tyskland helägda bolaget med begränsat ansvar, omvandlas till ett aktiebolag.

13. I 2 § regleras frågan om hur rösträtten skall utövas. I paragrafens första stycke anges att rösträtten är begränsad till en femtedel av aktiekapitalet vid ett aktieinnehav på över 20 procent. Bestämmelsen innehåller även regler om hur aktieinnehavet skall beräknas för varje aktieägare (2 § andra och tredje styckena).

14. I 4 § under rubriken "Bolagets organisation" behandlas olika frågor, och enligt paragrafens första stycke har Förbundsrepubliken Tyskland och delstaten Niedersachsen var för sig och så länge de äger aktier i bolaget rätt att utse två styrelseledamöter.

15. Enligt 4 § andra stycket skall beslut om uppförande och förflyttning av anläggningar godkännas av styrelsen med två tredjedelars majoritet.

16. Enligt 4 § tredje stycket skall den majoritet som krävs för att godkänna stämans beslut uppgå till fyra femtedelar (80 procent) av aktiekapitalet, medan det enligt aktiebolagslagen krävs en röstövertvikt på minst tre fjärdedelar (75 procent).

III — Bakgrund och administrativt förfarande

A — Historik över VW-lagens tillkomst

17. För att öka förståelsen för den omtvistade nationella lagen krävs en tillbakablick på företagets bakgrund, vilken den tyska regeringen relativt noggrant och oemotsagt har redogjort för i sitt svaromål, och framför allt i sitt skriftliga svar av den 20 juni 2003 på kommissionens formella underrättelse av den 20 mars samma år.

18. När Adolf Hitler kom till makten i januari 1933 iscensattes en plan för att främja bilindustrin¹¹, och en offentlig upphandling för tilldelning av ett kontrakt för att

11 — Adolf Hitler lade fram förslaget i sitt öppningstal till 1934 års bilsalong i Berlin.

få tillverka den så kallade "folkbilen" (Volks - Wagen) anordnades. Målet var att tillverka ett enkelt fordon som flertalet tyskar skulle ha råd med utan att belasta sin ekonomi alltför mycket. Uppdraget gick till den legendariske ingenjören Ferdinand Porsche.¹²

19. Projektet skulle påbörjas snarast och för dess genomförande utdelades två bidrag på totalt 700 000 Reichmark (RM). Stöd söktes även hos Reichverband der Deutschen Automobilindustrie (den tyska bilindustriföreningen), som bidrog med 20 000 RM per månad under de tio månader som krävdes för att slutföra arbetena. De svårigheter som föreningen påtalade för rikskanslern föranledde Hitler att ge Arbeitsfront (arbetsfronten) i uppdrag att tillverka Volkswagen.¹³ För ändamålet skulle den största fabrik som någonsin skådats uppföras. Olika finansieringskällor användes. Förutom den tyska statens egna bidrag, vädjade regeringen till allmänheten genom att be medborgare som var intresserade av att köpa en bil sätta

in fem RM per vecka på ett konto som var avsett att stödja företaget. På så sätt samlade man in 286 miljoner mark.

20. Den 28 maj 1937 lyftes Volkswagenprojektet således bort från ovannämnda förening och ett statligt företag vid namn Gesellschaft zur Vorbereitung des Deutschen Volkswagens mbH bildades med ett startkapital på 50 miljoner RM som anslagits av Arbeitsfront. Ett flygplan sattes in i företagets tjänst för att söka efter ett lämpligt område att uppföra den praktfulla fabriken på. Den skulle ligga centralt i landet och ha goda vatten- och vägkommunikationer. Man fann till sist den ideala platsen i Niedersachsen inte långt från slottet Wolfsburg. Slottet, som funnits i familjen greve von Schulenburgs ägo sedan 1300-talet, exproprierades. Fabriken uppfördes således i närheten av byn Fallersleben, längs den motorvägssträcka som förbinder Hannover med Berlin invid Mittellandkanalen. Den 26 maj 1938 lades den första byggstenen inför mer än 70 000 personer. Samtidigt planerades bygget av en ny stad som skulle hysa de framtida fabriksarbetarna, nuvarande Wolfsburg. Till allas förvåning döpte Führern själv om fordonet till "KdF Wagen" (Kraft durch Freude — styrka genom glädje), trots att Porsches styrelse hade låtit registrera varumärket Volkswagen, till och med internationellt.¹⁴

12 — Plåtslagarsonen Ferdinand Porsche föddes den 3 september 1875 i Maffersdorf-an-der-Neisse (nuvarande Vratislavice nad Nisou, Republiken Tjeckien). Denna böhmiska stad tillhörde då det österrikisk-ungerska imperiet, men efter första världskriget ändrades den politiska kartan i Europa och Ferdinand blev tjeckoslovakisk medborgare. "Tysklands främsta biltillverkare" med Hitlers orðval, kunde inte behålla denna nationalitet och problemet reglerades med den tjeckoslovakiska konsulin i Stuttgart så att Ferdinand Porsche, sedan han gett upp sitt ursprung, kunde förvärva tyskt medborgarskap, *Parvulesco, C., Coccinelle. Triomphe de la voiture populaire*, ETAI, Boulogne Billancourt, 2006, s. 18.

13 — *Parvulesco, C., a. a., s. 17 och 18.*

14 — *Parvulesco, C., a. a., s. 26.*

21. Vid den officiella presentationen av fordonet visades tre olika modeller, nämligen två cabriolet och en limousin. Diktatorn, som var omgiven av militärer klädda i praktfulla uniformer som gav sitt tydliga och starka stöd åt den politiska regimen, slog sig ner i en cabriolet som kördes av Ferdinand Porsches egen son Ferry, som omedelbart blev berömd. Führerns uttalande om att KdF Wagen snart var inom räckhåll för alla för endast 990 RM mottogs med stor entusiasm.

22. Pengarna från försäljningen av tillgångar som beslagtogs och berövats Weimar-republikens fackföreningar, som förbjöds direkt efter nationalsocialisternas statskupp, användes till att uppföra merparten av de verkstäder som, enligt de politiker som stödde förslaget, var tänkt att bli Europas största industri.¹⁵

23. Fordonen skulle börja masstillverkas den 15 oktober 1939, men Hitler invaderade Polen den 1 september samma år och världskrigets utbrott omkullkastade planerna för alla inblandade i projektet. Tillverkningen ställdes om för att tillgodose militära behov, i synnerhet med avseende på truppersnas

rörlighet och tillhandahållande av ammunition. Drömmen för de nära 336 000 småsparrarna,¹⁶ som blev utan den eftertraktade bilen, skingrades i larmet från vapen och kanoner.¹⁷

24. Företagets anläggningar skadades allvarligt av de allierades bombplan som under fyra flygräder¹⁸ fällde mer än tusen ton högexplosiva bomber. Trots skadorna återupptog fabriken sin verksamhet i maj 1945,¹⁹ sedan militärregeringen i den brittiska zonen utsett chefsingenjören och inspektören Rudolf Brörmann till chef för företaget. Rudolf Brörmann, som ståndaktigt stått emot amerikanernas försök att montera ned industrin, byttes ut²⁰ år 1947 mot Heinrich Nordhoff, som var ledamot av styrelsen för Opel. Militärregeringen lyckades för övrigt inte heller sälja företaget till någon utländsk konkurrent, såsom Ford eller Chrysler, så när Förenade kungariket lämnade området år 1949 blev Volkswagen en i det närmaste övergiven egendom.

15 — Uppgifterna finns tillgängliga på <http://es.wikipedia.org/wiki/Volkswagen>.

16 — Sifferuppgiften är den tyska regeringens.

17 — Parvulesco, C., a. a., s. 27.

18 — Attackerna ägde rum i april, juni och augusti 1944.

19 — Vid den tidpunkten hade de allierade tillverkat 110 Kübelwagen (en militär föregångare till Volkswagens så kallade bubbla) av befintliga reservdelar.

20 — Enligt Momsen, H., "Das Volkswagenwerk und die 'Stunde Null': Kontinuität und Diskontinuität", på http://www.dhm.de/ausstellungen/aufbau_west_ost, blev han avsatt till följd av den kampanj som inletts i syfte att utplåna alla spår av nazismen från Volkswagens verkstäder.

25. Trots avsaknaden av en känd ägare visade företaget en häpnadsväckande dynamism som förvandlade det till en blomstrande rörelse.²¹ Detta väckte ett intresse hos arbetarna vilket förmodligen berodde på deras direkta och omedelbara delaktighet i företagets resultat. När det i slutet på 1950-talet föreföll troligt att domstolarna skulle ogilla den talan som Volkswagens småsparare hade väckt gjorde arbetarna anspråk på äganderätten till bolaget. Dessa blev om man räknar med Förbundsrepubliken Tyskland, delstaten Niedersachsen, fackföreningarna och de otursamma småspararna, den femte i raden av dem som gjorde anspråk på äganderätten till varumärket.

26. De spänningar som dessa motstående intressen skapade riskerade en fortsättning i tysk domstol, vilket skulle äventyra stabiliteten i ett företag som utgjorde en symbol för den fortfarande unga förbundsrepubliken. Efter många år av intensiva diskussioner och hårda förhandlingar nåddes en kompromiss i form av ett avtal som reglerade de rättsliga förhållandena i Volkswagen GmbH. Avtalet undertecknades den 12 november 1959 av Förbundsrepubliken Tyskland och delstaten Niedersachsen.²²

21 — År 1955 lämnade en miljon exemplar av bubblan fabriken och år 1972 hade redan mer än femton miljoner enheter av denna modell sålts. Vid denna tidpunkt försökte en amerikansk författare dra fördel av den tyska bilens popularitet genom att ta med den i en romantitel: Woods, E., *Yellow Volkswagen*, Greywood Publishing Ltd., Toronto, 1971.

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

27. Enligt avtalet skulle under en första fas samtliga andelar i bolaget, som då hade begränsat ansvar, övergå till Förbundsrepubliken Tyskland.²³ Sedan bolaget i en andra fas ombildats till aktiebolag delades 60 procent av aktierna ut till privatpersoner och resten, i varsitt aktiepaket på 20 procent, till de två offentlighetsrättsliga organen, det vill säga Förbundsrepubliken Tyskland och delstaten Niedersachsen.²⁴

28. I avtalet mellan det nationella och det regionala organet togs även hänsyn till arbetarnas intressen, genom skapandet av en Volkswagenstiftelse i syfte att främja forskning, utbildning, vetenskap och teknologi.

29. Aktiebolaget Volkswagens stadgar antogs den 6 juli 1960 och infördes i VW-lagen tillsammans med resten av avtalet. I två av klausulerna föreskrivs en ökning av den majoritet som krävs för vissa affärsbeslut från 75 procent till mer än 80 procent respektive en begränsning av rösträtten till 20 procent av aktiekapitalet.

23 — Med stöd av lagen om reglering av de rättsliga förhållandena i företaget Volkswagenwerk GmbH (Gesetz über die Regelung der Rechtsverhältnisse der Volkswagenwerk GmbH, BGBl. I, s. 301).

24 — Med stöd av VW-lagen.

B — Det administrativa förfarandet

30. Kommissionen, som hade mottagit klagomål om VW-lagen, sände den 19 mars 2003 en formell underrättelse till Tyskland. Medlemsstaten besvarade underrättelsen den 20 juni 2003.

31. Gemenskapsinstitutionen, som inte lät sig övertygas av förklaringarna, riktade den 1 april 2004 ett motiverat yttrande till medlemsstaten och uppmanade den att vidta nödvändiga åtgärder för att upphäva eller ändra den omtvistade lagen inom två månader från delgivningen av yttrandet.

32. Genom skrivelse av den 12 juli 2004 bekräftade den tyska regeringen sin ståndpunkt att lagen i fråga inte är oförenlig med artikel 56 EG och inte behöver ändras. Medlemsstaten begärde att ärendet skulle läggas ned då det saknades grund för anmärkningarna om fördragsbrott.

33. Kommissionen delade inte det tyska synsättet och väckte med stöd av artikel 226 EG talan vid domstolen för brott mot artiklarna 56 EG och 43 EG.

IV — Förfarandet vid domstolen och parternas yrkanden

34. Kommissionen har, genom ansökan som inkom till domstolens kansli den 4 mars 2005, yrkat att domstolen skall fastställa att 2 § första stycket och 4 § första och tredje styckena i VW-lagen är oförenliga med artiklarna 56 EG och 43 EG samt förplikta medlemsstaten att ersätta rättegångskostnaderna.

35. I svaromålet, som inkom den 25 maj 2005, yrkas att målet skall ogillas och att kommissionen skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna.

36. I beslut av den 7 september 2005 gav domstolens ordförande Republiken Finland tillstånd att intervensera i målet, vilket medlemsstaten emellertid avstod från genom skrivelse som inkom till domstolens kansli den 25 november 2005.

37. Repliken och dupliken inkom den 22 augusti 2005 respektive den 16 november 2005.

38. Ombuden för Förbundsrepubliken Tyskland respektive kommissionen yttrande sig muntligen under förhandlingen den 12 december 2006.

V — Bedömning av huruvida fördragsbrott föreligger

A — Inledande synpunkter

39. Det skall först och främst påpekas att kommissionen, även om den har åberopat åsidosättande av artikel 43 EG, har begränsat sin talan till att avse brott mot den fria rörligheten av kapital (artikel 56 EG), förmodligen som en anpassning till den rättspraxis i vilken särskilda aktier behandlas, vilket inte hindrar domstolen från att även pröva huruvida det samtidigt föreligger brott mot etableringsfriheten.

1. VW-lagens ställning enligt rättspraxis rörande särskilda aktier

40. Kommissionen har till stöd för sin talan i huvudsak åberopat den rättspraxis som rör särskilda aktier,²⁵ och i sin bedömning utgått ifrån att det rör sig om en statlig åtgärd som

ger staten, i förevarande fall Förbundsrepubliken Tyskland och delstaten Niedersachsen, särskilda rättigheter.

41. Kommissionen har även framhållit den offentliga karaktären på det avtal som dessa båda organ undertecknade i syfte att undanröja de äganderättsliga spänningar som påverkade företaget, eftersom det handlar om en lag som antagits med avseende på ett enda företag.

42. Den tyska regeringen har bestritt denna anmärkning. Regeringen anser att de situationer som domstolen har prövat inte kan jämföras med den situation som företaget Volkswagen befinner sig i. De omtvistade bestämmelserna är enligt regeringen objektiva till sin karaktär, åtminstone dem som avser begränsningen av rösträtten och ökningen av den majoritet som krävs för att bolagsstämman skall vara beslutsför i vissa viktiga frågor. Bestämmelserna är nämligen inte diskriminerande på någon punkt, utan påverkar alla investerare på samma sätt, oberoende av om de är offentliga eller privata.

43. Vidare har det hävdats att VW-lagen inte skall betraktas som en statlig åtgärd, eftersom den helt enkelt återger innehållet i det privaträttsliga avtal som ingicks år 1959 mellan Förbundsrepubliken Tyskland och delstaten Niedersachsen.

²⁵ — Dom av den 23 maj 2000 i mål C-58/99, kommissionen mot Italien (REG 2000, s. I-3811), av den 4 juni 2002 i mål C-367/98, kommissionen mot Portugal (REG 2002, s. I-4731), i mål C-483/99, kommissionen mot Frankrike (REG 2002, s. I-4781), och i mål C-503/99, kommissionen mot Belgien (REG 2002, s. I-4809), av den 13 maj 2003 i mål C-463/00, kommissionen mot Spanien (REG 2003, s. I-4581), och i mål C-98/01, kommissionen mot Förenade kungariket (REG 2003, s. I-4641). Dom har därefter meddelats den 2 juni 2005 i mål C-174/04, kommissionen mot Italien (REG 2005, s. I-4933), och den 28 september 2006 i de förenade målen C-282/04 och C-283/04, kommissionen mot Nederländerna (REG 2006, s. I-9141).

44. Även om förevarande talan faktiskt inte rör särskilda aktier i egentlig mening, då de särskilda rättigheterna inte är knutna till de värdepapper som ägs av de offentligrättsliga organen, bör man inte ha en alltför snäv syn på vad som skall anses utgöra sådana rättigheter. Frågan huruvida de särskilda rättigheterna formellt sätt är förknippade med vissa kapitalandelar är inte lika viktig som frågan huruvida de tilldelas på ett sådant privilegierat sätt att de avskräcker investerare, i synnerhet utländska.

övriga och redan avgjorda mål om särskilda aktier. Min uppfattning hindrar emellertid inte en närmare granskning av de anmärkningar om fördragsbrott som kommissionen har riktat mot Tyskland.

2. Tillämpligheten av artikel 295 EG

45. Den tyska regeringens påstående att en lag som röstats igenom i det nationella parlamentet inte skall anses utgöra en statlig åtgärd är också märkligt. Det finns nämligen ingen yttring som är så typisk för de offentligrättsliga organens agerande som utövandet av deras lagstiftningsbehörighet. Lika underligt är det att beteckna ett "Staatsvertrag" enligt tysk rätt som ett privaträttsligt avtal, eftersom det i nationell doktrin unisont klassificeras som en offentligrättslig rättsakt enligt nationell rättsordning.²⁶

47. Den tyska regeringen har underligt nog underlåtit att till sitt försvar åberopa betydelsen av artikel 295 EG, som noggrant prövats i förslag till avgörande inför domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Portugal, kommissionen mot Frankrike och kommissionen mot Belgien,²⁷ respektive inför domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Spanien och kommissionen mot Förenade kungariket.²⁸

46. Jag godtar således inte den tyska regeringens resonemang enligt vilket det redan från början görs klart att målet skiljer sig från

48. Jag anser fortfarande att uttrycket egendomsordning i artikel 295 EG inte avser den civilrättsliga ordningen för ägandeförhållanden utan en tänkt samling bestämmelser av alla slag, såväl privaträttsliga som offentligrättsliga, som kan ge ägarrättigheter till ett företag, det vill säga som ger dess innehavare ett avgörande inflytande över fastställandet

26 — Maurer, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, C.H. Beck, tolfte omarbetade och utökade upplagan, München, 1999, s. 352 och följande sidor.

27 — Föredraget den 3 juli 2001.

28 — Föredraget den 6 februari 2003.

och genomförandet av alla eller vissa av dess mål. Samtidigt framgår det av den nödvändiga teleologiska tolkningen att distinktionen mellan offentliga och privata företag i fördragets mening inte enbart kan baseras på aktieägarkollektivets sammansättning, utan också är beroende av statens möjlighet att fastställa en viss ekonomisk policy som skiljer sig från den strävan efter vinstmaximering som kännetecknar privat verksamhet.²⁹

49. Jag anser således fortfarande att den hänsyn till medlemsstaternas egendomsordningar som slås fast i artikel 295 EG bör omfatta alla åtgärder som genom ekonomiska ingripanden i den offentliga sektorn möjliggör för staten att delta i utformningen av landets ekonomiska verksamhet.³⁰

50. Den kritik jag framförde, i mina förslag till avgörande inför domarna i målen C-463/00 och C-98/01, mot att tillämpningen och räckvidden av artikel 295 EG utan någon som helst motivering har förkastats i domarna är fortfarande lika aktuell,

eftersom bestämmelsen inte heller har tolkats i någon senare dom.³¹ Trots det måste jag tillstå att förevarande mål skiljer sig avsevärt från dem som domstolen hittills har avgjort, vilket talar för en annan lösning.

51. Ovannämnda mål rör i de flesta fall privatisering av företag verksamma inom så kallade strategiska områden där liberaliseringen av marknaden skett gradvis (olja och gas, flygplatser, försäkringar). De åtgärder som prövats har den gemensamma nämnaren att de utgör medel för statsmakterna att ingripa i vissa verksamheter av avgörande intresse för landets ekonomi i syfte att införa en ekonomiskpolitisk strategi.³²

52. Det ovannämnda stämmer dock inte in på VW-lagen, såsom framgår av dess historik.

53. För det första rör det sig om en sektor som traditionellt sett inte anses spela en nyckelroll för ett lands ekonomi, oberoende

29 — Dom av den 6 juli 1982 i de förenade målen 188/80–190/80, Frankrike, Italien och Förenade kungariket mot kommissionen (REG 1982, s. 2545; svensk specialutgåva, volym 6, s. 457), punkt 21.

30 — Förslag till avgörande inför domarna i de ovannämnda målen C-367/98, kommissionen mot Portugal, C-483/99, kommissionen mot Frankrike, och C-503/99, kommissionen mot Belgien, punkterna 54 och 55, respektive inför domarna i de ovannämnda målen C-463/00, kommissionen mot Spanien, och C-98/01, kommissionen mot Förenade kungariket, punkterna 56 och 57.

31 — Domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Spanien och kommissionen mot Förenade kungariket, och domarna i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien och i de ovannämnda förenade målen kommissionen mot Nederländerna.

32 — Förslag till avgörande i målen C-367/98, C-483/99 och C-503/99, punkt 62.

av hur stor andel den utgör av landets bruttonationalprodukt. Bilindustrin var relativt utvecklad i Tyskland under mellankrigstiden, vilket inte berodde på statliga ingripanden.

54. För det andra var det huvudsakliga syftet med den omtvistade lagen att lösa de spänningar som uppstått kring äganderätten, vilket i princip innebär att den borde karakteriseras som privaträttslig i den mening som avses i artikel 295 EG såsom vissa förespråkar — även om jag inte delar deras uppfattning. De bestämmelser som kommissionen har kritiserat i förevarande talan om fördragsbrott rör emellertid inte egendomsordningen, vare sig generellt eller enskilt med avseende på företaget Volkswagen.

55. De tre omtvistade bestämmelserna i den tyska lagen hjälper utan tvekan dem som kontrollerar företaget att behålla sin kontroll med stöd av sådana bolagsrättsliga teknikaliteter som bolagsstyrelser normalt använder för att skydda bolaget mot offentliga erbjudanden om fientliga uppköp.³³

33 — Angående begränsningen av rösträtten se Kübler, F., *Gesellschaftsrecht*, femte omarbetade och utökade upplagan, C.F. Müller, Heidelberg, 1998, s. 199. Se även Krause, H., "Von 'goldenen Aktien', dem VW-Gesetz und der Übernahmefrichtlinie", *Neue Juristische Wochenschrift*, nr 38/2000, s. 2749.

56. Av det anförda följer att artikel 295 EG inte stödjer VW-lagen, både med hänsyn till den tolkning som jag alltid har förespråkat och de tolkningskriterier som begränsar denna regel till att skydda medlemsstaternas rätt att självständigt reglera privaträttsliga egendomsförhållanden.

B — Inskränkningarna i den fria rörligheten för kapital

1. Inledande synpunkter

57. Sökanden har yrkat att domstolen skall fastställa att Förbundsrepubliken Tyskland har åsidosatt etableringsfriheten och den fria rörligheten för kapital. Sökandens resonemang grundar sig dock enbart på överträdelsen av den sistnämnda, vilket förefaller logiskt mot bakgrund av att rättspraxis rörande särskilda aktier huvudsakligen behandlar artikel 56 EG och endast i andra hand artikel 43 EG.

58. Jag anser fortfarande att det naturliga och ideala området för prövningar av de olika begränsningar som följer av vad som tämligen oprecist brukar kallas särskilda aktier är etableringsfriheten. Den anklagade

medlemsstaten vill i regel kontrollera målsättningarna i företag som privatiserats genom befogenheter att ingripa i utformningen av aktiestrukturen (det kan ske genom ingrepp i aktieägarstrukturen eller genom konkreta ledningsåtgärder). Denna aspekt har föga att göra med den fria rörligheten för kapital.³⁴

sistnämnda fall är kopplingen till den fria rörligheten för kapital hypotetisk eller mycket svag.³⁷

59. Sådana befogenheter kan emellertid påverka etableringsfriheten och göra den mindre intressant såväl direkt, när de avser tillträde till bolagsandelar, som indirekt, när etableringsfrihetens attraktionskraft minskas genom att bolagsstyrelsens möjligheter att förfoga över bolaget och leda detsamma begränsas.³⁵ I motsats till vad domstolen har fastslagit,³⁶ är en begränsning av den fria rörligheten för kapital en underordnad men inte nödvändig följd av detta. Jag har redan påpekat att detta stämmer i fråga om åtgärder som inverkar på utformningen av aktieägarkretsen, men det stämmer i än högre grad på åtgärder som begränsar bolagets möjligheter att fatta beslut (ändring av föremålet för verksamheten, avyttring av tillgångar), såsom dem som avses med anmärkningarna i det nu aktuella målet. I

60. Det är i vart fall meningslöst att fördjupa sig mer i denna felaktiga rättsliga kvalificering av den påstådda överträdelsen. Den får nämligen inte några allvarliga konsekvenser med hänsyn till att domstolen bedömer de båda friheterna på ett liknande sätt. Jag förordar domstolens metod i syfte att utreda huruvida det påstådda fördragsbrottet föreligger, då det har klarlagts att VW-lagen inte får stöd av artikel 295 EG.

61. Det skall erinras om att domstolen upprepade gånger har koncentrerat sin bedömning till artikel 56.1 EG, enligt vilken alla restriktioner för kapitalrörelser mellan medlemsstater är förbjudna.³⁸

62. Eftersom EG-fördraget inte definierar "kapitalrörelser" har det i rättspraxis slagits fast att den nomenklatur som utgör bilaga till rådets direktiv 88/361/EEG³⁹ skall vara vägledande. Enligt denna omfattar kapitalrö-

34 — Förslag till avgörande inför domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Spanien och kommissionen mot Förenade kungariket, punkt 36.

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

36 — Domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Portugal och kommissionen mot Frankrike, punkt 56. Se även domen i de ovannämnda förenade målen kommissionen mot Nederländerna, punkt 43.

37 — Förslag till avgörande inför domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Spanien och kommissionen mot Förenade kungariket, punkt 36.

38 — Se bland annat domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Frankrike, punkterna 35 och 40, och kommissionen mot Förenade kungariket, punkterna 38 och 43.

39 — Rådets direktiv 88/361/EEG av den 24 juni 1988 för genomförandet av artikel 67 i fördraget (artikeln upphävdes genom Amsterdamfördraget) (EGT L 178, s. 5; svensk specialutgåva, område 10, volym 1, s. 44).

relser direkta investeringar i form av förvärv av företag genom köp av aktier som ger möjlighet att effektivt medverka i ledningen eller kontrollen av företaget (så kallade direkta investeringar) samt förvärv av värdepapper på kapitalmarknaden med enda syfte att genomföra en penningplacering utan avsikt att inverka på företagets ledning och kontroll (så kallade portföljinvesteringar).⁴⁰

2. Bedömning av de omtvistade bestämmelserna

a) Rätten för Förbundsrepubliken Tyskland och delstaten Niedersachsen att utse två styrelseledamöter

63. Domstolen har i fråga om dessa båda typer av investeringar närmare angett att nationella åtgärder som hindrar eller försvårar förvärv av aktier i de berörda företagen eller som avskräcker investerare från andra medlemsstater att investera kapital i dessa företag skall anses utgöra restriktioner i den mening som avses i artikel 56.1 EG.⁴¹

i) Redogörelse

64. Det är mot bakgrund av dessa principer som de omtvistade bestämmelserna i VW-lagen skall bedömas i syfte att avgöra huruvida de utgör hinder mot den fria rörligheten av kapital i den mening som avses i artikel 56.1 EG. Om svaret är jakande skall det fastställas huruvida de kan anses vara befogade.⁴²

65. Kommissionen anser att 4 § första stycket i VW-lagen, enligt vilken Förbundsrepubliken Tyskland och delstaten Niedersachsen har rätt att var för sig och så länge de äger aktier utse två styrelseledamöter, utgör ett undantag från bestämmelsen i 101 § andra stycket aktiebolagslagen. I den bestämmelsen föreskrivs nämligen att en sådan rätt skall framgå av stadgarna och begränsas till en tredjedel av det i lag eller stadgar fastställda antalet aktieägarrepresentanter i nämnda bolagsorgan, vilket i Volkswagens fall motsvarar tre ledamöter.

⁴⁰ — Dom av den 16 mars 1999 i mål C-222/97, Trummer och Mayer (REG 1999, s. I-1661), punkt 21, och domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Frankrike, punkterna 36 och 37, och kommissionen mot Förenade kungariket, punkterna 39 och 40.

⁴¹ — Domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Frankrike, punkt 41, och kommissionen mot Italien, punkterna 30 och 31, och dom av den 19 januari 2006 i mål C-265/04, Bouanich (REG 2006, s. I-923), punkterna 34 och 35.

⁴² — Se bland annat domarna i det ovannämnda målet kommissionen mot Belgien, punkterna 42–55, och i de ovannämnda förenade målen kommissionen mot Nederländerna, punkterna 32–40.

66. Kommissionen anser att det sätt på vilket denna förmån har utformats i VW-lagen begränsar möjligheterna för andra aktieägare att ta del i ledningen och kontrollen av bolaget, vilket enligt rättspraxis innebär ett åsidosättande av den fria rörlig-

heten för kapital.⁴³ Enligt kommissionen saknar det betydelse att Förbundsrepubliken Tyskland har sålt samtliga aktier och följaktligen inte utövar sin utnämningsrätt, och att delstaten Niedersachsens representation motsvarar eller till och med understiger dess procentuella aktieinnehav, eftersom detta fortfarande innebär att staten har beviljats särskilda rättigheter som gör det mindre attraktivt att investera i Volkswagen.

ii) Prövning av grunden

68. Rätten att utse styrelseledamöter som enligt 101 § första och andra styckena i den tyska aktiebolagslagen stadgee enligt förbehålls vissa aktieägare fyller två funktioner. Den ena är att underlätta för stora aktieägare som önskar delta i bolagets ledning att representeras i ett sådant organ. Den andra är att avsätta platser för minoritetsägarna, genom att begränsa den typen av ledamöter till en tredjedel av det totala antalet aktieägarrepresentanter.⁴⁵

67. Den tyska regeringen anser att styrelsen,⁴⁴ i dess egenskap av kontrollorgan, saknar verklig beslutsomakt utom i de sällsynta fall då lagen eller stadgarna kräver dess ingripande. Antalet platser i detta organ står fortfarande i proportion till kapitalinsatsen, då delstaten Niedersachsens representation understiger det procentuella aktieinnehavet. Avslutningsvis hävdas att kommissionens påstående att det finns ett motstånd mot investeringar inte överensstämmer med verkligheten.

69. Diskrepansen mellan denna regel och 4 § första stycket i VW-lagen vittnar om att de rättigheter som de offentliga organen i fråga har tilldelats är av särskild karaktär.

43 — Domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Förenade kungariket, punkt 44, kommissionen mot Belgien, punkterna 39–41, och kommissionen mot Portugal, punkterna 44–46. I den sistnämnda domen tolkade domstolen den portugisiska regeringens tystnad som ett samtycke, ett tyst medgivande av fördragsbrott, och inledde en prövning av huruvida fördragsbrottet eventuellt var befogat. Jag har kritiserat detta tillvägagångssätt i mitt förslag till avgörande inför domarna i de ovannämnda målen C-367/98, C-483/99 och C-503/99, punkt 76, och uppmanat domstolen att ex officio pröva huruvida det föreligger ett fördragsbrott, eftersom jag tvivlar på att de gemenskapsintressen som ligger till grund för den typen av förfaranden är förenliga med dispositionsprincipen.

44 — Som regleras i 95–116 §§ i den tyska aktiebolagslagen.

70. Det är klart att ett av skälen till att ovannämnda 101 § infördes var att ge offentliga myndigheter möjlighet att utöva inflytande över bolag med uppdrag att tillhandahålla allmännyttiga tjänster utan att

45 — Kübler, F., a. a., s. 190.

behöva förvärva det nödvändiga kapitalet.⁴⁶ Denna förklaring rättfärdigar inte VW-lagen utan förstärker snarare dess originalitet, eftersom ett upprätthållande av lagen förstärker den exceptionella karaktären hos några regler som kommer endast ett bolag till del.

heten för övriga investerare att erhålla liknande förmåner, genom att bryta den balans som råder mellan kapitalets makt och övriga styrelseformer som förekommer i ett bolag.⁴⁸ Även en entreprenör som skaffar sig så mycket makt att han kan ändra stadgarna och upphäva dessa klausuler hindras av att lagen måste ändras, vilket kräver det nationella parlamentets medverkan.

71. Vidare framgår att den omtvistade lagen avviker från den allmänna lagen, dels i formellt hänseende, då behörigheten att utse styrelseledamöter tilldelas enligt lag⁴⁷ och inte enligt stadgarna, dels i materiellt hänseende, då det i 4 § första stycket föreskrivs att fyra av de tio platser som aktiekapitalet motsvarar skall förbehållas två offentligrättsliga organ, vilket överstiger det tak på en tredjedel som föreskrivs i 101 § andra stycket aktiebolagslagen.

73. Även om 4 § första stycket i VW-lagen skall betraktas som speciallag råder det därför ingen tvekan om att den avskräcker dem som vill förvärva ett stort antal av bolagets aktier. I styrelsen kommer sådana förvärvare nämligen att konfronteras med fyra representanter för offentligrättsliga organ som äger ett obetydligt antal aktier.

72. Denna förmån, som bara gäller Förbundsrepubliken Tyskland och delstaten Niedersachsen, tar i strid med den allmänna lagens syfte ingen hänsyn till värdet på deras respektive aktiepaket och begränsar möjlig-

74. Frågan huruvida de offentligrättsliga organen utövar sina rättigheter eller inte saknar betydelse för bedömningen av huruvida det föreligger ett fördragsbrott. Det faktum att man i den tyska rättsordningen inte har upphävt vare sig den särskilda rätten för Förbundsrepubliken Tyskland och delstaten Niedersachsen att utnämna ledamöter till Volkswagens styrelse eller deras rätt att ingripa när de finner det vara lämpligt är nämligen tillräckligt.

⁴⁶ — Ibidem.

⁴⁷ — Om en sådan klausul hade införts i Volkswagens bolagsordning men inte i dess lag, hade godkännandet av 1965 års Aktiengesetz medfört att klausulen blev ogiltig. Det faktum att det uttryckligen föreskrivs att 4 § första stycket gäller i oförändrat skick, såsom nämnts ovan, löste problemet med dess oförenlighet med 101 § i aktiebolagslagen.

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

75. Följaktligen strider 4 § första stycket i VW-lagen mot artikel 56 EG, såvida den inte skall anses vara befogad på samma grunder som åberopats för övriga omtvistade bestämmelser, vilka kommer att prövas gemensamt efter det att övriga anmärkningar har prövats.

b) Minoritetens vetorätt och begränsningen av rösträtten

i) Redogörelse

76. Dessa två anmärkningar om fördragsbrott har i de skriftliga inlagorna behandlats separat utom med avseende på de tre omtvistade bestämmelsernas kumulativa verkan. Av nedan angivna skäl skall anmärkningarna emellertid prövas gemensamt.

77. Kommissionen har i sin separata utredning anfört att 2 § första stycket i VW-lagen, vari rösträtten begränsas till en femtedel av bolagskapitalet, avviker från principen om "en aktie, en röst" (one share, one vote), utan någon möjlighet för aktieägarna att yttra sig. Det har tillagts att, även om påståendet att detta är en vanlig metod för att begränsa rösträtten i bolag skulle vara riktigt, det finns

anledning att uppmärksamma skillnaden mellan att ge en sådan begränsningsmöjlighet, såsom den tyska rättsordningen gör med avseende på icke börsnoterade bolag, och lagstadga om en sådan begränsning, såsom i Volkswagens fall.

78. Kommissionen har fortsatt sin utredning med 4 § tredje stycket enligt vilken den majoritet som krävs för att stämman skall kunna fatta vissa beslut skall överstiga fyra femtedelar (80 procent) av bolagskapitalet, medan det enligt aktiebolagslagen krävs en röstövertvikt på tre fjärdedelar (75 procent). Delstaten Niedersachsen kan på så sätt motsätta sig den typen av beslut och blockera dem tack vare den tillräckliga minoritet som den redan från början förfogar över i det avseendet. Vidare påpekas att detta majoritetskrav inte följer av aktieägarnas vilja, utan av lagstiftarens, och att det enbart har fastställts till förmån för de offentliga investeringarna.

79. Den tyska regeringen har angående begränsningen i 2 § första stycket förnekat att det föreligger ett samband mellan aktieinnehav och rösträtt och hänvisat till bestämmelsens avtalsrättsliga bakgrund och lagstiftarens frihet att införa bolagsrättsliga bestämmelser som i fråga om vissa företag skiljer sig från de allmänna bestämmelserna.

80. Regeringen har beträffande 4 § tredje stycket anfört att det i den tyska aktiebolagslagen inte har införts någon begränsning och att delstaten Niedersachsens procentuella andel av aktierna förklaras av dess successiva förvärv på marknaden, i likhet med vilken annan privat investerare som helst.

81. Såsom redan har anförts föredrar jag emellertid att pröva de två bestämmelserna gemensamt, eftersom det inte är de enskilda bestämmelserna utan deras verkningar som förtjänar en noggrann analys.

82. Kommissionen har nöjt sig med att påstå att de kumulativa verkningarna av de tre bestämmelserna, som var och en för sig strider mot fördraget, enbart förstärker överträdelsen.

83. Den tyska regeringen har med hänvisning till ett rättsfall⁴⁹ genmält att bestämmelserna inte är oförenliga med fördraget, vare sig enskilt eller tillsammans.

ii) Prövning av grunderna

84. Det följer av VW-lagens historik att en mycket sofistikerad juridisk struktur har skapats i syfte att vidmakthålla en viss situation vid ett visst tillfälle.⁵⁰ Ökningen till 80 procent av den majoritet som krävs för att stämman skall vara beslutsför i vissa frågor kan svårigen tolkas på något annat sätt, då det enligt den allmänna lagen endast krävs 75 procent. Begränsningen av utövandet av rösträtten till 20 procent sammanfaller dessutom med den procentuella andel aktier som de båda offentliga investerarna Förbundsrepubliken Tyskland och delstaten Niedersachsen ägde när lagen kungjordes.

85. Det framstår i själva verket tydligt för den som söker förvärva ett tillräckligt antal aktier i bolaget i syfte att få tillgång till dess styrelseorgan hur svårt det är att ändra en klausul i stadgarna, för att inte tala om nödvändigheten av att vända sig till lagstiftaren för att ändra lagen på önskat sätt.

50 — Ett indicium på lagens förmånliga behandling av Volkswagen utgörs av det faktum att begränsningen av rösträtten i börsnoterade bolag upphävdes år 1998 när Tyskland antog den ovannämnda lagen om kontroll och insyn i bolag, med det tydliga syftet att återinföra proportionaliteten mellan kapitalet och rösträttens utövande enligt Fernández Pérez, N., *La protección jurídica del accionista inversor*, Utg. Aranzadi, Navarra, 2000, s. 224. Av skälen till 1998 års lag framgår att begränsningen av rösträtten ansågs hindra kapitalmarknaden, Ruge, R., "Goldene Aktien und EG-Recht", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)*, nr 14/2002, s. 424.

49 — Dom av den 14 april 2005 i mål C-6/03, Deponiezweckverband Eiterköpfe (REG 2005, s. I-2753), punkt 55.

86. Personen kommer vidare att ställa sig tveksam till att förvärva aktier motsvarande mer än en femtedel av bolagskapitalet, eftersom han inte kommer att få rösträtt för en större andel än så.⁵¹ Även om han lyckas värva alla små aktieägare gör minoritetens, det vill säga delstaten Niedersachsens och Förbundsrepubliken Tysklands, vetorätt att försöket att genomföra någon som helst förändring genom att samla mer än fyra femtedelar av bolagskapitalet på stämman blir illusoriskt.

87. Målet är kort sagt att behålla nuvarande situation för dem som redan från början var stora aktieägare, det vill säga Förbundsrepubliken Tyskland och delstaten Niedersachsen, vilket förstärker den första anmärkningen om fördragsbrott, som avser dessa organs representation i styrelsen.

88. Det går dock inte att bortse från egenkaperna hos den som vidtagit de åtgärder som syftar till att bevara ovannämnda situation. Det skall även framhållas att det är de offentligrättsliga organen själva som, genom 1959 års avtal (Staatsvertrag), har uppställt alla dessa hinder för stora aktieägare med stöd av en förbundslag.

89. Den nationella lagstiftningen låser, utan att vara diskriminerande, en situation som objektivt sett gynnar de offentligrättsliga organen i fråga, eftersom de stärker Förbundsrepubliken Tyskland och delstaten Niedersachsens ställning, genom att förhindra all inblandning i förvaltningen. Det är dessa protektionistiska verkningar som ger VW-lagen dess avskräckande effekt, vilken enligt domstolens rättspraxis inverkar negativt på den fria rörligheten för kapital. Den tyska regeringens påståenden att det är stor omsättning på Volkswagens aktier är således irrelevanta, eftersom det rör sig om portföljinvesteringar och inte sådana investeringar som syftar till att ta del i bolagets ledning.

90. Svårigheterna för andra investerare än dem som är parter i det ursprungliga avtalet förefaller uppenbara och kommer att bestå, åtminstone potentiellt, så länge de omtvistade bestämmelserna består. Situationen, som *de facto* är oförenlig med gemenskapsrätten, kan inte lösas genom en avyttring av de aktier som ägs av delstaten Niedersachsen, som för närvarande är den ende offentlige investeraren, eftersom den bestämmelse som stödjer denna situation bidrar till att permanenta det tyska regionorganets kontroll, vilket de senaste fyrtio åren visar.

91. Den metod som använts är därför av särskild betydelse genom att den avslöjar upphovsmännens offentligrättsliga karaktär. Den visar nämligen att VW-lagen har

51 — Soltysiński, S., "The rise and fall of the golden share concept in privatised companies", i Demaret, P./Govaere, L./Hanf, D. (koordinatorer), *30 Years of European Legal Studies at the College of Europe*, Brygge, 2005, s. 329, ger uttryck för den utbredda idén om att begränsningen av rösträtten hindrar den fria rörligheten för kapital i större utsträckning än de särskilda aktierna, som är på tillbakagång.

karaktären av nationell åtgärd i den mening som avses i domstolens rättspraxis rörande artikel 56 EG. Däremot kan man inte dra några andra slutsatser, särskilt inte att klausuler i stadgarna med motsvarande innehåll som de omtvistade bestämmelserna skulle ha varit ogiltiga i avsaknad av denna lagstiftning.

92. Eftersom lagstiftningen utgör en statlig åtgärd som kan avskräcka investerare från att förvärva det kapital som krävs för att delta i företagets förvaltning, begränsar 2 § första stycket och 4 § tredje stycket i VW-lagen den fria rörligheten för kapital i den mening som avses i artikel 56.1 EG.

3. Huruvida överträdelsen är befogad

a) Redogörelse

93. Den tyska regeringen har anfört en rad andrahandsargument som grundar sig på hänsyn till allmänintresset. Dessa skall prövas mot bakgrund av artikel 58 EG och rättspraxis.

94. Domstolen har upprepade gånger godtagit nationella restriktioner för den fria rörligheten för kapital, som motiveras av sådana hänsyn som nämns i artikel 58 EG eller av andra tvingande hänsyn till allmänintresset,⁵² under åberopande av att det inte finns någon åtgärd för gemenskapsharmonisering i syfte att tillvarata skyddet för dessa intressen.⁵³ Det ankommer på medlemsstaterna att besluta hur långtgående skyddet för sådana intressen skall vara och hur det skall säkerställas. De är dock skyldiga att göra detta under iakttagande av fördraget och i synnerhet proportionalitetsprincipen.⁵⁴

95. Den tyska regeringen har argumenterat för att domstolen skall beakta det särskilda historiska sammanhang i vilket den omtvistade lagen utarbetades och de politiska hänsyn till sociala, regionala, ekonomiska och industriella frågor som ligger bakom dess tillkomst.

96. Kommissionen anser att de historiska skäl som svaranden anfört saknar relevans och bestrider att den omtvistade lagen motiveras av ovannämnda hänsyn.

52 — Dom av den 7 september 2004 i mål C-319/02, Manninen (REG 2004, s. I-7477), punkt 29, och domen i de ovannämnda förenade målen kommissionen mot Nederländerna, punkt 32.

53 — Dom av den 15 juni 2006 i mål C-255/04, kommissionen mot Frankrike (REG 2006, s. I-0000), punkt 43, och där angiven rättspraxis.

54 — Domarna i det ovannämnda målet kommissionen mot Belgien, punkt 45, och i de ovannämnda förenade målen kommissionen mot Nederländerna, punkt 33.

b) Prövning av argumenten

97. Kritiken mot de omtvistade bestämmelserna i VW-lagen fördunklar inte företagets goda resultat, som är fantastiska mot bakgrund av de förutsättningar under vilka det formades, i verkstäder som i stort sett låg i ruiner på grund av bombningarna. Den effektivitet, precision, flexibilitet⁵⁵ och dynamism som företaget har uppvisat tyder på en ihärdighet och en vilja att lyckas som är värd en eloge. De förändringar som skett i Europa efter konsolideringen av den integrationsprocess som inleddes genom Romfördragen kräver dock att företaget anpassas till den nya tiden.

98. Inledningsvis måste jag erkänna att jag blev förvånad över att allmänintresset åberopats till stöd för en lagstiftning som har utformats till förmån för ett enda företag. Resonemanget står i överensstämmelse med den del av doktrinen enligt vilken den offentliga aspekten på verksamheten i stora

företag är av särskild betydelse och med att, i avsaknad av någon som helst kontroll över bolagsrätten, rättsliga garantier måste införas till skydd för allmänintresset, oberoende av företagets rättsliga form.⁵⁶

99. Det skall beträffande de skäl som har åberopats till stöd för lagen konstateras att de händelser som den tyska regeringen har refererat till visar att det fanns ett trängande behov av att reglera de äganderättsliga spänningarna i ett företag som Volkswagen. Detta rättfärdigar dock inte de tre omtvistade bestämmelserna som, såsom redan har anförts, inte avser egendomsordningen för aktierna i strikt mening.

100. Vidare är det fullständigt vilseledande att åberopa arbetarnas intresse. Den tyska regeringen har nämligen själv förklarat att arbetarnas önskan att kontrollera bolaget beaktades genom införandet av Volkswagenstiftelsen, varför lagen varken uttryckligen eller indirekt berör arbetarnas önskemål. För det andra kräver inte heller rätten för arbetarna att delta i bolagets förvaltning genom medbestämmande, även om detta

55 — Bubbans flexibilitet är uppenbar. Förutom att kunna omställas till militärfordon, har den anpassats för att ge form åt olika nyttofordon, husbilar och till och med ambulanser och brandbilar. Bilen har inspirerat andra ingenjörer såsom Karmann, Hebmüller och Rometsch, vilka tänkte ut djärva och prestigefyllda varianter av originalmodellen (Seume, K. och Shall, B., *Volkswagen Beetle — Coachbuilts and cabriolets 1940–1960*, Bay View Books Ltd., Devon, 1993, s. 70 och följande sidor). Ett annat bevis för Volkswagenbilarnas flexibilitet är den modell som på beställning byggdes åt den abessinske kejsaren Haile Selassie I (som härskade i Etiopien mellan åren 1930 och 1974), med stolar klädda i leopardskinn (Ibidem, s. 10).

56 — Reich, N., *Markt und Recht. Theorie und Praxis des Wirtschaftsrechts in der Bundesrepublik Deutschland*, Neuwied und Darmstadt 1977.

hade krävt en lagstiftningsåtgärd, att den förstärkta position som de offentligrättsliga organen fått genom den omtvistade lagen bibehålls.

4 § första och tredje styckena i VW-lagen anført skäl som är alltför vittgående och verklighetsfrämmande för att åtgärden skall anses motiverad av tvingande hänsyn till allmänintresset. De skall således underkännas.

101. Det är dessutom svårt att förstå varför skyddet för minoriteten skall grunda sig på de stora aktieägarnas oavsättlighet. De omtvistade bestämmelserna ger inga ytterligare garantier.

C — Åsidosättandet av artikel 43 EG

102. Slutligen skall de politiska hänsyn till industriella, ekonomiska och regionala frågor som åberopats underkännas,⁵⁷ eftersom de inte är förenliga med en lagstiftning som avser ett enda företag. Den tyska regeringen har blandat ihop allmänintresset med dess egna och delstaten Niedersachsens intressen av att ha ett välfungerande företag, vilka är legitima och begripliga mot bakgrund av storleken på företaget, som har fabriker över hela landet och många anställda. I vilket fall som helst framgår det inte av VW-lagen, och inte heller har det bevisats, att de omtvistade bestämmelserna bidrar till att uppnå dessa mål.

103. Den tyska regeringen har till stöd för de restriktioner för den fria rörligheten för kapital som följer av 2 § första stycket och

104. Kommissionen har inte anført någon särskild anmärkning med avseende på VW-lagens oförenlighet med artikel 43 EG, förmodligen för att hålla sig till rättspraxis, som i den här typen av mål har riktat in sig på den fria rörligheten för kapital.

105. Det har i flera domar slagits fast att hindren mot etableringsfriheten är en direkt följd av, och kan inte särskiljas från, 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.⁵⁸

⁵⁷ — 1 dom av den 6 juni 2000 i mål C-35/98, Verkooijen (REG 2000, s. I-4071), punkt 48, ansågs de sakna relevans.

⁵⁸ — Domarna i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien, punkt 86, och i de ovannämnda förenade målen kommissionen mot Nederländerna, punkt 43.

VI — Rättegångskostnader

106. Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta

rättegångskostnaderna om så har yrkats. Kommissionen har yrkat att Förbundsrepubliken Tyskland skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom Förbundsrepubliken Tyskland har tappat målet skall kommissionens yrkande bifallas.

VII — Förslag till avgörande

107. Mot bakgrund av det ovanstående föreslår jag att domstolen skall

- 1) förklara att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 56.1 EG, genom att bevara 2 § första stycket och 4 § första och tredje styckena i lagen om privatisering av bolagsandelarna i Volkswagen GmbH av den 21 juli 1960, och
- 2) förplikta Förbundsrepubliken Tyskland att ersätta rättegångskostnaderna.