

« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*LA SUSPENSION, POUR DES PRISES DE PARTICIPATION SUPÉRIEURES À 2 % DU
CAPITAL, DES DROITS DE VOTE DANS DES ENTREPRISES PRIVATISÉES OPÉRANT DANS
LES SECTEURS DE L'ÉLECTRICITÉ ET DU GAZ ENTRAÎNE LA LIBRE CIRCULATION DES
CAPITAUX ET NE PEUT ÊTRE JUSTIFIÉE PAR LE SOUCI DE PRÉVENIR DES DISTORSIONS
DE CONCURRENCE DUES À UNE LIBÉRALISATION INÉGALE DES SECTEURS EN CAUSE
DANS LES DIFFÉRENTS ÉTATS-MEMBRES.*

GÉRARD JAZOTTES

Référence de publication : Jazottes, Gérard (2005) La suspension, pour des prises de participation supérieures à 2 % du capital, des droits de vote dans des entreprises privatisées opérant dans les secteurs de l'électricité et du gaz entrave la libre circulation des capitaux et ne peut être justifiée par le souci de prévenir des distorsions de concurrence dues à une libéralisation inégale des secteurs en cause dans les différents Etats-membres. *Note sous arrêt*. Revue trimestrielle de droit commercial (RTD com.) (3). p. 627-629.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

LA SUSPENSION, POUR DES PRISES DE PARTICIPATION SUPÉRIEURES À 2 % DU CAPITAL, DES DROITS DE VOTE DANS DES ENTREPRISES PRIVATISÉES OPÉRANT DANS LES SECTEURS DE L'ÉLECTRICITÉ ET DU GAZ ENTRAÎNE LA LIBRE CIRCULATION DES CAPITAUX ET NE PEUT ÊTRE JUSTIFIÉE PAR LE SOUCI DE PRÉVENIR DES DISTORSIONS DE CONCURRENCE DUES À UNE LIBÉRALISATION INÉGALE DES SECTEURS EN CAUSE DANS LES DIFFÉRENTS ÉTATS-MEMBRES.

(CJCE 2 juin 2005, Commission c/ République italienne, aff. C-174/04)

L'intervention de l'Etat dans la vie de certaines sociétés afin de contrôler la composition de leur capital au moyen de règles particulières fait à nouveau l'objet d'un examen devant la Cour (CJCE 4 juin 2002, *Commission c/ République portugaise*, aff. C-367/98, Rec. p. I-4731 ; CJCE 4 juin 2002, *Commission c/ République française*, aff. C-483/99, Rec. p. I-4781 et CJCE 4 juin 2002, *Commission c/ Royaume de Belgique*, aff. 503/99, Rec. p. I-4809 ; cette Chron., RTD com. 2003.598 et s.). L'occasion en est fournie par un recours en manquement introduit par la Commission contre la République italienne en raison d'un décret-loi portant dispositions urgentes en vue de sauvegarder le processus de libéralisation et de privatisation de certains secteurs des services publics. En effet, l'une des dispositions de ce texte prévoit la suspension des droits de vote attachés à des participations supérieures à 2 % du capital social de sociétés opérant dans les secteurs de l'électricité et du gaz, lorsque ces participations sont acquises par des personnes morales contrôlées directement ou indirectement par un Etat ou par d'autres pouvoirs publics, qui

jouissent d'une position dominante et ne sont pas cotées sur des marchés financiers réglementés. Selon le gouvernement italien, l'objectif de cette mesure est de lutter « contre les asymétries existant dans la structure concurrentielle du marché en cause et les distorsions de concurrence qui pourraient résulter d'éventuels abus », phénomène dû à un processus inégal de libéralisation des activités en cause (pt 18). Saisie de l'affaire, la Cour constate l'existence d'une restriction à la libre circulation des capitaux, constatation qui présente moins d'intérêt que l'examen de la justification de la mesure.

Selon une méthode désormais classique, la Cour se réfère, en raison de la valeur indicative qu'elle lui reconnaît, à la directive 88/361/CEE du Conseil (24 juin 1988, pour la mise en oeuvre de l'art. 67 du traité, JOCE n° L. 178/5) ainsi qu'à la nomenclature et aux notes explicatives annexées pour établir qu'était en cause la libre circulation des capitaux. En effet, il ressort de ces textes que « l'investissement direct sous forme de participation à une entreprise par la détention d'actions ainsi que l'acquisition de titres sur le marché des capitaux constituent des mouvements de capitaux » (pt 28). La Cour relève également que, selon ces notes explicatives, « l'investissement direct, en particulier, est caractérisé par la possibilité de participer effectivement à la gestion d'une société et à son contrôle » (pt 28). Cette précision prend tout son intérêt si on la rapproche du contenu de la disposition litigieuse. En conséquence, cette réglementation restreint la libre circulation des capitaux en ce qu'elle « exclut pour la catégorie d'entreprises publiques visées une participation effective à la gestion et au contrôle des entreprises italiennes opérant sur les marchés de l'électricité et du gaz » et dissuade « les entreprises publiques établies dans d'autres Etats-membres d'acquérir des actions » dans ces mêmes entreprises italiennes (pt 30).

Afin de justifier cette mesure, le gouvernement italien invoquait la conformité avec le droit communautaire des moyens employés ainsi que de l'objectif poursuivi. Pour ce qui est des moyens, la limitation du droit de vote serait prévue par deux directives, la directive n° 2004/39/CE (directive du Parlement européen et du Conseil du 21 avr. 2004, concernant les marchés d'instruments financiers, JO n° L. 145/1) et la directive n° 2001/34/CE (directive du Parlement européen et du Conseil du 28 mai 2001, concernant l'admission de valeurs mobilières à la cote officielle et l'information à publier sur ces valeurs, JO n° L. 184/1). Mais la Cour, se fondant sur le

domaine et l'objectif de ces deux directives, rejette cet argument. En effet, la première de ces directives, adoptée à propos de la liberté d'établissement, ne prévoit des limitations du droit de vote que dans l'hypothèse où l'influence exercée par certains actionnaires est susceptible de nuire à la gestion saine et prudente d'une entreprise d'investissement (art. 10 de la directive n° 2004/39/CE préc.). La seconde demande seulement aux Etats-membres de prendre des sanctions appropriées en cas de non-respect d'obligations d'information lors de l'acquisition et de la cession d'une participation importante dans une société cotée en bourse (art. 85 à 97 de la directive n° 2001/34/CE préc.).

En ce qui concerne les objectifs poursuivis, l'argumentation du gouvernement italien est également écartée. Il se prévalait, tout d'abord, de la disparité constatée entre Etats-membres dans le processus de libéralisation et de privatisation qui rendrait nécessaire, « dans l'expectative d'une libéralisation effective du secteur de l'énergie en Europe », une protection du marché italien contre les « attaques anticoncurrentielles de la part d'entreprises publiques opérant dans le même secteur dans d'autres Etats-membres et avantagées par une réglementation nationale qui les avait maintenues dans une situation privilégiée » (pt 36). Comme en matière de libre circulation des marchandises, une harmonisation défailante justifierait l'intervention de l'Etat. Mais, dans un arrêt antérieur, la Cour a considéré que le renforcement de la structure concurrentielle d'un marché ne saurait constituer une justification valable puisqu'il constitue un motif de nature économique (*Commission c/ Portugal*, préc., pt 52). En outre, la Cour rappelle que le contrôle communautaire des opérations de concentrations a vocation à s'appliquer à de telles situations (pt 38). Le gouvernement italien avançait, enfin, la « nécessité d'assurer la fourniture d'énergie sur le territoire italien » (pt 39) mais sans établir le lien entre cet objectif et les dispositions litigieuses. Cette justification devait donc être écartée.

Ainsi, l'attitude minimale adoptée par certains Etats-membres dans la libéralisation de leurs marchés nationaux de l'électricité et du gaz, de même que la prétendue insuffisance des mesures communautaires face à ce déséquilibre, ne sauraient justifier une intervention d'un Etat-membre afin de protéger son marché. Comme le relève expressément la Commission et l'indique indirectement la solution donnée par la Cour, de telles mesures présentent un caractère

protectionniste.