

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



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

*LES PRÉROGATIVES DES ÉTATS-MEMBRES LIÉES AUX ACTIONS SPÉCIFIQUES (GOLDEN
SHARE) DOIVENT RESPECTER LES RÈGLES FONDAMENTALES DU TRAITÉ*

GÉRARD JAZOTTES

Référence de publication : Jazottes, Gérard (2003) *Les prérogatives des États-membres liées aux actions spécifiques doivent respecter les règles fondamentales du traité*. Revue trimestrielle de droit commercial (3). p. 598-600.

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

LES PRÉROGATIVES DES ÉTATS-MEMBRES LIÉES AUX ACTIONS SPÉCIFIQUES (GOLDEN SHARE) DOIVENT RESPECTER LES RÈGLES FONDAMENTALES DU TRAITÉ

(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.

Trois recours en manquement ont offert l'occasion à la Cour de se prononcer sur la compatibilité avec les règles communautaires des « actions spécifiques » détenues par certains États-membres dans le capital de sociétés privatisées ou des législations nationales adoptées à cette occasion. Ces actions spécifiques ou ces réglementations confèrent à l'Etat des prérogatives qui lui permettent de contrôler la composition ou la répartition du capital de sociétés privatisées. Elles constituent donc un instrument de politique économique mais elles peuvent entraver la liberté de circulation. Se fondant sur sa jurisprudence et sur le principe de sécurité juridique, la Cour détermine les conditions de la compatibilité avec le principe de libre circulation de ces actions spécifiques en condamnant, notamment, la réglementation française.

Cette réglementation conférait à l'Etat français, par l'attribution d'actions spécifiques dans le capital de la société Elf Aquitaine, un droit d'autorisation préalable pour tout franchissement à la hausse de seuils de détention de titres ainsi qu'un droit d'opposition aux décisions de cession ou d'affectation à titre de garantie de certains actifs. Ce droit d'opposition était également reconnu par la réglementation belge à l'Etat détenteur d'actions spécifiques dans le capital de la société nationale de transport par canalisations et de la société Distrigaz. Enfin, la réglementation portugaise interdisait aux investisseurs ressortissants d'un autre Etat-membre d'acquérir plus d'un nombre

défini d'actions et soumettait à autorisation préalable l'acquisition d'une participation dépassant un niveau donné, quelle que soit la nationalité de l'acquéreur et ce, dans certaines entreprises portugaises.

De telles prérogatives ne peuvent que créer des restrictions aux investissements intracommunautaires, justifiant les procédures en manquement engagées par la Commission qui avait adopté, préoccupée par ces mesures, une communication concernant certains aspects juridiques touchant aux investissements intracommunautaires (JOCE C. 220, 19 juill. 1997, p. 15). Toutefois, l'examen de la compatibilité des ces mesures nationales avec le droit communautaire ne pouvait pas faire abstraction de leur raison d'être, la protection de l'intérêt national ou de l'intérêt général. En outre, l'article 295 CE dispose que le « présent traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les Etats-membres ». Enfin, ces mesures litigieuses peuvent apparaître comme étant l'expression de la souveraineté nationale. Confrontée à ces différents arguments, la Cour adopte une solution équilibrée en faisant application du régime juridique qui régit les justifications des restrictions à la liberté de circulation.

La liberté en cause est celle des mouvements de capitaux, la Cour se référant à la nomenclature annexée à la directive 88/36, dispositions auxquelles elle reconnaît traditionnellement une valeur indicative. En effet, selon cette nomenclature, 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. La Cour établit, ensuite, l'existence d'une restriction à la libre circulation des capitaux, rappelant que l'interdiction édictée par le traité CE « va au-delà de l'élimination d'un traitement inégal des opérateurs sur les marchés financiers en raison de leur nationalité ». Toutefois, elle ne peut que constater le caractère discriminatoire des dispositions de la législation portugaise qui fait interdiction aux investisseurs ressortissants d'un autre Etat-membre d'acquérir plus d'un nombre défini d'actions dans certaines entreprises portugaises.

Doivent alors être examinées, pour les mesures non discriminatoires, les justifications de ces restrictions. Se fondant sur sa jurisprudence ainsi que sur la communication précitée de la Commission, la Cour affirme que « ne sauraient être niées les préoccupations pouvant, selon les

circonstances, justifier que les Etats-membres gardent une certaine influence dans les entreprises initialement publiques et ultérieurement privatisées, lorsque ces entreprises agissent dans les domaines des services d'intérêt général ou stratégiques ».

Mais, si ces préoccupations sont légitimes, les Etats-membres ne sauraient se fonder sur l'article 295 CE pour justifier les entraves créées. En effet, conformément à la jurisprudence de la Cour, cet article « n'a pas pour effet de faire échapper les régimes de propriété existant dans les Etats-membres aux règles fondamentales du traité ». Le régime de la propriété ne justifie donc pas tous les pouvoirs de contrôle économique et le droit de propriété trouve une limite dans le respect des règles du traité CE. Par cette affirmation, la Cour s'écarte des conclusions de l'avocat général qui retenait une conception large du régime de la propriété comprenant « l'ensemble idéal des règles de toute nature... qui sont susceptibles de conférer le contrôle économique d'une entreprise », règles qui bénéficieraient d'une présomption simple de compatibilité fondée sur l'article 295 CE, mais pas d'une exemption (concl. de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, pts 54 et 67).

En conséquence, seules les justifications visées par le traité ou fondées sur des raisons impérieuses d'intérêt général peuvent être invoquées. Mais l'objectif poursuivi ne doit pas être de nature économique à l'instar de ceux invoqués par le gouvernement portugais qui faisait valoir « la sauvegarde de l'intérêt financier de la République portugaise », « le choix d'un partenaire stratégique, le renforcement de la structure concurrentielle du marché en cause ainsi que la modernisation et le renforcement de l'efficacité des moyens de production ». En revanche, les raisons de sécurité publique, mentionnées par l'article 58-b) CE, peuvent être invoquées pour justifier les réglementations françaises et belge, dans la mesure où « elles permettent d'assurer dans l'Etat-membre concerné, en cas de menace réelle et grave, un approvisionnement minimal en produits pétroliers ». Sur ce point, la Cour reconnaît qu'elle reprend le raisonnement mené en matière de libre circulation des marchandises, en affirmant que « le même raisonnement vaut pour les entraves à la libre circulation des capitaux, dans la mesure où la sécurité publique figure également parmi les raisons justificatives énoncées » à l'article 58 CE. Ces rappels et ces références témoignent, une fois encore, de l'unification du régime juridique des quatre libertés.

Cependant, l'apport essentiel de deux de ces arrêts (*Commission c/ République française* et *Commission c/ Royaume de Belgique*) réside dans les conséquences de l'application du principe de proportionnalité aux prérogatives contestées. En effet, de l'application de ce principe se dégagent les exigences à respecter dans l'exercice de ces prérogatives, les règles françaises étant condamnées alors que la réglementation belge est justifiée. Ces exigences, qui sont dictées par le principe de sécurité juridique et par le souci de la transparence (V. G. Parléani, L'action spécifique à la française est morte ; vive l'action spécifique à l'européenne !, Rev. sociétés 2002.519), avaient déjà été partiellement énoncées par la Cour dans l'arrêt *Eglise de scientologie* (V. cette Chron., RTD com. 2001.823).

Ainsi, la Cour reproche au régime français des prérogatives liées aux actions spécifiques son indétermination, « contraire au principe de sécurité juridique » (pt 50). En effet, l'exercice du droit relatif à l'autorisation préalable dans l'hypothèse d'un franchissement de seuil n'est soumis « à aucune condition, à l'exception d'une référence à la protection des intérêts nationaux, formulée de manière générale » (pt 50). En outre, « il n'est aucunement indiqué aux investisseurs concernés les circonstances spécifiques et objectives dans lesquelles une autorisation préalable sera accordée ou refusée » (*ibid.*). Cette indétermination, également constatée à propos du droit d'opposition, confère, aux yeux de la Cour, un large pouvoir discrétionnaire au ministre, pouvoir qui constitue « une atteinte grave à la libre circulation des capitaux » (pt 51).

En revanche, la Cour relève que le régime belge du droit d'opposition « part du principe du respect de l'autonomie de décision de l'entreprise ». En effet, aucune approbation préalable n'est exigée et la décision de contrôle dépend, dans chaque cas particulier, d'une initiative des autorités (pt 49). En outre, l'exercice du droit d'opposition est limité à certains actifs stratégiques et doit être formellement motivé par la mise en cause des objectifs de la politique énergétique. Enfin, ces interventions peuvent faire l'objet d'un contrôle juridictionnel efficace (pts 50 et 51). Pour toutes ces raisons, la Cour considère que le régime en cause est justifié puisqu'il donne à l'Etat-membre « la possibilité d'intervenir afin d'assurer, dans une situation donnée, le respect des obligations de service public..., tout en respectant les exigences de sécurité juridique » (pt 52).

Ainsi, pour être légitime au regard du droit communautaire, le contrôle exercé par l'Etat au moyen de ces actions spécifiques doit reposer sur des critères objectifs et précis, s'exercer au cas par cas en excluant toute automaticité, être motivé et faire l'objet d'un contrôle juridictionnel efficace, conditions que ne remplissait pas le régime français.