CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. POIARES MADURO
présentées le 7 septembre 2006 [1]

1. Dans deux procédures dirigées contre le Comune di Milano (la ville de Milan), le Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Italie) a saisi la Cour de questions préjudicielles relatives à l'interprétation de l'article 56 CE. Ces questions, qui sont identiques dans les deux affaires, concernent la situation où un organisme public, qui détient une participation minoritaire dans une entreprise privatisée, conserve, en ce qui concerne le contrôle de cette entreprise, une position privilégiée par rapport aux autres actionnaires. L'entreprise en question dans les procédures au principal est l'AEM SpA (ci-après l'«AEM»), dans laquelle la ville de Milan, après avoir vendu une partie de sa participation majoritaire, a conservé une participation au capital de 33,4 %. Elle a cependant conservé le pouvoir de nommer la majorité des membres du conseil d'administration. Selon les plaignants, cela est contraire à l'article 56 CE, tel qu'interprété par la Cour dans sa jurisprudence relative aux «actions spécifiques» («golden shares»).

I — Les faits, le cadre juridique national et la demande de décision à titre préjudiciel

2. L'AEM a été créée par la ville de Milan en 1996. Elle opère dans le service public comme distributeur de gaz et d'électricité. En 1998, lors de la privatisation de l'AEM, la ville a cédé une première tranche d'actions, tout en conservant une participation au capital de 51 % du capital de l'entreprise.

3. Par décision nº 4/04, du 17 février 2004, la ville de Milan a décidé de réduire encore sa participation au capital de l'AEM à 33,4 %. Elle décidait toutefois aussi que cette réduction se ferait à la condition que soient préalablement amendés les statuts de l'entreprise.

4. Par décision nº 5/04, du 8 mars 2004, la ville de Milan concluait qu'il était nécessaire de modifier les statuts de l'AEM, en particu-

1 — Langue originale: le portugais.

lier en ce qui concerne la désignation des membres du conseil d'administration, à la lumière de la loi n° 474, du 30 juillet 1994 (ci-après la «loi n° 474/1994»).

5. L'article 2 du texte consolidé du décret-loi n° 332 du 31 mai 1994, devenu, après amendement, la loi n° 474/1994, prévoit, pour ce qui nous concerne ici, que:

«1. Le président du Conseil de ministres déterminera [...] par décret les entreprises contrôlées directement ou indirectement par l'État et opérant dans le secteur de la défense, des transports, des télécommunications, des ressources énergétiques et des autres services publics, dont les statuts doivent stipuler que, avant l'adoption de tout acte entraînant une perte de contrôle, il conviendra d'introduire, par résolution adoptée en assemblée générale extraordinaire de l'entreprise, une disposition conférant au ministre de l'Économie et des Finances un ou plusieurs des pouvoirs spéciaux suivants, qui devront être exercés en consultation avec le ministre de l'Industrie: [...]

(d) la nomination d'un administrateur sans droit de vote. [...]

3. Les dispositions de cet article s'appliqueront aussi aux entreprises contrôlées, directement ou indirectement, par des organismes publics [...] intervenant dans les transports et d'autres secteurs du service public et désignées par décision de l'organisme public détenant une participation dans ces entreprises, qui sera habilité à exercer les pouvoirs visés au paragraphe 1.»

6. L'article 4, paragraphe 1, prévoit, pour ce qui nous concerne ici, que:

«Les entreprises [telles que l'AEM] [...] dont les statuts limitent les droits des actionnaires devront introduire dans leurs statuts une disposition spéciale, qui ne pourra pas être modifiée tant que cette restriction sera applicable, prévoyant que les administrateurs seront désignés sur la base d'un système de liste [...] Un minimum d'un cinquième des administrateurs non désignés en application de l'article 2, paragraphe 1, sous (d), devra être désigné à partir de listes de minoritaires et, au cas où leur nombre serait un nombre fractionnaire, il sera arrondi au nombre entier supérieur le plus proche.»

7. Lors de l'assemblée générale extraordinaire qui s'est tenue le 29 avril 2004, les membres de l'AEM ont adopté les résolutions nécessaires pour amender les statuts de la société. Conformément à l'article 4 de la loi n° 474/1994, il a été ajouté aux nouveaux statuts une disposition concernant l'élection

des administrateurs sur la base d'un scrutin de liste. Pour l'essentiel, certains actionnaires, dont la ville de Milan, peuvent proposer des listes de candidats, tous les actionnaires pouvant ensuite voter, au cours d'une assemblée générale ultérieure, en faveur d'une liste. Six dixièmes des membres du conseil d'administration seront choisis sur la liste ayant remporté le plus grand nombre de voix, tandis que les quatre dixièmes des membres du conseil d'administration seront désignés à partir de la liste ayant obtenu le deuxième plus grand nombre de voix. Ainsi, avec 33,4 % des actions, la ville de Milan, étant le plus gros actionnaire minoritaire, a toujours l'assurance que la liste des candidats qu'elle a proposée obtiendra au moins assez de voix pour pourvoir les quatre dixièmes des membres du conseil d'administration.

8. En outre, les nouveaux statuts accordaient à la ville de Milan le droit de désigner directement jusqu'à un quart des membres du conseil d'administration, en vertu de l'article 2449 du code civil italien.

9. L'intitulé de l'article 2449 du code civil italien indique qu'il concerne les «sociétés dans lesquelles l'État ou les organismes publics détiennent une participation en tant qu'actionnaires». Il prévoit que:

«Si l'État et les organismes publics détiennent une participation dans une société par actions, les statuts de cette société peuvent leur conférer le droit de nommer un ou plusieurs administrateurs, commissaires aux comptes, ou membres du conseil de surveillance de la société.

Les administrateurs, les commissaires aux comptes ainsi que les membres du conseil de surveillance nommés en application du paragraphe précédent peuvent être révoqués uniquement par l'entité qui les a nommés.

Ils ont les mêmes droits et obligations que les personnes nommées en assemblée générale. Sous réserve des dispositions des lois spéciales.»

10. La juridiction de renvoi signale que, en application des effets combinés de son droit de nomination directe d'un quart des membres du conseil d'administration et de son droit de participer à l'élection des administrateurs par scrutin de liste, la ville de Milan contrôle une majorité absolue des nominations au conseil d'administration, et ce malgré sa participation minoritaire au capital. Le conseil d'administration de l'AEM est composé de 7, 8 ou 9 membres et, tant que la ville de Milan conserve 33,4 % du capital de la société, elle est habilitée à désigner: quatre membres d'un conseil d'administration de sept membres (dont l'un directement); cinq membres d'un conseil d'administration de huit membres

(dont deux directement); ou cinq membres d'un conseil d'administration de neuf membres (dont deux directement). De plus, cette influence sur le contrôle effectif de la société est en réalité permanente. En vertu de sa participation au capital à hauteur de 33,4 %, la ville de Milan peut, en pratique, opposer son veto à toute proposition d'amendement des dispositions des statuts relatives à la désignation des administrateurs.

11. Federconsumatori e.a. (ci-après «Federconsumatori»), dans l'affaire C-463/04, et l'Associazione Azionariato Diffuso dell'AEM e.a. (ci-après «ASAD-AEM»), dans l'affaire C-464/04, ont introduit des recours contre la ville de Milan devant le Tribunale amninistrativo regionale per la Lombardia, attaquant les décisions n^{os} 4/04 et 5/04 de la ville de Milan.

12. Le 10 juin 2004, estimant que le mécanisme de désignation des administrateurs apparaissait en conflit avec la jurisprudence de la Cour relative aux «actions spécifiques», la juridiction de renvoi a ordonné à titre provisoire qu'il soit sursis à l'application de la décision n° 5/04 de la ville de Milan. Le 10 août 2004, le Consiglio di Stato (Conseil d'État), saisi en appel, a annulé la suspension au motif que la notion d'«action» employée dans la jurisprudence de la Cour était fondamentalement différente des pouvoirs spéciaux en question ici, lesquels étaient conférés en application du droit civil.

13. La juridiction de renvoi est restée perplexe quant au point de savoir si l'application combinée de l'article 2449 du code civil italien et de l'article 4 de la loi n° 474/1994 était compatible avec l'article 56 CE. Par ordonnance du 29 septembre 2004, elle a saisi, dans les deux affaires, la Cour en lui demandant de se prononcer à titre préjudiciel sur les questions suivantes:

«1) L'article 2449 du code civil, tel qu'appliqué dans la présente affaire au principal, peut-il être considéré comme conforme à l'article 56 CE tel qu'interprété par la Cour de justice dans ses arrêts du 23 mai 2000, Commission/Italie (C-58/99); du 4 juin 2002, Commission/Belgique et Commission/France (C-503/99 et C-483/99); et du 13 mai 2003, Commission/Royaume-Uni et Commission/Espagne (C-98/01 et C-463/00), lorsque la partie qui s'en prévaut est un organisme public qui, bien qu'ayant perdu le contrôle de droit de la société par actions y conserve, en tant qu'actionnaire disposant d'une majorité relative, une participation importante (égale, dans le cas d'espèce, à 33,4 %), obtenant ainsi un pouvoir de contrôle disproportionné?

2) L'article 2449 du code civil, appliqué conjointement avec l'article 4 du décret-loi du 31 mai 1994, n° 332 devenu la loi du 30 juillet 1994, n°474, peut-il être considéré comme conforme à l'article 56 CE tel qu'interprété par la Cour de justice dans ses arrêts du 23 mai 2000, Commission/Italie (C-58/99); du 4 juin 2002, Commission/Belgique et

Commission/France (C-503/99 et C-483/99); et du 13 mai 2003, Commission/Royaume-Uni et Commission/Espagne (C-98/01 et C 463/00), lorsque la partie qui s'en prévaut est un organisme public qui, bien qu'ayant perdu le contrôle de droit de la société par action y conserve, en tant qu'actionnaire disposant d'une majorité relative, une participation importante (égale, dans le cas d'espèce, à 33,4 %), obtenant ainsi un pouvoir de contrôle disproportionné?

3) L'article 2449 du code civil peut-il être considéré comme conforme à l'article 56 CE tel qu'interprété par la Cour de justice dans ses arrêts du 23 mai 2000, Commission/Italie (C-58/99); du 4 juin 2002, Commission/Belgique et Commission/France (C-503/99 et C-483/99); et du 13 mai 2003, Commission/Royaume-Uni et Commission/Espagne (C-98/01 et C-463/00) dans la mesure où, tel qu'appliqué concrètement, il aboutit à un résultat contraire à une autre disposition de droit national [à savoir l'article 2, paragraphe 1, sous d) du décret-loi du 31 mai 1994, nº 332, devenu la loi du 30 juillet 1994, nº 474] qui est conforme, pour sa part, à l'article 56 CE et reproduit, en ce qui concerne ses conditions d'exercice et d'application, les principes énoncés par la Cour de justice dans les arrêts précités en matière de pouvoirs spéciaux?»

14. Federconsumatori, ASAD-AEM, la ville de Milan, les gouvernements italien et polonais ainsi que la Commission des Communautés européennes ont déposé des observations écrites devant la Cour. Le 29 juin 2006, la Cour a entendu à l'audience les arguments de Federconsumatori, d'ASAD-AEM, de la ville de Milan, de l'AEM et de la Commission.

II — Appréciation

15. La juridiction de renvoi demande pour l'essentiel à la Cour d'examiner les dispositions de droit national, afin de déterminer si elles sont compatibles avec l'article 56 CE. Cependant, dans les procédures introduites en application de l'article 234 CE, il ne revient pas à la Cour de déterminer si les règles de droit national sont compatibles avec le droit communautaire. Le rôle de la Cour se limite à donner une interprétation du droit communautaire afin de permettre à la juridiction nationale de procéder à cette détermination [2]. Je suggérerai par conséquent de reformuler les questions posées par la juridiction nationale. Selon moi, la Cour pourrait donner une réponse utile à la juridiction de renvoi si la question était formulée comme suit:

«L'article 56 CE fait-il obstacle à des règles de droit national qui permettent à un

2 — Voir, par exemple, arrêts du 30 avril 1986, Asjes e.a. (209/84 à 213/84, Rec. p. 1425, point 12), et du 9 septembre 2003, Jaeger (C-151/02, Rec. p. I-8389, point 43).

organisme public détenant une participation minoritaire (33,4 %) dans le capital d'une société privatisée de conserver le pouvoir de nommer une majorité absolue des membres du conseil d'administration?»

16. La ville de Milan estime que l'article 56 CE n'est pas applicable, étant donné que le mécanisme de nomination des administrateurs de l'AEM découle des dispositions des statuts de la société, lesquels ont été adoptés en application normale du droit privé des sociétés. La ville de Milan prétend que les pouvoirs de nomination ne découlent ni d'une mesure législative ni d'un quelconque autre exercice de l'autorité de l'État. À cet égard, la ville de Milan souligne que l'application de l'article 2449 du code civil n'est pas obligatoire, mais découle au contraire d'une décision volontaire prise par les actionnaires en assemblée générale, au cours de laquelle l'organisme public en question agit en sa qualité d'actionnaire ordinaire. Par conséquent, l'introduction des pouvoirs spéciaux dans les statuts ne constitue pas l'exercice d'un ius imperii (prérogative de puissance publique).

17. D'une manière similaire, le gouvernement italien soutient que la notion d'«actions spécifiques» se réfère à des situations où, dans le cadre de la privatisation d'une entreprise auparavant détenue par l'État, l'État ou l'organisme public, par une mesure législative ou un acte administratif équivalent, obtient des pouvoirs spéciaux qui sont plus forts que ceux que la loi accorde généralement aux actionnaires. Selon le gouvernement italien, l'article 2449 du code civil italien est cohérent avec les règles générales du droit italien des sociétés. En vertu de ces règles, la nomination de la moitié des administrateurs par un actionnaire minoritaire n'est nullement inacceptable. Le droit italien des sociétés n'exige pas, en principe, que le droit d'un actionnaire à nommer des administrateurs soit proportionnel à l'importance relative de sa participation.

18. Ces arguments soulèvent pour l'essentiel trois questions sous-jacentes. La première est de savoir s'il importe que les pouvoirs de nomination en question soient, au moins en partie, fondés sur une disposition de droit privé. La deuxième est de savoir si l'article 56 CE s'applique ratione personae aux organismes publics lorsqu'ils n'exercent pas leur autorité publique. La troisième porte sur le point de savoir quels droits, lorsqu'ils sont détenus par un organisme public agissant en tant qu'actionnaire d'une entreprise, sont «de nature à dissuader les investisseurs d'autres États membres d'effectuer des investissements dans cette entreprise» [3]. J'examinerai ces trois questions l'une après l'autre.

19. Selon moi, le fait que les pouvoirs de nomination dont jouit la ville de Milan soient fondés sur des dispositions de droit privé ne fait pas obstacle à l'application de l'article 56 CE. À cet égard, il est utile de noter

3 — Voir arrêts du 13 mai 2003, Commission/Espagne (C-463/00, Rec. p. I-4581, point 61) et Commission/Royaume-Uni (C-98/01, Rec. p. I-4641, point 47).

que, pour déterminer si la libre circulation des capitaux est restreinte lorsque l'État bénéficie de pouvoirs spéciaux dans une entreprise, peu importe la façon dont ces pouvoirs lui sont attribués et quelle forme juridique ils revêtent. Le fait qu'un État membre agisse dans le cadre de son droit national des sociétés ne signifie pas que ses pouvoirs spéciaux ne puissent pas constituer une restriction au sens de l'article 56 CE [4]. Si tel était le cas, les États membres pourraient aisément échapper à l'application de l'article 56 CE, en utilisant leur position d'actionnaire pour parvenir, en vertu du droit civil, à ce qu'ils n'auraient pas autrement pu faire en recourant à leurs pouvoirs de réglementation.

20. Le cas présent illustre cela. Il ressort du dossier que la ville de Milan a proposé à l'origine que les statuts lui confèrent un pouvoir spécial de nommer directement un quart des membres du conseil d'administration, conformément à l'article 2, sous d), de la loi nº 474/1994. À l'origine, cette disposition offrait une base juridique pour conférer aux organismes publics le pouvoir spécial de nommer un minimum d'un administrateur, ou plus. L'article 2 de la loi nº 474/1994, dans sa version originale, a été examiné dans l'affaire Commission/Italie [5]. La Cour a jugé que, en adoptant cette disposition, la République italienne avait violé l'article 56 CE. La loi a par la suite été amendée, en particulier en ce qui concerne les pouvoirs spéciaux accordés en son article 2. Néanmoins, dans sa décision nº 5/04, la ville de Milan a introduit ce qui est, en effet, le même pouvoir de nomination, mais sur la base de l'article 2449 du code civil italien. Quels qu'aient été les motifs de la ville de Milan pour modifier son choix du fondement juridique, il est clair qu'il ne serait pas difficile aux États membres d'échapper aux restrictions qu'impose l'article 56 CE, si cette disposition ne devait pas s'appliquer aux situations régies par le droit privé.

21. La deuxième question est de savoir si l'article 56 CE s'applique ratione materiae à un organisme public, lorsque ses actes, indépendamment de leur forme juridique, sont de nature privée et ne sont pas effectués dans l'exercice des prérogatives de puissance publique de l'État. Pour poser le problème en termes plus généraux: les États membres sont-ils tenus de respecter les dispositions du traité CE relatives à la libre circulation des biens, des personnes, des services et des capitaux lorsqu'ils n'exercent pas leurs prérogatives de puissance publique?

22. Pour moi, ils sont tenus à pareille obligation. Les États membres sont soumis aux règles relatives à la libre circulation, qui s'appliquent clairement à eux, non pas en leur qualité de pouvoirs publics, mais en leur qualité de signataires du traité [6]. De ce fait,

4 — Voir, dans le même sens, les conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer présentées dans les affaires précitées Commission/Espagne et Commission/Royaume-Uni, point 48. Voir aussi les conclusions que j'ai présentées dans l'affaire Commission/Pays-Bas (C-282/04 et C-283/04, actuellement pendante devant la Cour), point 23.

5 — Arrêt du 23 mai 2000 (C-58/99, Rec. p. I-3811).

6 — Voir, par analogie, arrêts du 26 février 1986, Marshall (152/84, Rec. p. 723, point 49), et du 12 juillet 1990, Foster e.a. (C-188/89, Rec. p. I-3313, point 17).

les dispositions relatives à la liberté de circulation imposent des obligations aux autorités nationales des États membres, peu importe que ces autorités agissent en leur qualité de pouvoirs publics ou en tant qu'entité privée. En effet, toute entité par l'intermédiaire de laquelle l'État agit entre dans le champ d'application ratione personae des dispositions relatives à la libre circulation [7]. En principe, par conséquent, un organisme public comme la ville de Milan ne saurait se fonder sur l'argument selon lequel ses actes sont essentiellement des actes privés par nature afin d'échapper à l'application des dispositions du traité sur la libre circulation.

23. Néanmoins, la question de savoir si un organisme public se trouve dans la même position et agit de la même manière qu'un actionnaire privé importe pour déterminer la portée de l'application ratione materiae de l'article 56 CE. C'est un élément pour déterminer quels droits, lorsque ceux-ci sont détenus par un organisme public agissant en tant qu'actionnaire dans une société, sont de nature à dissuader les investissements provenant d'autres États membres.

24. Comme pour les autres libertés, l'objectif du principe de la libre circulation des capitaux est de promouvoir l'ouverture des marchés nationaux en offrant la possibilité aux investisseurs et aux entreprises recherchant des capitaux de bénéficier pleinement du marché intérieur de la Communauté. Pour parvenir à cet objectif, les États membres ont l'obligation de prendre en compte les effets de leurs actions à l'égard des investisseurs établis dans d'autres États membres et qui souhaitent exercer leur droit à la libre circulation des capitaux. Dans ce contexte, l'article 56 CE interdit non seulement la discrimination sur le fondement de la nationalité, mais aussi les discriminations qui, pour l'exercice d'une activité transnationale, imposent des coûts supplémentaires ou entravent l'accès au marché national des investisseurs établis dans d'autres États membres, soit parce qu'elles ont pour effet de protéger la position de certains opérateurs économiques déjà établis sur le marché, soit parce qu'elles rendent les échanges intracommunautaires plus difficiles que les échanges internes [8]. Toute mesure nationale qui aboutit à traiter les situations transnationales moins favorablement que les situations purement nationales constitue une restriction à la liberté de circulation. Sous cette réserve, les États membres demeurent libres de réglementer l'activité économique

7 — Voir, en ce sens, arrêt du 13 décembre 1983, Apple and Pear Development Council (222/82, Rec. p. 4083, point 17). Lorsqu'une entité privée est chargée d'un service public, il est possible de considérer que l'État agit à travers cette entité et que, en conséquence, il doit respecter les règles relatives à la libre circulation: voir, par exemple, arrêts du 18 mai 1989, Association of Pharmaceutical Importers (266/87 et 267/87, Rec. p. 1295, points 13 à 16); du 11 août 1995, Dubois et Général Cargo services (C-16/94, Rec. p. I-2421, point 20); du 5 février 2004, Rieser Internationale Transporte (C-157/02, Rec. p. I-1477, point 24), et les conclusions présentées par l'avocat général Kokott dans l'affaire AGM-COS.MET (C-470/03, actuellement pendante devant la Cour), au point 87.

8 — Voir aussi les conclusions que j'ai présentées dans l'affaire Commission/Pays-Bas, précitée, au point 24, et mes conclusions dans l'affaire Alfa Vita Vassilopoulos et Carrefour-Marinopoulos, pendante devant la Cour, points 40 et 41.

sur leurs territoires et d'intervenir sur le marché national [9].

25. Le simple fait qu'un organisme public possède des actions dans une société ne réduit pas l'attractivité des investissements transfrontaliers dans cette société, tant que les investisseurs dans les autres États membres peuvent être certains que l'organisme public concerné respectera, afin de maximiser son retour sur l'investissement, les règles normales d'intervention sur le marché. Toutefois, étant donné que les organismes publics sont soumis par l'intermédiaire de leurs responsables à des mécanismes locaux ou nationaux de responsabilité politique, ils ont naturellement tendance à adapter leur conduite en fonction des intérêts de ceux qui sont représentés dans le cadre de ces mécanismes. Par conséquent, lorsqu'un organisme public détient des actions qui lui donnent une position privilégiée par rapport à d'autres actionnaires en ce qui concerne ses pouvoirs de contrôle dans la société concernée, il y a un risque que ces pouvoirs soient employés pour accorder un accès sélectif et potentiellement discriminatoire aux marchés nationaux. Cela explique, selon moi, la jurisprudence relative aux actions spécifiques et les limites imposées à l'État lorsqu'il agit comme un opérateur sur le marché.

26. À mon avis, cette jurisprudence impose une exigence de cohérence aux États membres. Le traité habilite les États membres à maintenir la propriété publique de certaines entreprises. Cependant, lorsqu'un État membre a décidé d'ouvrir un secteur particulier du marché, il doit agir d'une manière cohérente avec cette décision et respecter pleinement les principes d'ouverture et de non-discrimination qui figurent parmi les règles gouvernant le marché intérieur communautaire. En d'autres termes, les États ne peuvent pas restreindre de manière sélective l'accès des opérateurs de marché à ce secteur du marché. Dans le cas de la privatisation d'entreprises anciennement détenues par l'État, cette exigence est particulièrement importante. Si l'État était habilité à maintenir certaines formes de contrôle du marché sur des sociétés privatisées, il pourrait aisément faire échec à l'application des règles relatives à la libre circulation en n'accordant qu'un accès sélectif et potentiellement discriminatoire à des parties substantielles du marché national. De telles formes de contrôle sont par conséquent de nature à dissuader les investissements provenant d'autres États membres.

27. Lorsque l'État privatise une entreprise, les règles relatives à la libre circulation des capitaux exigent, par conséquent, que l'indépendance économique de la société soit protégée, à moins qu'il ne soit nécessaire de sauvegarder les intérêts publics fondamentaux reconnus par le droit communautaire. Ainsi, tout contrôle étatique d'une entreprise privatisée, exercé en dehors des mécanismes normaux du marché, doit être lié à la réalisation effective d'activités d'intérêt économique général associées à cette entreprise.

9 — Voir aussi les conclusions que j'ai présentées dans l'affaire Cipolla e.a. (C-94/04 et C-202/04, actuellement pendante devant la Cour), point 58.

28. La ville de Milan, l'AEM et le gouvernement italien estiment pour l'essentiel que, en vertu des règles générales du droit italien des sociétés, des actionnaires privés pourraient, en principe, obtenir les mêmes droits spéciaux dans une entreprise que ceux que détient la ville de Milan dans l'AEM. Cependant, afin de déterminer si le contrôle qu'exerce l'État dans une société demeure dans la limite des mécanismes normaux du marché, il ne suffit pas de se borner à déterminer si des actionnaires privés pourraient, en théorie, acquérir des formes similaires de contrôle, sans tenir compte de la réalité économique.

29. En outre, dans le contexte de la présente affaire, il faut noter, ainsi que le gouvernement polonais l'a souligné à juste titre, que les pouvoirs spéciaux dont jouit la ville de Milan résultent de l'application de dispositions du droit national qui, dans l'intérêt de l'État ou d'organismes publics, autorisent l'introduction de pouvoirs spéciaux dans les statuts d'une entreprise privatisée. Toutefois, l'exigence de cohérence est méconnue lorsqu'un État membre adopte une législation afin de permettre à l'État ou à ses organes d'occuper une position privilégiée, en ce qui concerne le contrôle d'une entreprise privatisée, par rapport aux autres actionnaires de cette entreprise.

30. De ce fait, les règles de droit national dont l'État et les organismes publics peuvent tirer des pouvoirs spéciaux équivalent, par définition, à une restriction aux mouvements de capitaux au sens de l'article 56 CE. Et cela est le cas non seulement pour les mesures législatives qui confèrent des pouvoirs spéciaux directement à l'État [10], mais aussi pour les règles de droit national qui, dans l'intérêt exclusif de l'État, permettent que de tels pouvoirs soient incorporés dans les statuts de la société [11]. L'application des règles nationales de ce type s'écarte «d'une application normale du droit des sociétés» [12], car elles placent l'État dans une position privilégiée par rapport aux autres actionnaires. Dans de telles circonstances, l'argument selon lequel des actionnaires privés pourraient, en théorie, obtenir des privilèges comparables en vertu des principes généraux du droit des sociétés est inopérant [13].

31. Un organisme public qui détient une participation au capital de 33,4 % dans une société privatisée, mais conserve le pouvoir de nommer une majorité absolue des membres du conseil d'administration, se trouve clairement dans une position privilégiée par rapport aux autres actionnaires. En réalité, ainsi que la juridiction de renvoi le relève à bon droit, ses pouvoirs sont même plus larges que ceux que lui confère le décret-loi que la Cour a jugé contraire à l'article 56 CE dans l'affaire Commission/Italie [14].

10 — Voir arrêts du 4 juin 2002, Commission/Portugal (C-367/98, Rec. p. I-4731); du 4 juin 2002, Commission/France (C-483/99, Rec. p. I-4781) et Commission/Belgique (C-503/99, Rec. p. I-4809), ainsi qu'arrêt Commission/Espagne, précité note 3.

11 — Voir arrêt Commission/Royaume-Uni, précité à la note 3.

12 — Ibidem, point 48.

13 — Ibidem.

14 — Précité à la note 5.

32. Il en découle que les règles nationales qui permettent à un organisme public de conserver le pouvoir de nommer une majorité absolue des membres du conseil d'administration d'une société dans laquelle l'organisme public détient une participation minoritaire de 33,4 % constitue une restriction aux mouvements de capitaux au sens de l'article 56 CE.

III — Conclusion

33. À la lumière des observations qui précèdent, je propose que la Cour réponse de la manière suivante aux questions posées par le Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia:

«L'article 56 CE fait obstacle à des règles de droit national qui permettent à un organisme public détenant une participation de 33,4 % dans le capital d'une société privatisée de conserver le pouvoir de nommer une majorité absolue des membres du conseil d'administration.»