ARRÊT DE LA COUR (première chambre)

2 juin 2005 *

Dans l'affaire C-174/04,

ayant pour objet un recours en manquement au titre de l'article 226 CE, introduit le 13 avril 2004,

Commission des Communautés européennes, représentée par MM. E. Traversa et C. Loggi, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie requérante,

contre

République italienne, représentée par M. I. M. Braguglia, en qualité d'agent, assisté de M. P. Gentili, avvocato dello Stato, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie défenderesse,

* Langue de procédure: l'italien.

LA COUR (première chambre),

composée de M. P. Jann (rapporteur), président de chambre, M. K. Lenaerts, Mme N. Colneric et MM. K. Schiemann et E. Juhász, juges,

avocat général: Mme J. Kokott,
greffier: M. R. Grass,

vu la procédure écrite,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 3 mars 2005,

rend le présent

Arrêt

1 Par sa requête, la Commission des Communautés européennes demande à la Cour de constater que le décret-loi (decreto-legge) n° 192, du 25 mai 2001 (*GURI* n° 120, du 25 mai 2001, p. 4), converti en loi n° 301, portant dispositions urgentes en vue de sauvegarder les processus de libéralisation et de privatisation de certains secteurs

des services publics (legge n° 301, recante disposizioni urgenti per salvaguardare i processi di liberalizzazione e privatizzazione di specifici settori dei servizi pubblici), du 20 juillet 2001 (*GURI* n° 170, du 24 juillet 2001, p. 4, ci-après le «décret-loi n° 192/2001»), est incompatible avec l'article 56 CE en ce qu'il prévoit la suspension automatique des droits de vote liés aux actions au-delà de la limite de 2 % du capital social de sociétés des secteurs de l'électricité et du gaz.

Le cadre juridique

Le droit communautaire

2 L'article 56, paragraphe 1, CE est libellé comme suit:

«Dans le cadre des dispositions du présent chapitre, toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites.»

3 L'annexe I de la directive 88/361/CEE du Conseil, du 24 juin 1988, pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité (JO L 178, p. 5), comporte une nomenclature des mouvements de capitaux visés à l'article 1er de cette directive (ci-après la

«nomenclature annexée à la directive 88/361»). Elle énumère notamment les mouvements suivants:

«I. Investissements directs [...]

1) Création et extension de succursales ou d'entreprises nouvelles appartenant exclusivement au bailleur de fonds, et acquisition intégrale d'entreprises existantes

2) Participation à des entreprises nouvelles ou existantes en vue de créer ou maintenir des liens économiques durables

[...]»

4 En vertu des notes explicatives figurant à la fin de l'annexe I de la directive 88/361, on entend par «investissements directs»:

«Les investissements de toute nature auxquels procèdent les personnes physiques, les entreprises commerciales, industrielles ou financières et qui servent à créer ou à maintenir des relations durables et directes entre le bailleur de fonds et le chef d'entreprise ou l'entreprise à qui ces fonds sont destinés en vue de l'exercice d'une

activité économique. Cette notion doit donc être comprise dans son sens le plus large.

[...]

En ce qui concerne les entreprises mentionnées au point I 2 de la nomenclature et qui ont le statut de sociétés par actions, il y a participation ayant le caractère d'investissements directs, lorsque le paquet d'actions qui se trouve en possession d'une personne physique, d'une autre entreprise ou de tout autre détenteur donne à ces actionnaires, soit en vertu des dispositions de la législation nationale sur les sociétés par actions, soit autrement, la possibilité de participer effectivement à la gestion de cette société ou à son contrôle.

[...]»

5 La nomenclature annexée à la directive 88/361 vise également les mouvements suivants:

«III. Opérations sur titres normalement traités sur le marché des capitaux [...]

[...]

A. Transactions sur titres du marché des capitaux

1) Acquisition par des non-résidents de titres nationaux négociés en bourse [...]

[...]

3) Acquisition par des non-résidents de titres nationaux non négociés en bourse [...]

[...]»

Le droit national

6 L'article 1er, premier et deuxième alinéas, du décret-loi n° 192/2001 dispose:

«Jusqu'à l'achèvement, au sein de l'Union européenne, d'un marché totalement ouvert à la concurrence dans les secteurs de l'électricité et du gaz, en vue de sauvegarder les processus de libéralisation et de privatisation en cours dans ces secteurs, l'octroi ou le transfert des mesures d'autorisation ou de concession prévues par les décrets législatifs n° 79 du 16 mars 1999 relatif à l'énergie électrique et n° 164

du 23 mai 2000 relatif au marché intérieur du gaz naturel s'opèrent aux conditions visées au deuxième alinéa en ce qui concerne les personnes morales contrôlées directement ou indirectement par un État ou par d'autres pouvoirs publics, jouissant sur leur marché national d'une position dominante et non cotées sur des marchés financiers réglementés, qui acquièrent, directement ou indirectement, ou par l'intermédiaire d'un tiers, y compris au moyen d'une offre publique à terme ou de manière différée, des participations supérieures à 2 % du capital social de sociétés opérant dans les secteurs en cause, directement ou par l'intermédiaire de sociétés qu'elles contrôlent ou qui leur sont associées. La limite totale de 2 % s'applique à la personne morale elle-même et au groupe auquel elle appartient, soit la personne morale, même si elle ne prend pas la forme d'une société, exerçant le contrôle, les sociétés contrôlées et celles soumises à un contrôle conjoint, ainsi que les sociétés apparentées. La limite s'applique également aux personnes morales qui, directement ou indirectement, y compris par l'intermédiaire de sociétés contrôlées ou liées, de sociétés fiduciaires ou par l'entremise de tiers, sont parties, y compris avec des tiers, à des accords relatifs à l'exercice du droit de vote ou à des accords ou des pactes entre actionnaires.

En cas de dépassement de la limite visée au premier alinéa, dès l'octroi ou le transfert des autorisations ou concessions qui y sont visées, le droit de vote attaché aux actions dépassant la limite est automatiquement suspendu et il n'en est pas tenu compte dans le quorum des assemblées délibératives. Les droits d'acquisition ou de souscription à terme ou différée ne peuvent pas non plus être exercés.»

La procédure précontentieuse

7 Par lettre du 23 octobre 2002, la Commission a informé le gouvernement italien qu'elle considérait que le décret-loi n° 192/2001, en tant qu'il prévoit, pour des entreprises opérant dans les secteurs de l'électricité et du gaz, la suspension des droits de vote attachés à des participations supérieures à 2 % lorsque ces

participations sont acquises par des entreprises publiques, était contraire aux dispositions du traité relatives à la libre circulation des capitaux. Elle a donc invité ce gouvernement à lui faire connaître ses observations dans un délai de deux mois.

8 Le gouvernement italien a répondu que, si le décret-loi n° 192/2001 constitue une restriction à la libre circulation des capitaux, il représente, toutefois, l'unique instrument susceptible de protéger le marché italien de formes d'investissement qui ne respectent pas les critères de la libre concurrence.

9 Ayant jugé ces observations insuffisantes pour justifier une telle réglementation, la Commission a, en date du 11 juillet 2003, adressé à la République italienne un avis motivé l'invitant à s'y conformer dans un délai de deux mois.

10 Le gouvernement italien n'ayant pas répondu à l'avis motivé, la Commission a décidé de saisir la Cour du présent recours.

Sur le recours

Argumentation des parties

11 Se fondant sur les arrêts de la Cour du 4 juin 2002, Commission/Portugal (C-367/98, Rec. p. I-4731); Commission/France, (C-483/99, Rec. p. I-4781); Commission/

Belgique (C-503/99, Rec. p. I-4809); du 13 mai 2003, Commission/Espagne (C-463/00, Rec. p. I-4581), et Commission/Royaume-Uni (C-98/01, Rec. p. I-4641), la Commission fait valoir que le décret-loi n° 192/2001 introduit un traitement différencié et restrictif des investissements effectués par une catégorie particulière d'investisseurs et entrave par conséquent la libre circulation des capitaux au sein de la Communauté. Toute entreprise publique d'un autre État membre potentiellement intéressée serait dissuadée par cette réglementation d'acquérir une participation dans les sociétés opérant dans les secteurs de l'électricité et du gaz, car elle se trouverait dans l'impossibilité de participer utilement aux décisions de ces sociétés et d'exercer une influence sur leur gestion.

12 L'article 56 CE n'établirait pas de distinction entre mesures discriminatoires et mesures non discriminatoires ni entre entreprises publiques et entreprises privées. Si ledit article ne définit pas la notion de «mouvements de capitaux», l'investissement direct transfrontalier relèverait de cette notion conformément à la nomenclature annexée à la directive 88/361. Il serait caractérisé, en particulier, par la possibilité de participer effectivement à la gestion d'une société et à son contrôle. L'acquisition de participations ainsi que le plein exercice des droits de vote attachés auxdites participations seraient donc couverts par la notion de «mouvements de capitaux».

13 Le gouvernement italien conclut au rejet du recours.

14 Le décret-loi n° 192/2001 n'établirait pas de traitement discriminatoire. Il concernerait les acquisitions réalisées par des entreprises publiques nationales de la même manière que les acquisitions réalisées par des entreprises publiques d'autres États membres.

15 Par ailleurs, une limitation du droit de vote n'affecterait pas dans tous les cas la libre circulation des capitaux. Le gouvernement italien invoque, à titre d'exemples, les

articles 85 à 97 de la directive 2001/34/CE 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 L 184, p. 1), et 10 de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004, concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil (JO L 145, p. 1), qui auraient directement mis en œuvre l'article 56 CE. Ces dispositions, qui permettraient également une limitation du droit de vote pour éviter qu'un simple investissement en capital ne soit transformé en une capacité effective de contrôle et de direction d'une société, ne seraient pas en soi incompatibles avec le principe de la libre circulation des capitaux.

16 Le décret-loi n 192/2001 serait conforme à la libre circulation des capitaux, principalement au motif qu'il viserait les objectifs communautaires formulés par la communication de la Commission du 13 mars 2001, intitulée «Achèvement du marché intérieur de l'énergie» [COM (2001) 125 final], en particulier celui de limiter l'influence anticoncurrentielle que des entreprises publiques en situation de monopole qui prendraient le contrôle sur les entreprises opérant dans les secteurs de l'électricité et du gaz pourraient exercer sur les marchés correspondants.

17 Il serait exact que l'ouverture des marchés des États membres dans les secteurs de l'électricité et du gaz aurait progressé considérablement au cours de ces dernières années du fait de la réglementation communautaire, en particulier des directives 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil, du 19 décembre 1996, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité (JO 1997, L 27, p. 20), et 98/30/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 juin 1998, concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel (JO L 204, p. 1).

18 Cependant, la transposition de ces directives dans l'ordre juridique interne des États membres aurait entraîné une ouverture asymétrique des divers marchés nationaux.

Certains États auraient choisi d'ouvrir leur marché plus largement que ne le prévoyaient ces directives, d'autres se seraient limités à ouvrir leur marché dans la stricte mesure imposée par celles-ci. Les mesures adoptées au niveau communautaire pour remédier à ce manque d'équilibre se seraient pourtant révélées insuffisantes. Il appartiendrait donc non seulement aux institutions communautaires, mais aussi aux États membres, 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.

19 Ainsi, le décret-loi n° 192/2001 aurait été l'unique instrument permettant d'éviter que le marché italien ne fasse l'objet d'attaques spéculatives anticoncurrentielles de la part d'entités publiques opérant dans le même secteur dans d'autres États membres et avantagées par leurs réglementations nationales.

20 Le problème posé en l'espèce serait différent de celui posé dans les affaires ayant donné lieu aux arrêts précités Commission/Portugal, Commission/France, Commission/Belgique, Commission/Espagne et Commission/Royaume-Uni. Dans ces affaires, les mesures nationales litigieuses auraient chaque fois visé à maintenir l'influence de l'État et à empêcher la libéralisation. Au contraire, le décret-loi n° 192/2001, dans la mesure où il s'adresserait uniquement aux entreprises publiques, viserait à exclure l'influence étatique. Partant, les critères énoncés dans les arrêts précités ne pourraient être transposés dans la présente affaire.

21 Par ailleurs, ledit décret-loi aurait un caractère temporaire. Il ne s'appliquerait que jusqu'à la réalisation d'un marché intérieur pleinement libéralisé dans les secteurs du gaz et de l'électricité.

22 Enfin, visant uniquement les entreprises publiques jouissant sur leur marché national d'une position dominante, il se limiterait à des mesures strictement nécessaires et proportionnelles.

23 Selon la Commission, tous ces arguments sont dépourvus de pertinence.

24 Les États membres ne pourraient empiéter sur la compétence de la Communauté en la matière. Il appartiendrait non pas aux gouvernements nationaux, mais à la Commission, en tant que gardienne des traités, de veiller à la bonne application des dispositions communautaires en cause et de s'opposer à d'éventuelles infractions à la libre concurrence. Des mesures unilatérales adoptées par certains États membres, sous prétexte d'éviter des distorsions sur leurs propres marchés, introduiraient au contraire de telles distorsions sur l'ensemble du marché communautaire, ce qui ne pourrait être accepté. Or, les mesures nationales en cause en l'espèce présenteraient un caractère strictement protectionniste.

25 Par ailleurs, une insuffisance de la réglementation communautaire ne pourrait être alléguée. Cette réglementation aurait même été renforcée récemment par plusieurs mesures, en particulier les directives 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE (JO L 176, p. 37), et 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 juin 2003, concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE (JO L 176, p. 57).

Appréciation de la Cour

26 Il y a lieu de rappeler, à titre liminaire, que l'article 56, paragraphe 1, CE met en œuvre la libre circulation des capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers. À cet effet, il prévoit, dans le cadre des dispositions du chapitre du traité intitulé «Les capitaux et les paiements», que toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers sont interdites.

27 Si le traité ne définit pas les notions de mouvements de capitaux et de paiements, il est constant que la directive 88/361, ensemble avec la nomenclature qui lui est annexée, a une valeur indicative pour définir la notion de mouvements de capitaux (voir arrêts Commission/Royaume-Uni, précité, point 39, et du 16 mars 1999, Trummer et Mayer, C-222/97, Rec. p. I-1661, points 20 et 21).

28 En effet, les points I et III de la nomenclature annexée à la directive 88/361 ainsi que les notes explicatives y figurant indiquent 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 au sens de l'article 56 CE. En vertu desdites 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.

29 À la lumière de ces considérations, il convient d'examiner si le décret-loi n° 192/2001, qui prévoit la suspension automatique des droits de vote liés à des participations supérieures à 2 % du capital social d'entreprises opérant dans les secteurs de l'électricité et du gaz, lorsque ces participations sont acquises par des entreprises publiques non cotées sur des marchés financiers réglementés et qui

jouissent d'une position dominante, constitue une restriction aux mouvements de capitaux entre les États membres.

30 À cet égard, il convient de constater que la suspension des droits de vote, prévue par ledit décret, exclut pour la catégorie d'entreprises publiques visée une participation effective à la gestion et au contrôle des entreprises italiennes opérant sur les marchés de l'électricité et du gaz. Dès lors que l'objectif poursuivi par le décret-loi n° 192/2001 est d'éviter «des attaques anticoncurrentielles de la part d'entités publiques opérant dans le même secteur dans d'autres États membres», celui-ci a pour effet de dissuader en particulier les entreprises publiques établies dans d'autres États membres d'acquérir des actions dans les entreprises italiennes opérant dans le secteur de l'énergie.

31 Il résulte de ce qui précède que la suspension des droits de vote prévue par le décret-loi n° 192/2001 constitue une restriction à la libre circulation des capitaux prohibée, en principe, par l'article 56 CE.

32 Cette constatation n'est pas infirmée par le fait que la réglementation en cause ne s'adresse qu'à une catégorie d'entreprises publiques jouissant sur leur marché national d'une position dominante. En effet, les dispositions du traité relatives à la libre circulation des capitaux n'opèrent pas de distinction entre les entreprises privées et les entreprises publiques ni entre les entreprises qui jouissent d'une position dominante et celles qui ne jouissent pas d'une telle position.

33 En outre, le gouvernement italien ne saurait prétendre que, dès lors que les dispositions de la directive 2004/39 qui prévoient, sous certaines conditions, une

limitation des droits de vote liés à certaines actions sont compatibles avec les dispositions du traité relatives à la libre circulation des capitaux, il en irait de même pour le décret-loi n° 192/2001. Cette directive, qui a été adoptée dans le cadre de la liberté d'établissement et non pas, contrairement à ce qu'affirme le gouvernement italien, dans celui de l'article 56 CE, s'inscrit dans un contexte différent et très spécifique, à savoir l'admission de valeurs mobilières à la cote officielle. Des limitations du droit de vote n'y sont prévues qu'au titre de sanctions pour non-respect des dispositions législatives. Ces limitations ne sont ainsi, contrairement au décret-loi n° 192/2001, pas de nature à dissuader des entreprises d'autres États membres d'effectuer des placements dans certaines entreprises nationales. Par ailleurs, en ce qui concerne les articles 85 à 97 de la directive 2001/34, ceux-ci prévoient seulement des obligations d'information lors de l'acquisition et de la cession d'une participation importante dans une société cotée en bourse ainsi qu'une obligation des États membres de prévoir des sanctions appropriées en cas de non respect de ces obligations. Les mesures que les États membres ont adoptées à cet égard sont sans pertinence dans le contexte de la présente affaire.

34 Il convient encore d'examiner si la restriction à la libre circulation des capitaux est susceptible d'être justifiée au regard des dispositions du traité.

35 À cet égard, il doit être rappelé que la libre circulation des capitaux, en tant que principe fondamental du traité, ne peut être limitée par une réglementation nationale que si celle-ci est justifiée par des raisons visées à l'article 58, paragraphe 1, CE ou par des raisons impérieuses d'intérêt général. En outre, afin d'être ainsi justifiée, la réglementation nationale doit être propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint, en vue de répondre au critère de proportionnalité (voir arrêts Commission/Belgique, précité, point 45, et du 7 septembre 2004, Manninen, C-319/02, Rec. p. I-7498, point 29).

36 Le gouvernement italien fait valoir que, par le processus de libéralisation et de privatisation, les marchés de l'énergie en Italie ont été ouverts à la concurrence. Le décret-loi n° 192/2001 viserait à sauvegarder des conditions de concurrence saines et équitables sur ces marchés. Il permettrait d'éviter que, dans l'expectative d'une libéralisation effective du secteur de l'énergie en Europe, le marché italien fasse l'objet d'attaques anticoncurrentielles de la part d'entreprises publiques opérant dans le même secteur dans d'autres États membres et avantagées par une réglementation nationale qui les avait maintenues dans une position privilégiée. L'acquisition du contrôle d'entreprises opérant sur les marchés italiens de l'électricité et du gaz par de telles entreprises publiques pourrait mettre à néant les efforts des autorités italiennes d'ouvrir le secteur de l'énergie à la concurrence.

37 À cet égard, ainsi que la Cour l'a déjà jugé, l'intérêt de renforcer la structure concurrentielle du marché en cause en général ne saurait constituer une justification valable de restrictions à la libre circulation des capitaux (voir arrêt Commission/Portugal, précité, point 52).

38 En tout état de cause, les dispositions du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (JO L 24, p. 1), trouvent à s'appliquer. Il convient de rappeler à cet effet que la réglementation nationale en cause ne s'applique qu'à des entreprises publiques disposant déjà d'une position dominante sur leur marché national. Or, conformément à l'article 2, paragraphe 3, du règlement n° 139/2004, la Commission interdit les concentrations ayant une dimension communautaire qui entraveraient de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, «notamment du fait [...] du renforcement d'une position dominante» préexistante.

39 Le gouvernement italien se réfère encore à la nécessité d'assurer la fourniture d'énergie sur le territoire italien.

40 Même si la nécessité de garantir l'approvisionnement en énergie peut, sous certaines conditions, justifier des restrictions aux libertés fondamentales du traité (voir arrêts du 10 juillet 1984, Campus Oil e.a., 72/83, Rec. p. 2727, points 34 et 35, et Commission/Belgique, précité, point 46), le gouvernement italien ne démontre pas en quoi la limitation des droits de vote qui ne s'adresse qu'à une catégorie précise d'entreprises publiques est indispensable pour atteindre l'objectif en cause. En particulier, il n'explique pas la raison pour laquelle il serait nécessaire que les actions des entreprises opérant dans le secteur de l'énergie en Italie soient détenues par des actionnaires privés ou par des actionnaires publics cotés sur des marchés financiers réglementés pour que les entreprises concernées puissent garantir un approvisionnement suffisant et ininterrompu en électricité et en gaz sur le marché italien.

41 Il s'ensuit que le gouvernement italien n'a pas établi que le décret-loi n° 192/2001 est indispensable pour assurer l'approvisionnement en énergie à l'intérieur du pays.

42 Il convient donc de constater que, en maintenant en vigueur le décret-loi n° 192/2001 qui prévoit la suspension automatique des droits de vote liés à des participations supérieures à 2 % du capital social d'entreprises opérant dans les secteurs de l'électricité et du gaz, lorsque ces participations sont acquises par des entreprises publiques non cotées sur des marchés financiers réglementés et jouissant sur leur marché national d'une position dominante, la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 56 CE.

Sur les dépens

43 Aux termes de l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens. La Commission ayant conclu à la condamnation de la République italienne et celle-ci ayant succombé en ses moyens, il convient de la condamner aux dépens.

Par ces motifs, la Cour (première chambre) déclare et arrête:

1) **En maintenant en vigueur le décret-loi (decreto-legge) n° 192, du 25 mai 2001, converti en loi n° 301, portant dispositions urgentes en vue de sauvegarder les processus de libéralisation et de privatisation de certains secteurs des services publics (legge n° 301, recante disposizioni urgenti per salvaguardare i processi di liberalizzazione e privatizzazione di specifici settori dei servizi publici), du 20 juillet 2001, qui prévoit la suspension automatique des droits de vote liés à des participations supérieures à 2 % du capital social d'entreprises opérant dans les secteurs de l'électricité et du gaz, lorsque ces participations sont acquises par des entreprises publiques non cotées sur des marchés financiers réglementés et jouissant sur leur marché national d'une position dominante, la République italienne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 56 CE.**

2) **La République italienne est condamnée aux dépens.**

Signatures.