CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

présentées le 6 février 2003 [1]

I — Introduction

1. La question soulevée par ces recours en manquement au traité CE concerne la compatibilité avec l'ordre juridique communautaire de régimes qui soumettent à approbation ou à autorisation administrative préalable certains types d'opérations qui ont une incidence sur l'existence, l'objet social ou la structure de l'actionnariat d'entreprises privatisées relevant du domaine de l'économie stratégique. En dépit de leur nature juridique, ces pouvoirs de l'autorité publique sont communément appelés «actions spécifiques» (ou «*golden shares*»).

2. Cette matière a été récemment précisée par la Cour dans les arrêts du 4 juin 2002, Commission/Portugal, Commission/France et Commission/Belgique [2], où elle a admis qu'un régime présentant des caractéristiques similaires peut être conforme aux exigences du droit communautaire pour autant qu'il offre certaines garanties.

II — Cadre juridique et antécédents de fait

Affaire Commission/Espagne (C-463/00)

3. En droit espagnol, la Ley 5/1995 de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas emplesas (loi n° 5/1995, du 23 mars 1995, sur le régime juridique de la cession de participations publiques dans certaines entreprises) (BOE n° 72, du 25 mars 1995) régit les conditions de privatisation de plusieurs entreprises du secteur public.

1 — Langue originale: l'espagnol.

2 — Respectivement C-367/98 (Rec. p. I-4731), C-483/99 (Rec. p. I-4785), et C-503/99 (Rec. p. I-4809), ci-après, ensemble, les «arrêts du 4 juin 2002».

4. Ladite loi dispose:

«Article 1er. Champ d'application subjectif

Entrent dans le champ d'application de la présente loi:

1. Les entités à caractère commercial qui, à la date d'entrée en vigueur de la présente loi, comptent une participation directe ou indirecte de l'État dans leur capital social supérieure à 25 % et sont contrôlées par l'associé étatique par l'un quelconque des moyens prévus par la législation commerciale applicable, pour autant que l'activité exercée par l'entité elle-même ou par le biais d'une participation dans d'autres sociétés présente l'une des composantes suivantes:

a) fournir des services essentiels ou des services publics formellement déclarés comme tels;

b) exercer des activités soumises par la loi et pour des raisons d'intérêt public à un régime administratif de contrôle, en particulier des opérateurs qui les exercent;

c) être soustraite en tout ou en partie à la libre concurrence aux termes de l'article 90 du traité instituant la Communauté économique européenne.

2. Les entités à caractère commercial qui font partie d'un groupe, défini conformément à l'article 4 de la loi nº 24/1998 du 28 juillet 1998 relative au marché de valeurs, dans lequel l'une ou l'autre des entités visées au paragraphe 1 ci-dessus détient une position dominante, pour autant qu'elles remplissent l'une des conditions visées aux points a), b) et c) dudit paragraphe.»

«Article 2. Conditions d'application

Le régime d'autorisation administrative préalable défini aux articles 3 et suivants de la présente loi s'applique lorsque la participation publique de l'associé étatique dans les entités visées à l'article précédent remplit les conditions suivantes:

1. Elle est aliénée en une fois ou par plusieurs actes successifs, à concurrence d'un pourcentage égal ou supérieur à 10 % du capital social et pour autant que la participation directe ou indirecte de l'État dans ce capital devienne inférieure à 50 %.

2. Elle est réduite à moins de 15 % du capital social en conséquence directe ou indirecte de tout acte ou opération».

«Article 3. Autorisation administrative préalable

1. Lorsque l'une des conditions d'application visées à l'article précédent est remplie et que le décret royal visé à l'article 4 de la présente loi en dispose ainsi, les décisions suivantes adoptées par les organes sociaux des entités commerciales visées à l'article 1er de la présente loi peuvent être soumises à autorisation administrative préalable:

a) la dissolution volontaire, la scission ou la fusion de l'entité;

b) l'aliénation ou la mise en gage, sous quelque forme et à quelque titre que ce soit, des actifs ou participations sociales nécessaires à la réalisation de l'objet social de l'entreprise et définis à cet effet;

c) la modification de l'objet social.

2. Lorsque l'une des conditions d'application visées à l'article 2 de la présente loi est remplie, peuvent aussi être soumises à autorisation administrative préalable selon les modalités fixées par le décret royal visé à l'article suivant:

a) les opérations consistant en des actes de cession du capital social entraînant, en une seule fois ou en plusieurs actes successifs, la réduction, d'un pourcentage égal ou supérieur à 10 %, de la participation publique dans l'entreprise soumise au régime spécial institué par la présente loi;

b) l'acquisition directe ou indirecte, y compris par l'entremise de tiers fiduciaires ou intermédiaires, de participations dans le capital social ou d'autres valeurs pouvant ouvrir, directement ou indirectement, le droit à la souscription ou à l'acquisition de telles participations, lorsque cette acquisition entraîne la détention d'au moins 10 % du capital social».

«Article 4. Régime de l'autorisation administrative

1. Le régime d'autorisation préalable est établi par décret royal délibéré en Conseil des ministres sur proposition du ministre

compétent eu égard à la matière concernée et après avis préalable du Conseil d'État.

2. Le décret royal instaurant le régime visé au présent article doit entrer en vigueur avant la réalisation des actes de disposition prévus à l'article 2 et il détermine:

a) son champ d'application subjectif;

b) les actes de disposition concrets qui sont soumis à autorisation administrative préalable parmi ceux figurant à l'article 3;

c) l'organe compétent pour octroyer l'autorisation;

d) l'expiration du régime d'autorisation administrative.

3. Sauf dans le cas prévu au paragraphe 2, point d), ci-dessus, la modification ou l'abrogation du régime d'autorisation administrative préalable sont soumises aux mêmes formalités que celles prévues au paragraphe 1 du présent article.»

5. Il ressort du dossier que, depuis 1996, la procédure d'autorisation administrative préalable instaurée par la loi n° 5/1995 a été mise en œuvre par divers décrets royaux. Les critiques émises par la Commission concernent les processus de privatisation suivants:

— décret royal n° 3/1996, du 15 janvier 1996, relatif à Repsol (pétrole et énergie);

— décret royal n° 8/1997, du 10 janvier 1997, relatif à Telefónica de España (télécommunications);

— décret royal n° 40/1998, du 16 janvier 1998, relatif à Corporación Bancaria de España (Argentaria) (Banque);

— décret royal n° 562/1998, du 2 avril 1998, relatif à Tabacalera (tabac);

— décret royal n° 929/1998, du 14 mai 1998, relatif à Endesa (électricité).

Affaire Commission/Royaume-Uni (C-98/01)

6. En vertu de l'Airports Act 1986 (loi de 1986 sur les aéroports), du 8 juillet 1986, l'entité publique qui détenait et assurait l'exploitation des aéroports internationaux au Royaume-Uni (British Airports Authority) a été privatisée, ses avoirs ayant été transférés à la société de droit privé BAA plc (ci-après «BAA»).

Aux termes des statuts de BAA, datés du 7 juillet 1987, une action spéciale d'une livre sterling est créée en faveur du ministre des Transports.

7. L'article 10 desdits statuts définit la teneur de l'action spéciale. Selon le paragraphe 1 de cet article, seul un membre ou un représentant du gouvernement peut être titulaire de cette action. Conformément au paragraphe 2 du même article, son consentement écrit est requis, notamment, pour:

— toute modification des statuts ayant pour effet d'altérer les pouvoirs spéciaux conférés aux autorités publiques au sein de la société (notamment, ceux prévus audit article 10 et à l'article 40 desdits statuts);

— la cession du contrôle d'une filiale chargée de la gestion de l'un des aéroports désignés (Gatwick, Heathrow et Stansted);

— la dissolution ou la liquidation de la société ou de l'une de ses filiales chargées de la gestion d'un aéroport désigné, sauf en cas de restructuration;

— la cession totale ou partielle d'un aéroport désigné ou du pouvoir de gérer celui-ci.

8. L'actionnaire spécial a le droit d'être convoqué à toutes les assemblées générales et aux réunions de même nature, mais il n'a pas le droit de vote ni aucun autre droit à l'exception de celui consistant à donner son autorisation dans les conditions décrites ci-dessus.

9. L'article 40, paragraphe 1, des statuts de BAA dispose:

«Le présent article vise à empêcher toute personne (autre qu'une personne autorisée) d'être bénéficiaire, ou réputée bénéficiaire, ou d'être bénéficiaire aux yeux des administrateurs, d'actions de la société donnant

(ou censées donner, dans certaines conditions prévues par leurs modalités d'émission) le droit de disposer de plus de 15 % des voix pouvant être exprimées lors du vote de toute décision au cours de toute assemblée générale de la société (que ces voix puissent ou non être exprimées lors du vote de toutes les décisions prises au cours de toutes les assemblées générales).»

Lesdits statuts précisent ensuite en détail les possibilités dont disposent les administrateurs pour garantir qu'aucune personne ne détienne pas plus de 15 % du capital social assorti du droit de vote et leur octroient la faculté d'inviter les titulaires concernés par l'aliénation à céder leur participation excessive et, le cas échéant, d'ordonner la cession d'office.

III — Procédure administrative précontentieuse

Affaire Commission/Espagne (C-463/00)

10. Par lettre du 26 octobre 1999, la Commission a informé le gouvernement espagnol qu'elle considérait que le régime d'autorisation administrative préalable instauré par la loi n° 5/1995 et ses décrets d'exécution était susceptible d'enfreindre les dispositions du traité relatives à la libre circulation des capitaux et à la liberté d'établissement et a invité ce gouvernement à lui faire part de ses observations dans un délai de deux mois.

11. Le gouvernement espagnol a répondu par lettre du 27 janvier 1999 en faisant valoir que les mesures en cause étaient conformes au droit communautaire. Il a précisé son point de vue dans une nouvelle lettre du 18 mars 1999.

12. Estimant que les motifs invoqués n'étaient pas satisfaisants, la Commission a, le 2 août 1999, adressé un avis motivé au gouvernement espagnol, en l'invitant à s'y conformer dans un délai de deux mois.

13. Le gouvernement espagnol a répondu par lettre du 3 novembre 1999, dans laquelle il a décrit en détail le système de privatisation de certaines entreprises appartenant au secteur public et a réitéré son appréciation quant à la compatibilité des mesures litigieuses avec le droit communautaire, notamment les articles 43 CE, 56 CE et 295 CE.

14. Jugeant que ces explications n'étaient pas satisfaisantes, la Commission a décidé d'introduire le présent recours.

Affaire Commission/Royaume-Uni (C-98/01)

15. Par lettre du 3 février 1999, la Commission a informé le gouvernement du Royaume-Uni qu'elle considérait que les pouvoirs spéciaux de l'État prévus dans les statuts de BAA pouvaient enfreindre les dispositions du traité relatives à la libre circulation des capitaux et à la liberté d'établissement et elle l'a donc invité à lui présenter ses observations dans un délai de deux mois.

16. Le gouvernement du Royaume-Uni n'ayant pas répondu à cette lettre de mise en demeure, la Commission a, le 6 août 1999, adressé un avis motivé en l'invitant à s'y conformer dans un délai de deux mois.

17. Ledit gouvernement a répondu par une lettre du 5 novembre 1999 dans laquelle il soutenait que les États membres sont habilités, dans le cadre de leur législation interne sur le droit des sociétés, à définir les caractéristiques essentielles des actions d'entreprises privées disponibles sur le marché et qu'une telle mesure n'entrave pas l'accès au marché de ces actions. Pour le surplus, il a fait valoir que, dans le cadre d'un processus de privatisation, de telles mesures peuvent s'avérer indispensables pour protéger l'intérêt général.

18. La Commission, jugeant cette réponse peu convaincante, a décidé d'introduire le présent recours.

IV — Procédure devant la Cour

Affaire Commission/Espagne (C-463/00)

19. La requête de la Commission a été déposée au greffe de la Cour le 21 décembre 2000. À l'issue de la procédure écrite, la Cour a décidé de maintenir l'affaire devant la Cour plénière et d'ouvrir la procédure orale. Outre les parties, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord a comparu en qualité de partie intervenante au soutien des conclusions de l'État défendeur.

20. La Commission conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

1) déclarer que les dispositions combinées des articles 1er, 2 et 3, paragraphes 1 et 2, de la loi nº 5/1995, du 23 mars 1995, sur le régime juridique de la cession de participations publiques dans certaines entreprises ainsi que les décrets d'application adoptés conformément à l'article 4 de cette loi (les décrets royaux nº 3/1996 du 15 janvier 1996, relatif à Repsol; nº 8/1997 du 10 janvier 1997, relatif à Telefónica de España; nº 40/1998 du 16 janvier 1998, relatif à Argentaria; nº 562/1998 du 2 avril 1998, relatif à Tabacalera, et nº 929/1998 du 14 mai 1998, relatif à Endesa) sont incompatibles avec les articles 43 CE et 56 CE, dans la mesure où ils instituent l'application d'un

régime d'autorisation administrative préalable

— non justifié par des exigences impérieuses d'intérêt général,

— sans fixer de critères objectifs, stables dans le temps et rendus publics, et

— sans respecter le principe de proportionnalité;

2) condamner le royaume d'Espagne aux dépens.

21. Le gouvernement espagnol conclut au rejet du recours et à la condamnation de la Commission aux dépens.

Affaire Commission/Royaume-Uni (C-98/01)

22. La requête de la Commission a été déposée au greffe de la Cour le 27 février 2001. À l'issue de la procédure écrite, la Cour a décidé de maintenir l'affaire devant la Cour plénière et d'ouvrir la procédure orale.

23. La Commission conclut à ce qu'il plaise à la Cour:

1) déclarer que les dispositions limitant la possibilité de se porter acquéreur d'actions assorties du droit de vote de BAA (article 40 des statuts de celle-ci), ainsi que la procédure d'autorisation concernant la cession des avoirs de la société, le contrôle des filiales et la liquidation (article 10 desdits statuts) sont incompatibles avec les articles 43 et 56 CE;

2) condamner le Royaume-Uni aux dépens.

24. Le gouvernement du Royaume-Uni conclut au rejet du recours et à la condamnation de la Commission aux dépens.

V — Examen du recours

La recevabilité

25. Le gouvernement espagnol conteste la recevabilité du recours dirigé contre lui.

Concrètement, le recours serait irrecevable en ce qui concerne les décrets royaux n^{os} 40/1998 (Argentaria) et 562/1998 (Tabacalera), étant donné que les régimes accordant des pouvoirs spéciaux prévus dans chaque cas, ont expiré, respectivement, les 17 février 2001 et 5 octobre 2000 [3] et, en ce qui concerne les décrets royaux n^{os} 3/1996 (Repsol), 8/1997 (Telefónica) et 929/1998 (Endesa), en raison de l'incohérence entre les dispositions litigieuses de la loi n° 5/1995 et le *petitum* de la requête. Dans ces trois derniers cas, s'agissant de groupes d'entreprises, le régime d'autorisation administrative avait été instauré en vertu de l'article 1er, paragraphe 2, de ladite loi, alors que la Commission mentionne le paragraphe 1 de cet article dans la lettre de mise en demeure, dans l'avis motivé et dans la requête elle-même.

26. D'une part, il convient de tenir compte du fait que, selon une jurisprudence constante, l'existence d'un manquement doit être appréciée en fonction de la situation de l'État membre telle qu'elle se présentait au terme du délai fixé par la Commission dans l'avis motivé, en l'espèce, le 2 octobre 1999. Les deux dates invoquées par le gouvernement défendeur sont postérieures à cette date.

27. D'autre part, en ce qui concerne la prétendue incohérence et sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur son existence réelle, il suffit de constater qu'il ressort d'une simple lecture du dossier que le gouvernement défendeur avait une connaissance suffisamment précise de la nature des infractions qui lui étaient reprochées. Dès lors, son argumentation ne saurait être accueillie.

28. Je propose, par conséquent, que l'intégralité du recours dirigé contre le royaume d'Espagne soit déclaré recevable.

Les principes établis par les arrêts du 4 juin 2002

29. Il paraît douteux qu'à cette occasion la Cour ait suivi les conseils que Don Quichotte avait donnés à Sancho Pança avant que ce dernier ne s'en aille régner sur l'île de Barataria: ne te laisse jamais guider par la loi aveugle [...] que les larmes du pauvre

3 — En raison de la modification introduite par le décret royal n° 67/2000, du 21 janvier 2000.

t'inspirent de la compassion mais qu'elles ne t'inspirent pas plus de justice que les informations que tu peux obtenir du riche. Tente de découvrir la vérité [...] Lorsque l'équité peut ou doit s'imposer, n'applique pas la loi dans toute sa rigueur [...] la réputation du juge rigoureux n'est pas meilleure que celle du juge compatissant [4].

30. Les enseignements suivants peuvent être tirés des arrêts du 4 juin 2002, en ce qui concerne la façon dont la Cour a fait usage de son pouvoir d'appréciation:

a) Les réglementations nationales d'intervention sont appréciées essentiellement à la lumière des principes relatifs à la libre circulation des capitaux, dont la violation engendre, à titre accessoire, un éventuel manquement au principe de la liberté d'établissement.

b) Dans la mesure où elles sont susceptibles d'empêcher l'acquisition d'actions dans les sociétés concernées et de dissuader les investisseurs d'autres États membres, ces réglementations constituent des restrictions à la libre circulation des capitaux.

c) L'article 295 CE est dénué d'effets pratiques dans ce domaine.

d) La libre circulation des capitaux ne peut être légalement limitée par des mesures que si celles-ci, sans créer une discrimination en raison de la nationalité, répondent à des raisons impérieuses d'intérêt général et sont proportionnées et adéquates quant à l'objectif qu'elles poursuivent. Ces mesures, qui ne peuvent être prises qu'a posteriori, doivent se fonder sur des critères objectifs, connus à l'avance des intéressés et être susceptibles de faire l'objet d'un recours juridictionnel.

31. Sur la base de ces principes, la Cour a condamné la réglementation portugaise qui interdisait aux investisseurs ressortissants d'un autre État membre d'acquérir plus d'un nombre défini d'actions dans certaines entreprises. Ce régime présentait un caractère discriminatoire flagrant, sans que l'engagement purement politique du gouvernement portugais de ne pas se prévaloir de cette restriction à l'égard des opérateurs communautaires ait été suffisant pour remédier à l'infraction [5].

32. De même, en se fondant sur ces mêmes principes, la Cour a jugé qu'étaient incompatibles avec le droit communautaire

4 — Cervantès, M. de: *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha,* Partie II, Chapitre XLII, édition de Martín de Riquer, éd. Planeta, 1994, Barcelone, p. 935. Traduction libre.

5 — Arrêt Commission/Portugal, précité, note 2, points 40 à 42.

certains régimes qui s'appliquaient indistinctement, en l'occurrence, les régimes portugais et français qui soumettaient à autorisation administrative préalable l'acquisition d'une participation dépassant des seuils déterminés dans le capital de certaines entreprises; il en a été de même à l'égard d'une réglementation française qui conférait aux représentants de l'État le pouvoir de s'opposer à des décisions de cession ou d'affectation à titre de garantie d'actifs de plusieurs sociétés.

Le gouvernement portugais avait fait valoir, comme moyen de défense, la nécessité de poursuivre des objectifs de politique économique, tels que le choix d'un partenaire stratégique, le renforcement de la structure concurrentielle du marché en cause, la modernisation et l'amélioration de l'efficacité des moyens de production.

Le gouvernement français avait, de son côté, invoqué l'intérêt public consistant à garantir la sécurité de l'approvisionnement en produits pétroliers en cas de crise.

La Cour a dit pour droit, dans la première affaire, que des motifs de nature économique ne sauraient servir de justification à des entraves prohibées par le traité et, dans la seconde affaire, que, vu l'absence de critères objectifs et précis fixés dans la réglementation en cause, celle-ci allait au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre le but indiqué.

33. Néanmoins, le régime instauré par le royaume de Belgique, qui conférait à cet État membre un droit de s'opposer à toute cession, à toute affectation à titre de sûreté ou à tout changement de la destination de canalisations de produits énergétiques et de certains autres actifs stratégiques, ainsi qu'à certaines décisions de gestion jugées contraires aux lignes directrices de la politique énergétique du pays, a été apprécié différemment.

La Cour a tenu compte du fait que le contrôle instauré par le régime belge ne s'exerçait qu'a posteriori et était assorti de délais stricts, ainsi que de la nature limitée des éventuelles interventions (droit de veto sur des décisions relatives à des actifs stratégiques et à des questions de gestion spécifiques) qui ne peuvent être décidées qu'en cas de mise en cause des objectifs de la politique énergétique, doivent être formellement motivées et sont susceptibles d'un contrôle juridictionnel effectif.

34. Le rôle de l'avocat général, tel qu'il est défini à l'article 222 CE, est de présenter publiquement, en toute impartialité et en toute indépendance, des conclusions motivées sur les affaires soumises à la Cour de justice, en vue d'assister celle-ci dans l'accomplissement de sa mission. Son premier devoir est de proposer à la Cour une solution qui, tout en étant conforme au droit, respecte les postulats dialectiques du discours raisonné et de la cohérence, sans lesquels les décisions judiciaires seraient perçues comme de simples exercices arbitraires et seraient dépourvues de nature persuasive.

35. Dans l'accomplissement de cette haute mission, il m'incombe d'attirer l'attention de la Cour sur les aspects fragiles qui affaiblissent le bien-fondé de ses arrêts du 4 juin 2002, en étant conscient des risques que court quiconque entreprend de porter sur la jurisprudence un regard qui ne soit pas exclusivement celui de la béatitude et de projeter sur elle une autre lumière que celle, irréelle, qui, n'engendrant pas d'ombre, la prive en définitive de tout son relief [6]. Il s'agit essentiellement de trois aspects, que j'aborderai avec le plus grand soin et brièvement.

36. En premier lieu, je persiste à croire que le domaine naturel et adéquat à l'intérieur duquel il y a lieu d'apprécier les différentes restrictions qui découlent de ce qu'il convient d'appeler, de façon très imprécise, les «actions spécifiques» *(«golden shares»)* est celui de la liberté d'établissement. Dans chacune des hypothèses, ce que l'État mis en cause prétend contrôler en utilisant des pouvoirs d'intervention dans la constitution de la structure de l'actionnariat, dans la cession d'actifs ou dans certains actes de gestion, c'est la formation de la volonté en tant que société des entreprises privatisées (que ce soit par le biais d'interventions dans la composition de l'actionnariat ou par rapport à certains actes d'administration concrets), aspect qui n'a qu'un lointain rapport avec la libre circulation des capitaux visée à l'article 56 CE. Ces pouvoirs peuvent avoir une incidence sur le droit à la liberté d'établissement, le rendant moins intéressant, tant directement, lorsqu'ils portent sur l'accès au capital social, qu'indirectement, en réduisant son attractivité par des restrictions portant sur la capacité de disposition ou de gestion des organes sociaux. Contrairement à ce que la Cour a déclaré [7], la restriction à la libre circulation des capitaux qui en résulte est de nature subsidiaire et non pas nécessaire. Si cela est déjà le cas pour les mesures qui ont une influence sur la structure de l'actionnariat, cela est d'autant plus vrai pour celles qui limitent l'adoption de décisions au sein des sociétés (modification de l'objet social, cession d'actifs). Dans ces dernières hypothèses, le rapport avec la libre circulation des capitaux n'est qu'hypothétique ou très ténu.

Pour le surplus, il appartient à la Cour, afin de conférer un contenu au concept de mouvement des capitaux et des paiements, de recourir aux techniques d'interprétation établies. Il m'apparaît particulièrement inadéquat de se servir des règles de droit dérivé pour rechercher le sens de l'une des libertés fondamentales consacrées par le traité [8]. De même, aux fins de la qualification juridique d'une restriction, la circonstance que l'État mis en cause (ou une partie intervenante!) l'admette ou la réfute [9] n'est pas pertinente.

6 — Boulouis, J., «Nouvelles réflexions à propos du caractère préjudiciel de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales», *Études de droit des Communautés européennes* — Mélanges offerts à Pierre-Henri Teigten, éd. A. Pedone, Paris, 1984, p. 25.

7 — Arrêts précités, Commission/Portugal et France/Portugal, points 56.

8 — Ainsi que l'indique le gouvernement espagnol, il est significatif que la proposition de directive sur les offres publiques d'acquisition se fonde exclusivement sur la disposition du traité qui consacre la liberté d'établissement.

9 — C'est pourtant ce qui se produit aux points 40 et 41 de l'arrêt Commission/Belgique, précité. Afin d'examiner si la réglementation belge constitue une restriction à la libre circulation des capitaux, la Cour se borne à renvoyer, «à titre indicatif», à la directive 88/361 et à constater que le gouvernement défendeur ne s'y oppose pas, en principe, alors que le gouvernement du Royaume-Uni, partie intervenante, admet ce renvoi «dans une certaine mesure». Ces éléments d'appréciation sont à peine pertinents et, en tout état de cause, insuffisants pour fonder une appréciation de cette nature.

Je n'irai pas plus loin dans ce que je considère comme une qualification juridique erronée du prétendu cas d'infraction, qui n'entraîne pas de conséquences majeures, dans la mesure où la Cour apprécie de la même manière les deux libertés communautaires [10].

37. En deuxième lieu, les arrêts du 4 juin 2002, en dépit de l'importance fondamentale que leur confère le texte fondateur de la Communauté, semblent nier toute efficacité pratique à l'article 295 CE, aux termes duquel le traité «ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États membres». D'après lesdits arrêts, cette disposition ne saurait être invoquée pour justifier des entraves aux libertés consacrées par le traité. En réitérant une jurisprudence constante portant sur des faits bien distincts [11], la Cour a rappelé que «cet article n'a pas pour effet de faire échapper les régimes de propriété existant dans les États membres aux règles fondamentales du traité».

La principale difficulté à laquelle je suis confronté en examinant les actions spécifiques («golden shares») était et est encore d'admettre que la participation des pouvoirs publics en tant qu'actionnaires dans des entreprises dans les États membres est, sans plus, conforme au droit communautaire. Ce principe se fonde, ainsi que l'a admis la Commission dans le cadre des trois recours ayant donné lieu aux arrêts du 4 juin 2002, sur le postulat de neutralité consacré à l'article 295 CE. Cependant, il est indubitable que le fait que des entreprises sont détenues par les pouvoirs publics suppose, pour les opérateurs économiques des autres États membres, une restriction manifeste à la liberté d'établissement (ou, si l'on préfère, à la libre circulation des capitaux). Des entraves similaires peuvent résulter de la simple participation d'entités publiques dans des entreprises privées, indépendamment du nombre relatif d'actions détenues. Dans cette dernière hypothèse, d'autres restrictions résulteraient de l'influence que les pouvoirs publics pourraient exercer, par l'entremise de leurs représentants, sur certaines décisions de ces entreprises; ils pourraient ainsi empêcher l'accès aux actionnaires étrangers ou, sous quelque autre forme que ce soit, rendre moins attractif un investissement direct transfrontalier.

Or, étant donné que l'article 295 CE, en instituant *une présomption de légalité*, ne permet pas d'atténuer, en ce qui concerne les régimes de la propriété dans les États membres, la rigueur avec laquelle il convient d'appliquer les règles fondamentales du traité, il y a lieu de justifier, dans chaque cas, la participation de l'État dans les entreprises, conformément à la jurisprudence traditionnelle de la Cour, à savoir celle qu'elle a appliquée dans les arrêts du 4 juin 2002, c'est-à-dire en invoquant une raison impérieuse d'intérêt général et en

10 — Il s'avère pertinent d'envisager l'ensemble des libertés fondamentales sous une même perspective. C'est précisément pour cette raison qu'il eût été souhaitable que, en matière de régimes des entreprises privatisées, la Cour nuance la rigueur avec laquelle elle applique sa jurisprudence relative aux restrictions qui s'appliquent indistinctement, comme elle l'a déjà fait, en ce qui concerne la libre circulation des marchandises, dans son arrêt du 24 novembre 1993, Keck et Mithouard (C-267/91 et C-268/91, Rec. p. I-6097).

11 — À savoir, l'arrêt du 1er juin 1999, Konle (C-302/97, Rec. p. I-3099, point 38).

démontrant que la présence des pouvoirs publics est nécessaire au but poursuivi. Lesdits arrêts signifient ainsi la fin de la libre intervention des pouvoirs publics dans les entreprises, au sens où elle était entendue jusqu'à présent. Je ne suis pas convaincu que la Cour a voulu ce résultat mais une analyse honnête de sa jurisprudence ne permet pas de l'éviter.

En tout état de cause, dans ces arrêts, la Cour s'abstient, sans aucune motivation d'appliquer et de reconnaître la portée de l'article 295 CE, ce qui ne saurait se faire impunément, même au nom des libertés fondamentales, étant donné que, dans l'économie du traité, cet article revêt la même importance que celles-ci.

38. La troisième critique majeure porte sur le bénéfice de l'exception que la Cour octroie dans l'affaire Commission/Belgique, précitée. Pour clarifier mon exposé, je m'intéresserai plus particulièrement aux pouvoirs que les arrêtés royaux des 10 et 16 juin 1994 confèrent au ministre pour lui permettre de s'opposer à la cession, à l'affectation à titre de sûreté ou au changement de la destination des actifs stratégiques.

Le soin apporté à la rédaction de l'arrêt qui a mis fin à cette affaire ne permet pas d'occulter l'absence de différences pertinentes avec le régime français d'opposition à la cession ou à l'affectation à titre de sûreté d'actifs appartenant aux filiales étrangères de la société nationale Elf-Aquitaine. Ce régime a été condamné par la Cour au motif que, en l'absence de «critères objectifs et précis, la réglementation en cause va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre le but indiqué» [12]. Or, en vertu de cette réglementation, le titulaire de l'action spécifique est habilité à s'opposer à la cession ou à l'affectation à titre de sûreté d'actifs susceptibles de porter *atteinte aux intérêts nationaux* [13]. La réglementation belge qui confère au ministre le pouvoir de s'opposer à des opérations de disposition d'actifs stratégiques lorsqu'il considère qu'elles peuvent porter atteinte *aux intérêts nationaux dans le domaine de l'énergie* [14] est à peine plus précise.

39. De même, les différences de procédure entre les deux régimes ne sont pas non plus révélatrices. Ceux-ci prévoient tous deux un contrôle a posteriori et une obligation de notification préalable. Cette affirmation doit être nuancée. Il ne s'agit pas, dans l'absolu, d'un véritable contrôle a posteriori, à l'instar de ceux qui ont une incidence sur la validité d'un acte qui, en lui-même, sort ses effets. Il résulte, au contraire, de l'économie des textes régle-

12 — Arrêt Commission/France, point 53.

13 — Article 1er du décret nº 93-1296, auquel renvoie l'article 2, paragraphe 2, du décret nº 93-1298.

14 — *Curieusement, la Cour déclare au point 51 de l'arrêt Commission/Belgique, précité, que «les interventions du ministre prévues aux articles 3 et 4 des arrêtés royaux des 10 et 16 juin 1994 ne peuvent avoir lieu qu'en cas de mise en cause des objectifs de la politique énergétique».* Cette formulation, plus stricte, ne trouve aucun fondement dans les textes. Ainsi qu'il ressort des points 9 et 10 dudit arrêt, ces arrêtés royaux prévoient, à leur article 3, que le ministre doit s'opposer à la cession ou à la mise en gage de certains actifs lorsqu'il considère que «l'opération porte atteinte aux intérêts nationaux dans le domaine de l'énergie» et ce n'est qu'à l'article 4 desdits arrêtés qu'il est prévu que les représentants du gouvernement peuvent attaquer toute décision du conseil d'administration qu'«ils estiment contraire aux lignes directrices de la politique de l'énergie du pays, en ce compris le objectifs du gouvernement relatifs à l'approvisionnement du pays en énergie».

mentaires nationaux que, aussi longtemps que le ministre ou l'autorité compétente ne se sont pas prononcés, dans le délai maximal dont ils disposent, l'opération de cession ou la décision d'aliénation, même si elles sont juridiquement parfaites, ne peuvent sortir aucun effet. S'il en était autrement, on pourrait éluder le contrôle administratif en procédant rapidement à une nouvelle vente à des tiers, auxquels on ne pourrait plus opposer les pouvoirs spéciaux. Vue sous cet angle, la situation équivaut à celle d'un régime qui soumet les mêmes actes à autorisation administrative préalable, celle-ci étant censée être octroyée à l'expiration d'un certain délai (silence administratif positif).

Ces deux pouvoirs sont assortis de délais relativement brefs (vingt et un jours dans le cas du régime belge; un mois, qui peut être prolongé d'un délai supplémentaire de quinze jours, pour le régime français). Enfin, la Cour a tenu compte de l'argument invoqué par le gouvernement belge, qui trouve un fondement dans le droit administratif commun, selon lequel les interventions du ministre devaient être formellement motivées et étaient susceptibles d'un contrôle juridictionnel effectif. J'ai peine à croire que le régime français n'ait pas prévu de telles garanties.

40. À la lumière de ces éléments, la seule différence notable entre les réglementations nationales résulte de la nature distincte des actifs qui peuvent éventuellement faire l'objet de l'opposition administrative, autrement dit, de leur champ d'application matériel: du côté belge, les canalisations qui constituent d'importantes infrastructures de transport intérieur de produits énergétiques; du côté français, la majorité du capital social de filiales d'Elf-Aquitaine. Quitte à admettre que cette différence a une incidence sur l'appréciation de la restriction, il est évident qu'elle ne saurait en aucune manière influer sur *l'objectivité et la précision des critères d'appréciation.*

L'application concrète de cette jurisprudence aux cas examinés en l'espèce

Affaire Commission/Espagne (C-463/00)

41. En ce qui concerne cette affaire, à la lumière des éléments examinés par la Cour dans ses arrêts du 4 juin 2002, dans les recours dirigés contre la République portugaise et la République française, il se peut que le régime instauré par la loi n° 5/1995 et par ses décrets royaux d'exécution ne soit pas compatible avec les exigences du droit communautaire. L'autorisation administrative préalable, requise tant pour les décisions qui ont une incidence sur la poursuite de l'objet social (dissolution, scission ou fusion de la société; aliénation ou mise en gage de certains actifs essentiels; modification de l'objet social) [15] que pour les opérations qui supposent une certaine

15 — Article 3, paragraphe 1, de la loi n° 5/1995.

modification de la structure de l'actionnariat (réduction de la participation de l'État dans le capital social ou aliénation significative du capital social) [16], n'est soumise à aucune condition, à l'exception d'une mention de la garantie de continuité de l'entreprise dans la fourniture du service, formulée de manière générale dans l'exposé des motifs de la loi nº 5/1995. Il s'avère dès lors douteux que les particuliers puissent avoir une connaissance suffisamment précise de la nature de leurs droits, de sorte que ce régime serait incompatible avec la sécurité juridique.

42. Le résultat n'est pas nécessairement le même si l'on prend le régime belge d'opposition à la cession d'actifs comme critère de comparaison en vue d'apprécier la compatibilité avec le droit communautaire. Comme je l'ai indiqué précédemment, pour rejeter le recours en manquement, la Cour a mis l'accent sur divers aspects: caractère a posteriori de l'intervention, le fait que celle-ci est assortie de délais stricts, nombre limité des décisions qui peuvent faire l'objet d'une intervention, ainsi que les motifs susceptibles d'être invoqués pour opposer le veto, motivation formelle de la décision et contrôle juridictionnel effectif.

43. J'ai déjà expliqué, au moment voulu [17], que le régime belge, apprécié correctement, n'institue pas un contrôle a posteriori, étant donné que la mesure ne sort ses effets juridiques *pratiques* qu'au moment de l'expiration du délai dont dispose le ministre pour marquer son opposition ou jusqu'au moment où il renonce prématurément à le faire. Dans ce sens, il ne se distingue pas tellement du régime espagnol qui, comme le souligne le gouvernement défendeur, est soumis au silence administratif positif.

La différence dans les délais pour faire valoir l'opposition n'est pas non plus décisive: vingt et un jours dans le cas belge; un mois, susceptible d'une prorogation de quinze jours à titre exceptionnel, dans le cas espagnol.

En outre, ainsi que le représentant du gouvernement espagnol l'a déclaré à l'audience sans être contredit par la Commission [18], le refus d'autorisation, en tant qu'acte administratif, doit également être formellement motivé et, à ce titre, est susceptible d'un contrôle juridictionnel efficace. Aucune raison ne laisse penser que ce contrôle est moins efficace en Espagne qu'en Belgique.

Contrairement à ce que soutient la Commission, il n'existe aucun motif suffisant pour douter que le régime espagnol d'autorisation préalable a été instauré dans le

16 — Article 3, paragraphe 2, de la loi nº 5/1995.

17 — Voir point 40 ci-dessus.

18 — Je paraphrase ainsi la formule utilisée au point 51 de l'arrêt Commission/Belgique, précité, même si je ne suis pas convaincu que le simple accord des parties ou l'acquiescement de la partie adverse soit suffisant pour démontrer le contenu du droit national.

but de garantir «la continuité que requiert la prestation du service par l'entreprise» ainsi que cela ressort de façon parfaitement claire de l'exposé des motifs de la loi n° 5/1995. Si, comme le soutient le gouvernement défendeur, on entend par continuité le souci lié à la sécurité de l'approvisionnement, la solidarité économique et sociale et la protection de l'intérêt des consommateurs, il s'ensuit manifestement que le régime répond à une raison impérieuse d'intérêt général, qui ne s'identifie pas avec un objectif uniquement économique. Pour le surplus, je ne pense pas que le régime espagnol présente plus d'imprécisions que le régime belge, qui se contentait de mentionner simplement «des intérêts nationaux dans le domaine de l'énergie» [19].

En définitive, une nouvelle fois, la seule différence notable entre les réglementations belge et espagnole réside dans la nature différente des opérations qui requièrent une autorisation. Force est d'affirmer une fois de plus que, même si le régime espagnol possède un champ d'application matériel plus vaste, étant donné qu'il vise aussi, outre certaines décisions de modification de l'objet social ou de cession d'actifs, l'acquisition de 10 % du capital social, de telles différences de portée ne sauraient en aucune manière avoir une incidence sur *l'objectivité et la précision des critères* auxquels l'autorisation est soumise. Le nombre plus élevé des cas d'application de l'autorisation se justifie par la diversité du but poursuivi.

44. De surcroît, la réglementation espagnole présente une caractéristique particulière qui la distingue de celle des autres cas similaires dont la Cour a été saisie, en l'occurrence, sa nature expressément transitoire. Ainsi, chacun des décrets royaux prévoit une date d'expiration (généralement dix ans après l'événement qui engendre leur application). Cette limite dans le temps confirme qu'il s'agit d'un régime instauré exceptionnellement dans le but d'accompagner un processus de privatisation. Cela semble être en accord avec l'objectif de parvenir à une plus grande ouverture des marchés, sans abandonner complètement les prérogatives des pouvoirs publics dans des domaines qui relèvent de l'économie stratégique. Comme la Cour l'a déclaré, «ne sauraient être niées les préoccupations pouvant, selon les circonstances, justifier que les États 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» [20]. J'ajouterai personnellement que ces préoccupations sont d'autant plus compréhensibles lorsqu'elles sont limitées dans le temps avec précision et visent à prévenir les risques qui découlent

19 — J'insiste sur le fait que, en dépit du libellé du point 51 de l'arrêt Commission/Belgique, précité, qui vise des hypothèses où sont mis en cause des objectifs de la «politique énergétique», ce qui ressort réellement des textes légaux est que le ministre peut s'opposer à toute cession, à toute affectation à titre de sûreté ou à tout changement de la destination de certains actifs stratégiques si cette opération «porte atteinte aux intérêts nationaux dans le domaine de l'énergie» (article 3, paragraphe 1, de l'arrêté royal du 10 juin 1994). Dans un autre domaine, il convient de rappeler que la Commission recourt également à des concepts juridiques indéterminés pour limiter des droits. Elle invoque, notamment, «l'absence d'intérêt communautaire» pour éviter de traiter une plainte relative au droit de la concurrence et restreindre, ainsi, l'accès des particuliers au contrôle administratif et, le cas échéant, juridictionnel.

20 — Voir arrêts précités, Commission/Portugal, point 47; Commission/France, point 43, et Commission/Belgique, point 43.

de ce qui constitue une modification radicale de la structure de l'entreprise dans des secteurs sensibles de l'économie.

45. Compte tenu de la nouveauté qui résulte de la privatisation d'entreprises, dont l'appartenance aux pouvoirs publics ou le contrôle qu'ils y exerçaient avaient semblé légitimes durant de nombreuses années, la diversité des mesures soumises à autorisation se justifie, de même que l'imprécision relative du but qui est poursuivi: la continuité de l'entreprise dans la fourniture du service. Confrontés au caractère imprévisible des difficultés éventuelles, on comprend que les pouvoirs publics ne renoncent pas à une certaine marge de manœuvre. Si, au surplus, on tient compte de la limite dans le temps à laquelle le régime espagnol est soumis, celui-ci ne dépasse pas le seuil de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif qu'il poursuit.

46. Eu égard à l'ensemble de ces considérations, appréciées à la lumière des arrêts du 4 juin 2002 et du principe général de neutralité du droit communautaire par rapport à l'initiative des pouvoirs publics dans le secteurs des entreprises, reconnu à l'article 295 CE, auquel j'ai consacré l'essentiel de mes conclusions du 3 juillet 2001, dans les affaires ayant donné lieu auxdits arrêts (ci-après «conclusions du 3 juillet 2001»), j'estime que les éventuelles restrictions à la libre circulation des capitaux sont proportionnées et adéquates quant à l'objectif qu'elles poursuivent; il convient, dès lors, de rejeter le recours dirigé par la Commission contre le royaume d'Espagne. Une solution identique s'impose en ce qui concerne la liberté d'établissement [21].

Affaire Commission/Royaume-Uni (C-98/01)

47. La situation juridique reflétée dans cette affaire ne semble pas être compatible avec les postulats établis par la jurisprudence que je viens de rappeler dans ce nouveau domaine.

48. En premier lieu, la circonstance que les facultés d'intervention dont disposent les pouvoirs publics émanent des statuts (et non d'un acte normatif) et que le type des actions sans droit de vote assorties de pouvoirs spéciaux est prévu par le droit interne est dénuée d'intérêt. S'il est certain que cette situation s'inscrit pleinement dans la catégorie traditionnelle des «régimes de la propriété», il n'est pas moins vrai, également, que ceux-ci n'échappent pas à l'application des règles fondamentales du traité, sans que la Cour ait opéré de distinction — il n'y avait pas lieu de la faire — selon la nature exacte d'un régime donné. Ce sont les conséquences économiques du régime qui sont décisives aux fins de la qualification de la restriction et non les particularités techniques de chaque réglementation. Dans le cas contraire, il suffirait que, dans le futur, les États mem-

21 — Voir, par analogie, arrêt Commission/Belgique, précité, point 59.

bres transforment leurs prérogatives de droit public en pouvoirs émanant des statuts afin que lesdits pouvoirs ne relèvent pas du traité.

49. En second lieu, le Royaume-Uni a soutenu de façon très convaincante que les pouvoirs que lui confèrent les articles 10 et 40 des statuts de BAA ne constituent pas des restrictions prohibées au motif qu'elles ne limitent pas l'accès au capital social de cette société et qu'elles ne sont pas susceptibles d'une application discriminatoire en fonction de la nationalité. Étant donné qu'elles ne constituent pas des entraves aux libertés fondamentales, il ne serait pas nécessaire de les justifier ni de subordonner leur exercice à des critères précis et objectifs.

En dépit des apparences, la réglementation britannique n'est pas fondamentalement différente de la réglementation française.

50. Aux termes de l'article 10 des statuts de BAA, le titulaire (étatique) de l'action spéciale peut s'opposer à la dissolution de la société, à la dissolution ou à la cession d'une filiale qui détient l'un des aéroports désignés et à la cession totale ou partielle d'un aéroport désigné ou du pouvoir de gérer celui-ci. Ce droit n'est assorti d'aucune condition ni soumis à aucun contrôle juridictionnel, étant donné qu'il s'agit d'un acte de disposition ordinaire du titulaire d'une action. Or, la réglementation française (article 2, paragraphe 3, du décret n° 93-1298) prévoyait la possibilité d'opposer un veto à des décisions de cession ou d'affectation à titre de garantie des actifs et la Cour a considéré qu'un pouvoir discrétionnaire de cette ampleur «quant au contrôle de l'identité des détenteurs des actifs des sociétés filiales» était incompatible avec le traité. Le gouvernement britannique a fait valoir qu'il n'interprète pas ledit article 10 au sens où il lui permettrait de refuser l'autorisation en fonction de l'identité de l'acquéreur ou du cessionnaire, mais seulement quant à l'opportunité d'effectuer l'opération de cession.

Cette allégation est dénuée de pertinence, étant donné que cette précision n'est pas prévue dans les textes légaux et que le pouvoir en cause n'est pas davantage accompagné des mesures nécessaires en vue de garantir son respect.

51. L'article 40 des statuts de BAA limite en pratique la participation de toute personne à 15 % du capital social auquel sont attachés des droits de vote. En se fondant sur cette proportion, le gouvernement défendeur soutient que l'accès au marché n'est pas entravé. Dans le cas français (article 2, paragraphe 1, du décret n° 93-1298), l'autorisation était requise dès le franchissement à la hausse du

dixième, du cinquième ou du tiers du capital ou des droits de vote. Je ne pense que cette différence de 5 % au minimum doive induire des appréciations distinctes. De surcroît, s'il est vrai que, au Royaume-Uni, le régime s'applique automatiquement et jamais intuitu personae, il n'en est pas moins vrai également que le titulaire de l'action spéciale peut, à tout moment, renoncer à celle-ci ou accepter une modification des statuts afin de permettre à un investisseur donné d'acquérir une proportion plus élevée du capital social, sans que cette opération puisse faire l'objet d'un contrôle juridictionnel.

52. Étant donné que le régime britannique n'offre aucune des garanties dont la Cour a tenu compte en examinant la réglementation belge, notamment le fait qu'elle était soumise à des critères objectifs qui pouvaient faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, il n'y a pas lieu d'appliquer, par analogie, la solution adoptée dans l'arrêt Commission/Belgique, précité.

53. Dans ces conditions, conformément aux arrêts du 4 juin 2002, il y a lieu de considérer que le régime instauré par les articles 10 et 40 des statuts de BAA est contraire à la libre circulation des capitaux, sans qu'il soit nécessaire d'examiner séparément les mesures en cause à la lumière des règles du traité relatives à la liberté d'établissement [22].

22 — Arrêts précités, Commission/Portugal et Commission/France, points 56.

La solution en adéquation avec le postulat de l'article 295 CE

54. Pour les motifs que j'ai exposés dans mes conclusions du 3 juillet 2002 et que j'invite la Cour à réexaminer, je reste cependant convaincu qu'un régime présentant ces caractéristiques est, en toute hypothèse, couvert par le principe de neutralité consacré à l'article 295 CE. Seule une interprétation pondérée et correcte de cette disposition permet de remédier à l'incohérence qui résulte, d'une part, du fait de condamner un État membre qui, tout en conservant certaines prérogatives, a accepté de se séparer de sa participation dans le capital social de certaines entreprises stratégiques, facilitant ainsi l'interpénétration des marchés nationaux voulue par les traités et tolérer, d'autre part, en l'absence de la moindre justification, qu'un autre État membre empêche ou puisse restreindre cette intégration par la propriété publique de ces mêmes entreprises.

55. La Cour déclare dans ses arrêts du 4 juin 2002 que l'article 295 CE, qui prescrit de façon catégorique que le traité «ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États membres», n'a pas pour effet de le faire échapper à l'application des règles fondamentales du traité. Le principe réitéré ainsi sans d'autres précisions équivaut à une pétition de principe, dont la conséquence pratique est de priver d'effet une disposition qui revêt une importance

capitale, que les auteurs du traité avaient tenu à souligner [23].

56. Il ressort d'une analyse historique et téléologique que l'expression «régime de la propriété» qui figure à l'article 295 CE ne renvoie pas à l'ordre civil des relations patrimoniales mais bien au faisceau idéal de règles de toute nature, issues aussi bien du droit privé que du droit public, qui sont susceptibles de conférer le contrôle économique d'une entreprise, c'est-à-dire qui permettent à celui qui le possède d'exercer une influence décisive sur la définition et l'exécution de tous ses objectifs économiques ou de certains d'entre eux. Parallèlement, il appert de l'interprétation finaliste que la distinction entre entreprises publiques et privées, aux fins du traité, ne peut pas être fondée sur la simple composition de son actionnariat, mais dépend de la possibilité qu'a l'État d'imposer certains objectifs de politique économique, distincts de la recherche du profit maximal qui caractérise l'activité privée.

57. En définitive, le respect du régime de la propriété dans les États membres qui est consacré par l'article 295 CE, doit s'étendre à toute mesure qui, par le biais de l'intervention dans le secteur public, au sens économique du terme, permet à l'État de contribuer à façonner l'activité économique de la nation. Il suppose, en revanche, que les mesures litigieuses ne peuvent pas être considérées *en soi* comme étant incompatibles avec le traité; elles sont, si l'on veut, couvertes par la présomption de validité que leur confère la légitimité de l'article 295 CE.

À cet effet, il est particulièrement éclairant que la réserve énoncée à l'article 295 CE soit formulée comme une interdiction de «préjuger». Si le traité «ne préjuge en rien», cela veut dire, à tout le moins, qu'une mesure nationale affectant le régime d'adoption de décisions dans le secteur public doit être considérée comme étant compatible avec le traité *jusqu'à preuve du contraire*. Or, préjuger, c'est précisément supposer qu'une mesure non discriminatoire en soi va être utilisée d'une manière discriminatoire que rien ne justifie.

58. Sur la base de ces éléments, je parviens, en ce qui concerne le recours dirigé contre le royaume d'Espagne, à la même solution de rejet que celle qui semble s'imposer à la lumière des arrêts du 4 juin 2002.

La réglementation britannique pourrait également jouir de cette présomption de légalité si elle prévoyait l'obligation, pour le gouvernement du Royaume-Uni, d'adopter des décisions motivées dans l'exercice des pouvoirs que lui confère l'action spéciale et que ces décisions soient susceptibles de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. En l'absence de telles garanties, le régime instauré dans BAA n'est pas conforme aux exigences du traité.

23 — Eu égard à la position qu'il occupe, au caractère péremptoire et inconditionnel de son contenu et au fait qu'il puise son autorité directement dans la déclaration Schuman du 9 mai 1950, comme je l'ai démontré dans mes conclusions du 3 juillet 2001.

VI — Dépens

59. Dans l'affaire Commission/Espagne (C-463/00), la requérante doit être condamnée aux dépens, conformément à l'article 69, paragraphe 2, du règlement de procédure.

60. Dans l'affaire Commission/Royaume Uni (C-98/01), l'État défendeur doit être condamné aux dépens, selon les critères établis par la jurisprudence.

61. La partie intervenante supportera ses propres dépens, conformément à l'article 69, paragraphe 4, du règlement de procédure.

VII — Conclusion

62. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, je propose à la Cour:

— de rejeter le recours dirigé contre le Royaume d'Espagne et condamner la Commission des Communautés européennes aux dépens. Le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, partie intervenante, supportera ses propres dépens;

— d'accueillir le recours dirigé contre le Royaume-Uni, et condamner l'État défendeur aux dépens.