

ARRÊT DE LA COUR (première chambre)

11 novembre 2010 (*)

«Manquement d'État – Articles 56 CE et 43 CE – Libre circulation des capitaux – Actions privilégiées («golden shares») détenues par l'État portugais dans EDP – Energias de Portugal – Restrictions à l'acquisition de participations et intervention dans la gestion d'une société privatisée»

Dans l'affaire C-543/08,

ayant pour objet un recours en manquement au titre de l'article 226 CE, introduit le 4 décembre 2008,

Commission européenne, représentée par MM. G. Braun et P. Guerra e Andrade ainsi que par M^{me} M. Teles Romão, en qualité d'agents, ayant élu domicile à Luxembourg,

partie requérante,

contre

République portugaise, représentée par M. L. Inez Fernandes, assisté de M^{es} C. Botelho Moniz et P. Gouveia e Melo, advogados,

partie défenderesse,

LA COUR (première chambre),

composée de M. A. Tizzano, président de chambre, MM. A. Borg Barthet, M. Ilešič, M. Safjan et M^{me} M. Berger (rapporteur), juges,

avocat général: M. P. Cruz Villalón,

greffier: M^{me} M. Ferreira, administrateur principal,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 22 avril 2010,

vu la décision prise, l'avocat général entendu, de juger l'affaire sans conclusions,

rend le présent

Arrêt

- 1 Par sa requête, la Commission des Communautés européennes demande à la Cour de constater que, en maintenant des droits spéciaux en faveur de l'État portugais dans EDP – Energias de Portugal (ci-après «EDP»), attribués en liaison avec des actions privilégiées («golden shares») détenues par cet État, la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 56 CE et 43 CE.

Le cadre juridique

La réglementation nationale

- 2 L'article 13, paragraphe 2, de la loi n° 11/90, portant loi-cadre relative aux privatisations (Lei n.º 11/90, Lei Quadro das Privatizações), du 5 avril 1990 (*Diário da República* I, série-A, n° 80, du 5 avril 1990, ci-

après la «LQP»), prévoit:

«Dans les reprivatisations réalisées par mise en concurrence publique, offre sur la bourse de valeurs ou souscription publique, aucune entité, physique ou morale, ne peut acquérir ou souscrire plus qu'un pourcentage déterminé du capital devant être reprivatisé, pourcentage qui est lui aussi défini dans le texte visé à l'article 4, paragraphe 1, sous peine, en fonction de ce qui sera prévu, de vente forcée des actions dépassant cette limite, de perte du droit de vote conféré par ces actions ou encore de nullité.»

- 3 À cet égard, les décrets-lois d'exécution relatifs à la reprivatisation d'EDP, notamment les décrets-lois n° 78-A/97, du 7 avril 1997, approuvant la première phase du processus de reprivatisation du capital social d'EDP – Électricité du Portugal SA (*Diário da República* I, série-A, n° 81, du 7 avril 1997), n° 94-C/98, du 17 avril 1998, approuvant la troisième phase du processus de reprivatisation du capital social d'EDP – Électricité du Portugal SA (*Diário da República* I, série-A, n° 90, du 17 avril 1998), et n° 141/2000, du 15 juillet 2000, approuvant la quatrième phase du processus de reprivatisation du capital social d'EDP – Électricité du Portugal SA (*Diário da República* I, série-A, n° 162, du 15 juillet 2000), prévoient, à leurs articles 9, paragraphe 1, respectifs:

«Aucune entité, physique ou morale, ne peut acquérir, dans le cadre des opérations prévues dans le présent décret-loi, des actions représentant une fraction du capital social d'EDP supérieure à 5 % et sont réduites à cette limite les propositions d'acquisitions qui excèdent celle-ci.»

- 4 Aux termes de l'article 384, paragraphe 2, du code des sociétés commerciales portugais (ci-après le «CSC»), les statuts de ces sociétés peuvent:

- a) prévoir qu'à tel nombre d'actions correspond une voix seulement, dès lors que toutes les actions émises par la société sont prises en compte et qu'il y a au moins une voix pour chaque 1 000 euros de capital;
- b) prévoir que les voix excédant tel nombre ne sont pas comptées, si elles sont exprimées par un seul actionnaire, en son nom personnel ou également comme représentant d'un autre actionnaire.»

- 5 Le paragraphe 3 du même article 384 prévoit:

«La limitation du nombre de voix permise au paragraphe précédent, sous b), peut être établie pour toutes les actions ou uniquement pour des actions d'une ou de plusieurs catégories, mais non pour des actionnaires déterminés.»

- 6 L'article 15, paragraphe 3, de la LQP prévoit la possibilité de créer des actions privilégiées dans les termes suivants:

«L'acte visé à l'article 4, paragraphe 1, [approuvant les statuts de l'entreprise à privatiser ou à transformer en société anonyme], peut en outre prévoir à titre exceptionnel, lorsque des raisons d'intérêt national l'exigent, l'existence d'actions privilégiées destinées à rester la propriété de l'État et qui, indépendamment de leur nombre, lui donnent un droit de veto sur les modifications statutaires et d'autres délibérations portant sur un domaine déterminé, dûment spécifié dans les statuts.»

- 7 L'article 13, paragraphe 1, du décret-loi n° 141/2000 prévoit à l'égard des pouvoirs spéciaux de l'État:

«Tant que l'État sera actionnaire de la société, indépendamment du nombre d'actions dont il sera titulaire et qu'il le soit directement ou indirectement, par l'intermédiaire d'entités publiques au sens de l'article 1, paragraphe 2, sous c), de la loi n° 71/88, du 24 mai 1988, les délibérations de l'assemblée générale indiquées ci-dessous ne seront considérées comme adoptées que si elles obtiennent le vote favorable de l'État:

- a) délibérations sur la modification des statuts, y compris l'augmentation de capital, la fusion, la scission et la dissolution;
- b) délibérations sur la conclusion de contrats de groupe paritaire et de subordination;
- c) délibérations sur la suppression ou la limitation du droit de préférence des actionnaires dans les augmentations de capital.»

- 8 L'article 15, paragraphe 1, de la LQP dispose:

«À titre exceptionnel, et dès lors que des raisons d'intérêt national l'exigent, l'acte portant adoption des statuts de l'entreprise à reprivatise peut prévoir, pour sauvegarder l'intérêt général, que les délibérations portant sur des matières déterminées devront être entérinées par un administrateur nommé par l'État.»

9 L'article 13, paragraphes 2 et 3, du décret-loi n° 141/2000 prévoit en ce qui concerne les pouvoirs spéciaux de l'État:

«2. Tant qu'il sera actionnaire de la société, au sens visé au paragraphe précédent, l'État, s'il vote contre la proposition victorieuse lors de l'élection des administrateurs, jouira encore du droit de désigner un administrateur, lequel remplacera automatiquement la personne qui a reçu le moins de votes sur la liste victorieuse ou, en cas d'égalité de voix, celle qui figure en dernière position sur cette même liste.

3. Le droit accordé à l'État au paragraphe précédent prime les droits similaires accordés aux actionnaires minoritaires par l'article 392 du [CSC].»

10 L'article 10 du décret-loi n° 218-A/2004, du 25 octobre 2004, approuvant la cinquième phase du processus de reprivatise du capital social d'EDP – Électricité du Portugal SA (*Diário da República I*, série-A, n° 251, du 25 octobre 2004), et l'article 6 du décret-loi n° 209-A/2005, du 2 décembre 2005, approuvant la sixième phase du processus de reprivatise du capital social d'EDP – Énergies du Portugal SA (*Diário da República I*, série-A, n° 231, du 2 décembre 2005), maintenaient expressément en vigueur les droits spéciaux de l'État portugais.

Les statuts d'EDP

11 L'article 4, paragraphe 4, des statuts d'EDP prévoit:

«Les actions de catégorie B sont les actions à reprivatise et ont comme seul privilège le fait que les actionnaires qui en sont titulaires, ou qui le représentent, ne sont pas visés par la limitation du nombre de voix prévue à l'article 14, paragraphes 3 et suivants, par référence à ces mêmes actions.»

12 L'article 14, paragraphes 2 et 3, desdits statuts énonce:

«2. Chaque action donne droit à une voix.

3. Il ne sera pas tenu compte des voix relevant de la catégorie A, exprimées par un actionnaire, en son nom propre ou comme représentant d'un autre actionnaire, qui dépassent 5 % du total des voix correspondant au capital social.»

13 L'article 17, paragraphe 2, des mêmes statuts est libellé comme suit:

«L'approbation du plan stratégique de la société et la réalisation, par la société ou par des sociétés dominées par EDP, des opérations indiquées ci-après doit recueillir un avis favorable du conseil de surveillance:

- a) acquisitions et aliénations de biens, de droits ou de parts sociales d'une valeur économique significative;
- b) recours à des financements d'une valeur significative;
- c) ouverture ou clôture d'établissements ou de parties importantes d'établissements et extensions ou réductions importantes de l'activité;
- d) autres affaires ou opérations d'une valeur économique ou stratégique significative;
- e) établissement ou cessation de partenariats stratégiques ou d'autres formes de coopération durable;
- f) projets de scission, de fusion ou de transformation;
- g) modifications des statuts, y compris le changement de siège ou l'augmentation de capital, lorsqu'ils ont lieu à l'initiative du conseil d'administration exécutif.»

Les antécédents du litige et la procédure précontentieuse

- 14 Depuis le début des années 90, le secteur de l'électricité portugais a fait l'objet d'un vaste processus de restructuration. Dans ce cadre, EDP, qui a été créée en 1976 comme une entreprise publique par le décret-loi n° 502/76, du 30 juin 1976 (*Diário da República I*, série-A, n° 151, du 30 juin 1976), a été transformée en société anonyme en 1991. Par la suite, l'État portugais a procédé à la reprivatisation de cette entreprise selon un processus qui a été mis en œuvre en plusieurs phases. Actuellement, selon la République portugaise, l'État détient 25,73 % du capital social d'EDP au moyen de Párpública – Participações Públicas SGPS SA et de Caixa Geral de Depósitos SA.
- 15 EDP est le concessionnaire principal de l'activité de distribution d'électricité au Portugal, ainsi que de l'activité d'entreprise de vente de dernier recours, et elle est également présente sur le segment des activités de distribution et de fourniture de gaz naturel dans la région du Grand Porto, par l'intermédiaire de sa filiale EDP Gás SA.
- 16 Le 18 octobre 2006, la Commission a adressé à la République portugaise une lettre de mise en demeure par laquelle elle lui reprochait d'avoir méconnu les obligations qui lui incombaient en vertu des articles 43 CE et 56 CE du fait de la détention par l'État et d'autres actionnaires publics d'actions privilégiées assorties de droits spéciaux dans le capital d'EDP, notamment le droit de veto à l'égard de certaines délibérations de l'assemblée générale des actionnaires de cette société et le droit de désigner un administrateur, dans le cas où l'État a voté contre la proposition victorieuse lors de l'élection des administrateurs, ainsi que l'exemption de l'État du plafond de vote de 5 % prévue en ce qui concerne l'émission des votes.
- 17 Estimant insuffisante la réponse fournie le 18 décembre 2006 par la République portugaise, la Commission a, le 29 juillet 2007, émis un avis motivé réitérant les termes de ladite mise en demeure et invitant cet État membre à se conformer à cet avis dans un délai de deux mois à compter de la réception de celui-ci.
- 18 Les autorités portugaises ont répondu audit avis motivé par lettre du 30 octobre 2007. N'étant pas satisfaite de cette réponse, la Commission a décidé d'introduire le présent recours.

Sur la recevabilité du recours

Argumentation des parties

- 19 Dans son mémoire en duplique, la République portugaise soutient que le recours est partiellement irrecevable dans la mesure où, dans son mémoire en réplique, la Commission a invoqué un argument juridique nouveau qui consiste à soutenir que l'administrateur visé à l'article 13, paragraphe 1, du décret-loi n° 141/2000 a le pouvoir de confirmer les délibérations de l'assemblée générale d'EDP conformément à l'article 15 de la LQP, ce qui revient à introduire, à ce stade avancé de la procédure, un grief nouveau concernant le manquement de cet État membre, grief qui devrait être déclaré irrecevable.

Appréciation de la Cour

- 20 À cet égard, il y a lieu de rappeler d'emblée qu'une partie ne peut, en cours d'instance, modifier l'objet même du litige et que le bien-fondé du recours doit être examiné uniquement au regard des conclusions contenues dans la requête introductive d'instance (voir, notamment, arrêts du 25 septembre 1979, Commission/France, 232/78, Rec. p. 2729, point 3; du 6 avril 2000, Commission/France, C-256/98, Rec. p. I-2487, point 31, et du 4 mai 2006, Commission/Royaume-Uni, C-508/03, Rec. p. I-3969, point 61).
- 21 Par ailleurs, en vertu de l'article 21 du statut de la Cour de justice de l'Union européenne et de l'article 38, paragraphe 1, sous c), du règlement de procédure de cette dernière, la Commission est tenue, dans toute requête déposée au titre de l'article 258 TFUE, d'indiquer les griefs précis sur lesquels la Cour est appelée à se prononcer ainsi que, de manière à tout le moins sommaire, les éléments de droit et de fait sur lesquels ces griefs sont fondés (voir, en ce sens, arrêts du 31 mars 1992, Commission/Danemark, C-52/90, Rec. p. I-2187, point 17; Commission/Royaume-Uni, précité, point 62, et du 3 juin 2010, Commission/Espagne, C-487/08, non encore publié au Recueil, point 71).
- 22 En l'espèce, il convient de constater que la Commission a, dans les conclusions de la requête introductive d'instance, clairement indiqué qu'elle reprochait à la République portugaise la détention, par l'État portugais et d'autres actionnaires publics, d'actions privilégiées assorties de droits spéciaux dans le capital social d'EDP, à savoir le droit de veto à l'égard de certaines délibérations de la société, le droit de désigner un administrateur lorsque l'État vote contre la proposition victorieuse lors de l'élection des administrateurs ainsi que l'exemption du plafond de vote de 5 % prévue en ce qui concerne l'émission des votes. En invoquant également les obligations des États membres résultant des articles 43 CE et 56 CE, auxquelles la République portugaise ne se serait pas conformée, la Commission a ainsi défini en des termes suffisamment

précis l'objet du litige.

- 23 Il est vrai que ce n'est que dans son mémoire en réplique que la Commission s'est fondée pour la première fois sur l'article 15, paragraphe 1, de la LQP et le droit prévu à cette disposition. Cependant, il ressort du dossier que, contrairement aux allégations de la République portugaise, la Commission n'a pas considéré, dans sa réplique, que l'État portugais détenait un nouveau pouvoir spécial, mais elle a fait référence, à titre d'argument supplémentaire tendant à illustrer le bien-fondé de son grief, à un autre droit dont bénéficie cet État. Dès lors, le fait que la Commission a détaillé un grief qu'elle avait déjà fait valoir de manière plus générale dans la requête n'a pas modifié l'objet du manquement allégué et n'a donc eu aucune incidence sur la portée du litige (voir arrêts du 27 novembre 2003, Commission/Finlande, C-185/00, Rec. p. I-14189, points 84 à 87, et du 8 juillet 2010, Commission/Portugal, C-171/08, non encore publié au Recueil, point 29).
- 24 Eu égard à ce qui précède, il convient de rejeter l'exception d'irrecevabilité soulevée par la République portugaise.

Sur le fond

Sur l'existence de restrictions

Argumentation des parties

- 25 La Commission fait valoir, en premier lieu, que la création d'actions privilégiées dans le capital social d'EDP ne découlerait pas d'une application normale du droit des sociétés et constituerait donc une mesure étatique tombant dans le champ d'application des articles 56 CE et 43, paragraphe 1, CE.
- 26 La Commission soutient à cet égard que les droits spéciaux attachés à de telles actions doivent être considérés comme des actes accomplis dans l'exercice de la puissance publique et non pas comme des actes à caractère privé. En effet, le droit de veto et le droit de désigner un administrateur sont prévus par la loi et sont directement applicables. Indépendamment du nombre d'actions qu'il détient, que ce soit directement ou indirectement, l'État portugais peut exercer lesdits droits spéciaux qui l'emportent sur les droits spéciaux des actionnaires minoritaires. Quant au plafond de vote, son caractère de mesure étatique découle, selon la Commission, du fait que l'État, d'une part, a inséré dans les statuts d'EDP la disposition qui a fixé le plafond de vote pour chaque actionnaire en s'octroyant pour lui-même une exemption et, d'autre part, a établi, par la suite et au moyen d'une loi, le droit spécifique de veto qui vise les délibérations portant modification desdits statuts.
- 27 S'agissant des restrictions prohibées par les articles 56 CE et 43 CE, la Commission estime, en ce qui concerne le droit de veto, que celui-ci restreint et limite le droit des actionnaires de participer effectivement à la gestion et au contrôle d'EDP au prorata de la valeur des actions qu'ils détiennent, en privant ces derniers du pouvoir de prendre des décisions de gestion stratégiques et de décider des changements de propriété de l'entreprise. De surcroît, ce droit restreint également la libre circulation des capitaux et la liberté d'établissement dans la mesure où il est susceptible d'affecter des investissements effectués dans l'intention de réaliser un investissement financier et est de nature à dissuader les investisseurs d'autres États membres d'effectuer de tels investissements.
- 28 La Commission soutient, en second lieu, que le droit de veto inhérent aux actions privilégiées de l'État portugais s'analyse comme un système d'autorisation et donc comme un régime qui restreint la liberté d'établissement. La LQP ne contient aucun critère relatif à l'exercice du droit de veto, alors que la Commission considère qu'un tel système devrait être fondé sur des critères objectifs et connus à l'avance des entreprises concernées.
- 29 À l'égard du droit de l'État de désigner un administrateur, la Commission estime qu'il constitue également une restriction contraire aux articles 56 CE et 43 CE, dans la mesure où il représente une entrave à l'investissement direct, puisque ce droit spécifique est dérogatoire au droit commun des sociétés dès lors qu'il est prévu au seul bénéfice des actionnaires publics par une mesure législative nationale. L'argument de la République portugaise selon lequel, en vertu d'une interprétation actualisée du CSC, le droit de l'État de désigner un administrateur ne devrait pas, en fin de compte, être compris comme tel, mais devrait être entendu comme le droit de désigner un membre du conseil général et de surveillance (ci-après le «CGS») et donc un surveillant, est rejeté par la Commission. À ce sujet, celle-ci invoque l'article 17, paragraphe 2, des statuts d'EDP, selon lequel les décisions stratégiques importantes et les modifications de ces statuts sont, en tout état de cause, soumises à l'avis favorable préalable du CGS.

- 30 À l'égard de la limitation du nombre de voix dont disposent les actionnaires ordinaires à 5 % du capital social d'EDP, limitation qui n'est pas applicable aux actions privilégiées détenues par l'État portugais, la Commission considère qu'une telle réglementation restreint la possibilité de participer effectivement à la gestion d'une entreprise ou à son contrôle et peut dissuader les investisseurs d'autres États membres d'acquérir des participations dans l'entreprise concernée.
- 31 La République portugaise conteste l'intégralité du manquement allégué en faisant valoir, tout d'abord, que les dispositions nationales en cause ne relèvent pas du champ d'application des articles 43 CE et 56 CE, dès lors qu'elles n'ont ni pour effet ni pour objet de constituer un obstacle direct et substantiel à l'entrée d'investisseurs directs ou d'investisseurs de portefeuille dans le capital social d'EDP. En effet, les droits spéciaux dont bénéficie l'État portugais ne conditionneraient ni directement ni substantiellement l'accès à l'investissement dans cette société et ils n'auraient donc pas pour effet de décourager l'investissement de portefeuille ni les investissements directs réalisés par des investisseurs ou des entreprises, qu'ils soient nationaux ou étrangers. Par ailleurs, la Commission ne présentant aucune analyse des effets de tels droits spéciaux sur les décisions des investisseurs établis dans l'Union européenne et sur les incitations qui leur sont destinées, cette institution n'aurait donc pas apporté la preuve qui lui incombe en vertu de l'article 226 CE.
- 32 Ensuite, les autorités portugaises estiment que la portée de la notion de «mesure restrictive» à la libre circulation des capitaux et au droit d'établissement doit être précisée puisque les mesures nationales indistinctement applicables aux investisseurs nationaux et aux investisseurs d'autres États membres ne peuvent constituer des mesures restrictives au regard des articles 43 CE et 56 CE que si elles conditionnent directement et substantiellement l'accès des investisseurs au marché. Cet État membre invite dès lors la Cour à interpréter la notion de «restriction» à la libre circulation des capitaux et au droit d'établissement à la lumière de l'arrêt du 24 novembre 1993, Keck et Mithouard (C-267/91 et C-268/91, Rec. p. I-6097), relatif aux modalités de vente concernant la liberté de circulation des marchandises.
- 33 Quant au caractère de mesure étatique du plafond de vote de 5 %, disposition figurant dans les statuts d'EDP, la République portugaise soutient que celui-ci constitue non pas une mesure étatique, mais un acte de droit privé qui ne relève pas du champ d'application des articles 43 CE et 56 CE.
- 34 Enfin, la République portugaise conteste l'analyse de la Commission relative au droit de veto, selon laquelle ce droit spécial constituerait un système d'autorisation préalable qui restreint et limite le droit des actionnaires de participer effectivement à la gestion et au contrôle de la société au prorata de la valeur des actions détenues par ces derniers ou de prendre des décisions de gestion stratégiques. Les dispositions nationales en cause ne confèreraient à l'État portugais, dans le strict respect de l'intérêt public de la protection de la sécurité de l'approvisionnement énergétique du pays, que le droit de veto à l'égard des délibérations de l'assemblée générale qui modifieraient de manière fondamentale la structure d'EDP et qui, pour cette raison, compromettraient ladite sécurité. Partant, ce droit ne priverait pas les actionnaires du pouvoir de prendre des décisions de gestion stratégiques.
- 35 À l'égard du droit de l'État portugais de nommer un administrateur, la République portugaise souligne le fait que, à la suite d'une révision du CSC en 2006, ce droit doit être entendu comme la possibilité de nommer un membre du CGS et non un administrateur comme le considère la Commission de manière erronée. En réalité, dès lors qu'un unique représentant et un seul vote dans un organe collégial de surveillance comme le CGS est attribué à l'État, ce dernier ne bénéficie donc pas d'une influence déterminante dans l'organe d'administration d'EDP et ne limite donc pas la participation effective des autres actionnaires à la gestion ou au contrôle de cette société. En tout état de cause, selon cet État membre, ce droit n'est pas susceptible d'avoir un quelconque impact sur l'intérêt des entreprises nationales ou établies dans d'autres États membres à acquérir des participations financières ou qualifiées dans le capital social d'EDP.
- 36 En réponse aux arguments présentés dans le mémoire en défense de la République portugaise, la Commission fait valoir, en se référant à l'arrêt du 13 mai 2003, Commission/Espagne (C-463/00, Rec. p. I-4581), que l'application de la jurisprudence consacrée par l'arrêt Keck et Mithouard, précité, ne s'impose pas.
- 37 La République portugaise estime d'ailleurs, dans son mémoire en duplique, que les dispositions nationales en cause dans le présent recours doivent être analysées exclusivement à la lumière de l'article 43 CE et non au regard de l'article 56 CE. En se référant à l'arrêt du 26 mars 2009, Commission/Italie (C-326/07, Rec. p. I-2291), elle considère que les droits spéciaux dont bénéficie l'État sont susceptibles de ne concerner que les actionnaires qui disposent d'une part du capital social d'EDP leur donnant une influence certaine sur la gestion de la société. À supposer que les dispositions en question puissent avoir un effet restrictif sur la libre circulation des capitaux, ce que cet État membre conteste, ce dernier fait valoir que cet

effet est hypothétique ainsi que très ténu et que, en tout état de cause, il ne serait que la conséquence inéluctable d'une éventuelle entrave à la liberté d'établissement et ne justifierait pas un examen autonome des dispositions nationales en cause au regard de l'article 56 CE.

- 38 En outre, la République portugaise soutient que la Commission, en ne procédant à aucune analyse des dites dispositions nationales au regard des arguments présentés par l'État portugais sur le fondement de l'article 86, paragraphe 2, CE, a manqué gravement à l'obligation concernant la charge de la preuve qui lui incombe dans le cadre des articles 226 CE et 86, paragraphe 2, CE.

Appréciation de la Cour

- Sur l'applicabilité des articles 56 CE et 43 CE

- 39 La Commission estime que le manquement reproché doit être examiné au regard tant de l'article 56 CE, relatif à la libre circulation des capitaux, que de l'article 43 CE, concernant la liberté d'établissement. En revanche, la République portugaise considère que les dispositions nationales en cause dans le présent recours doivent être analysées exclusivement à la lumière de l'article 43 CE et non au regard de l'article 56 CE.

- 40 Quant à la question de savoir si une législation nationale relève de l'une ou de l'autre de ces libertés fondamentales, il résulte d'une jurisprudence bien établie qu'il y a lieu de prendre en compte l'objet de la législation en cause (voir, notamment, arrêts du 24 mai 2007, *Holböck*, C-157/05, Rec. p. I-4051, point 22, et *Commission/Italie*, précité, point 33).

- 41 Relèvent du champ d'application matériel des dispositions de l'article 43 CE, relatif à la liberté d'établissement, les dispositions nationales qui trouvent à s'appliquer à la détention par un ressortissant d'un État membre, dans le capital d'une société établie dans un autre État membre, d'une participation lui permettant d'exercer une influence certaine sur les décisions de cette société et d'en déterminer les activités (voir, notamment, arrêts du 13 avril 2000, *Baars*, C-251/98, Rec. p. I-2787, point 22, et *Commission/Italie*, précité, point 34).

- 42 Relèvent des dispositions de l'article 56 CE, relatif à la libre circulation des capitaux, notamment les investissements directs, à savoir les investissements de toute nature auxquels procèdent les personnes physiques ou morales et qui servent à créer ou à maintenir des relations durables et directes entre le bailleur de fonds et la société à qui ces fonds sont destinés en vue de l'exercice d'une activité économique. Cet objectif présuppose que les actions détenues par l'actionnaire donnent à celui-ci la possibilité de participer effectivement à la gestion de cette société ou à son contrôle (voir, notamment, arrêts du 23 octobre 2007, *Commission/Allemagne*, C-112/05, Rec. p. I-8995, point 18 et jurisprudence citée, ainsi que *Commission/Italie*, précité, point 35).

- 43 Une législation nationale qui n'a pas vocation à s'appliquer aux seules participations permettant d'exercer une influence certaine sur les décisions d'une société et d'en déterminer les activités, mais qui s'applique indépendamment de l'ampleur de la participation qu'un actionnaire détient dans une société est susceptible de relever aussi bien de l'article 43 CE que de l'article 56 CE (arrêt *Commission/Italie*, précité, point 36).

- 44 Force est de constater que, dans le présent recours en manquement, il n'est pas exclu que les dispositions nationales en cause affectent tous les actionnaires ainsi que les investisseurs potentiels et pas uniquement les actionnaires en mesure d'exercer une influence certaine sur la gestion et le contrôle d'EDP. Dès lors, il y a lieu d'examiner les dispositions litigieuses sous l'angle des articles 56 CE et 43 CE.

- Sur le manquement aux obligations résultant de l'article 56 CE

- 45 À titre liminaire, il y a lieu de rappeler que, selon une jurisprudence constante, l'article 56, paragraphe 1, CE interdit de manière générale les restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres (voir, notamment, arrêts du 28 septembre 2006, *Commission/Pays-Bas*, C-282/04 et C-283/04, Rec. p. I-9141, point 18 et jurisprudence citée; *Commission/Allemagne*, précité, point 17, ainsi que *Commission/Portugal*, précité, point 48).

- 46 En l'absence, dans le traité CE, de définition de la notion de «mouvements de capitaux» au sens de l'article 56, paragraphe 1, CE, la Cour a reconnu une valeur indicative à la nomenclature des mouvements de capitaux figurant à 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 [article abrogé par le traité d'Amsterdam] (JO L 178, p. 5). Ainsi, la Cour a jugé que constituent des mouvements de capitaux au sens de l'article 56, paragraphe 1, CE, notamment, les investissements dits «directs», à savoir les investissements sous forme de participation à une entreprise

par la détention d'actions qui confère la possibilité de participer effectivement à sa gestion et à son contrôle, ainsi que les investissements dits «de portefeuille», à savoir les investissements sous forme d'acquisition de titres sur le marché des capitaux effectuée dans la seule intention de réaliser un placement financier sans intention d'influer sur la gestion et le contrôle de l'entreprise (voir arrêts précités Commission/Pays-Bas, point 19 et jurisprudence citée; Commission/Allemagne, point 18, ainsi que Commission/Portugal, point 49).

- 47 S'agissant de ces deux formes d'investissements, la Cour a précisé que doivent être qualifiées de «restrictions» au sens de l'article 56, paragraphe 1, CE des mesures nationales qui sont susceptibles d'empêcher ou de limiter l'acquisition d'actions dans les entreprises concernées ou qui sont susceptibles de dissuader les investisseurs des autres États membres d'investir dans le capital de celles-ci (voir arrêts du 4 juin 2002, Commission/Portugal, C-367/98, Rec. p. I-4731, point 45; du 4 juin 2002, Commission/France, C-483/99, Rec. p. I-4781, point 40; du 13 mai 2003, Commission/Espagne, précité, points 61 et 62; du 13 mai 2003, Commission/Royaume-Uni, C-98/01, Rec. p. I-4641, points 47 et 49; du 2 juin 2005, Commission/Italie, C-174/04, Rec. p. I-4933, points 30 et 31; Commission/Pays-Bas, précité, point 20; Commission/Allemagne, précité, point 19, ainsi que du 8 juillet 2010, Commission/Portugal, précité, point 50).
- 48 La République portugaise conteste, en ce qui concerne le plafond de vote de 5 %, le caractère de mesure nationale de l'article 14, paragraphe 3, des statuts d'EDP, au sens de la jurisprudence citée au point précédent, en faisant valoir la nature privée de ces statuts. Par conséquent, selon les autorités portugaises, la disposition en cause ne constitue pas une mesure étatique et ne relève donc pas du champ d'application des articles 43 CE et 56 CE.
- 49 À cet égard, il convient de relever qu'il est certes avéré que le CSC se limite à admettre la possibilité de prévoir une limitation des votes pour des actions d'une certaine catégorie dans le contrat de société d'EDP et que c'est précisément en vertu des dispositions des statuts de cette société, prises en application de cette législation, que ces actions ont été introduites et attribuées à l'État portugais.
- 50 Toutefois, il n'en demeure pas moins que, ainsi qu'il ressort du dossier, ladite disposition des statuts d'EDP a été adoptée avant l'achèvement de la première phase de la privatisation d'EDP, c'est-à-dire à une époque au cours de laquelle l'État portugais détenait la grande majorité du capital social de cette dernière. Après la fixation dudit plafond de vote et à un moment où cet État était sur le point de détenir une moins grande part de ce capital, il a établi, par l'article 15, paragraphe 3, de la LQP, un droit spécifique de veto à son profit qui s'exerce notamment à l'égard des délibérations de modification des statuts de cette société. Ainsi, la clause relative au plafond de vote, prévue à l'article 14, paragraphe 3, desdits statuts, ne peut plus être annulée désormais par les associés sans le consentement de l'État.
- 51 Dans ces conditions, il y a lieu de considérer que c'est la République portugaise elle-même qui, d'une part, par l'intermédiaire de son législateur, a autorisé la création d'actions privilégiées dans le capital social d'EDP et, d'autre part, en sa qualité d'autorité publique, a décidé, en application de l'article 15, paragraphe 3, de la LQP, d'introduire des actions privilégiées dans ledit capital, de les attribuer à l'État et de définir les droits spéciaux qu'elles confèrent.
- 52 Par ailleurs, il convient également de constater que la création desdites actions privilégiées ne découle pas d'une application normale du droit des sociétés dans la mesure où ces actions sont, par dérogation aux dispositions du CSC, destinées à rester la propriété de l'État et ne sont donc pas transmissibles.
- 53 Dès lors, l'exemption du plafond de vote de 5 % en faveur de l'État portugais doit être considérée comme imputable à l'État et tombe, par conséquent, dans le champ d'application de l'article 56, paragraphe 1, CE.
- 54 S'agissant de la nature restrictive de la détention, par l'État portugais, d'actions privilégiées assorties de droits spéciaux dans le capital social d'EDP, prévue par la législation nationale et, partiellement, en combinaison avec les statuts de ladite société, il convient de constater que de telles actions sont susceptibles de dissuader les opérateurs d'autres États membres d'investir dans le capital de cette dernière.
- 55 En effet, en ce qui concerne le droit de veto, il ressort de l'article 13, paragraphe 1, du décret-loi n° 141/2000 que l'approbation d'un nombre considérable de délibérations importantes concernant EDP est subordonnée à l'accord de l'État portugais. À cet égard, il importe de préciser que le vote favorable de ce dernier est notamment requis pour toute délibération portant modification des statuts d'EDP, de sorte que l'influence de l'État portugais sur cette société ne saurait être diminuée que si cet État lui-même y consent.
- 56 Dès lors, ledit droit de veto, dans la mesure où il confère audit État une influence sur la gestion et le contrôle d'EDP qui n'est pas justifiée par l'ampleur de la participation qu'il détient dans cette société, est

susceptible de décourager les opérateurs d'autres États membres d'effectuer des investissements directs dans cette dernière dans la mesure où ils ne pourraient pas concourir à la gestion et au contrôle de cette société à proportion de la valeur de leurs participations (voir, notamment, arrêts précités Commission/Allemagne, points 50 à 52, et du 8 juillet 2010, Commission/Portugal, point 60).

- 57 De même, le droit de veto en cause peut avoir un effet dissuasif sur les investissements de portefeuille dans EDP dans la mesure où un éventuel refus de l'État portugais d'approuver une décision importante, présentée par les organes de cette société comme répondant à l'intérêt de celle-ci, est, en effet, susceptible de peser sur la valeur des actions de ladite société et, partant, sur l'attrait d'un investissement dans de telles actions (voir, en ce sens, arrêts précités Commission/Pays-Bas, point 27, et du 8 juillet 2010, Commission/Portugal, point 61).
- 58 À l'égard de la limitation à un plafond de 5 % de l'exercice par tout actionnaire des droits de vote inhérents aux actions ordinaires qu'il détient, à l'exception de l'État portugais qui n'est pas soumis à cette limitation, force est de constater que les droits de vote afférents aux actions constituent l'un des principaux moyens pour l'actionnaire de participer activement à la gestion d'une entreprise ou à son contrôle. En conséquence, toute mesure visant à empêcher l'exercice de ces droits ou à les subordonner à des conditions peut dissuader les investisseurs d'autres États membres d'acquérir des participations dans les entreprises concernées et constitue une restriction à la libre circulation des capitaux (voir arrêt du 14 février 2008, Commission/Espagne, C-274/06, point 24). Par ailleurs, les plafonds de vote sont un instrument susceptible de limiter la possibilité des investisseurs directs de participer à la société en vue de créer ou de maintenir des liens économiques durables et directs avec celle-ci permettant une participation effective à sa gestion ou à son contrôle, qui réduisent l'intérêt de l'acquisition d'une participation dans le capital d'une société (arrêt Commission/Allemagne, précité, point 54).
- 59 En ce qui concerne le droit de désigner un administrateur, la République portugaise fait d'abord valoir que, en vertu d'une interprétation actualisée du CSC, ledit droit, prévu aux articles 15, paragraphe 1, de la LQP et 13, paragraphes 2 et 3, du décret-loi n° 141/2000, doit être entendu comme la possibilité de désigner un membre du CGS et donc un surveillant. La Commission s'oppose à cette interprétation.
- 60 L'argumentation de la République portugaise ne saurait être accueillie. À supposer même qu'une telle interprétation «actualisée» soit correcte, cet État membre n'a toutefois pas apporté la preuve de cette interprétation qui est contestée par la Commission. En effet, d'une part, elle ne trouve aucun fondement dans la lettre des textes mentionnés au point précédent. Ainsi, tant l'article 15, paragraphe 1, de la LQP que l'article 13, paragraphes 2 et 3, du décret-loi n° 141/2000 prévoient explicitement la désignation d'un administrateur et non d'un surveillant. D'autre part, ledit État membre n'a pas démontré pour quelles raisons la modification de certaines règles du CSC régissant le droit des sociétés commerciales portugais aurait nécessairement pour conséquence que la possibilité de désigner un «administrateur», prévue par lesdites dispositions, devrait être comprise comme celle de désigner un «surveillant» étant donné que celles-ci se réfèrent à des privatisations, notamment, dans le secteur de l'énergie et relèvent donc du droit public, sans que le texte de ces dispositions ait été expressément modifié.
- 61 Par ailleurs, le fait que le CGS est non pas un organe décisionnel, mais un organe de contrôle n'est pas de nature à mettre en cause la position et l'influence des acteurs publics concernés. En effet, si le droit des sociétés portugais assigne pour mission à cet organe de contrôler la gestion de la société, il octroie à celui-ci, aux fins de l'exercice de cette mission, des compétences importantes. Au surplus, ainsi que l'a relevé la Commission, l'approbation du CGS est nécessaire, en vertu de l'article 17, paragraphe 2, des statuts d'EDP, pour un certain nombre d'opérations parmi lesquelles, outre l'acquisition et l'aliénation de biens, de droits ou de parts sociales d'une valeur économique significative, figurent notamment l'ouverture ou la clôture d'établissements ou de parties importantes d'établissements, l'établissement ou la cessation de partenariats stratégiques ou d'autres formes de coopération durable, la scission, la fusion ou la transformation de la société et les modifications des statuts de cette dernière, y compris le changement de siège ou l'augmentation du capital (voir, en ce sens, arrêt Commission/Allemagne, précité, point 65).
- 62 Cela étant précisé, il convient de constater que le droit de désigner un administrateur constitue une restriction à la libre circulation des capitaux dans la mesure où un tel droit spécifique constitue une dérogation au droit commun des sociétés prévu au seul bénéfice des acteurs publics par une mesure législative nationale (voir arrêt Commission/Allemagne, précité, point 61). S'il est vrai que cette possibilité peut être attribuée par la loi en tant que droit d'une minorité qualifiée, force est de constater qu'elle doit être, dans ce cas, accessible à tous les actionnaires et ne doit pas être réservée exclusivement à l'État.
- 63 En effet, en limitant la possibilité des actionnaires autres que l'État portugais de participer à la société en vue de créer ou de maintenir des liens économiques durables et directs avec celle-ci permettant une participation effective à sa gestion ou à son contrôle, le droit de nommer un administrateur, prévu aux

articles 15, paragraphe 1, de la LQP et 13, paragraphes 2 et 3, du décret-loi n° 141/2000, est susceptible de dissuader les investisseurs directs d'autres États membres d'investir dans le capital de cette société.

- 64 Il s'ensuit que le droit de veto à l'égard de certaines délibérations de l'assemblée générale d'EDP, l'exemption du plafond de vote de 5 % prévue en faveur de l'État portugais et le droit de désigner un administrateur, dans le cas où l'État aurait voté contre la proposition victorieuse lors de l'élection des administrateurs, constituent des restrictions à la libre circulation des capitaux au sens de l'article 56, paragraphe 1, CE.
- 65 Une telle constatation ne saurait par ailleurs être remise en cause par les arguments invoqués par la République portugaise et tirés de l'applicabilité de la prétendue logique sous-jacente à l'arrêt Keck et Mithouard, précité.
- 66 À cet égard, il convient de relever que les mesures nationales en cause ne sont pas analogues aux réglementations concernant les modalités de vente que la Cour, dans l'arrêt Keck et Mithouard, précité, a considérées comme échappant au domaine d'application de l'article 28 CE.
- 67 En effet, selon ledit arrêt, n'est pas de nature à entraver le commerce entre les États membres l'application à des produits en provenance d'autres États membres de dispositions nationales qui limitent ou interdisent, sur le territoire de l'État membre d'importation, certaines modalités de vente, pourvu, en premier lieu, qu'elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national et, en second lieu, qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres États membres. La raison en est qu'elle n'est pas de nature à empêcher l'accès de ces derniers au marché de l'État membre d'importation ou à le gêner davantage qu'elle ne gêne celui des produits nationaux (arrêt du 10 mai 1995, Alpine Investments, C-384/93, Rec. p. I-1141, point 37).
- 68 Or, en l'espèce, s'il est vrai que les dispositions nationales en cause sont indistinctement applicables tant aux résidents qu'aux non-résidents, il convient néanmoins de constater qu'elles affectent la situation de l'acquéreur d'une participation en tant que telle et sont donc de nature à dissuader les investisseurs d'autres États membres d'effectuer de tels investissements et, partant, de conditionner l'accès au marché (voir arrêts précités du 13 mai 2003, Commission/Espagne, point 61 et jurisprudence citée, ainsi que du 8 juillet 2010, Commission/Portugal, point 67).
- 69 Par ailleurs, la constatation selon laquelle lesdites dispositions nationales constituent des restrictions à la libre circulation des capitaux ne saurait être remise en cause par l'argument de la République portugaise consistant à soutenir que les droits spéciaux contestés n'auraient aucun effet sur les investissements directs ni sur les investissements de portefeuille dans EDP étant donné que les actions de cette dernière figurent parmi celles qui sont les plus achetées à la Bourse de Lisbonne, un grand nombre de celles-ci se trouvant entre les mains d'investisseurs étrangers.
- 70 Force est de constater, comme il a été mentionné aux points 56 et 58 du présent arrêt, que les dispositions nationales contestées, dans la mesure où elles créent des instruments susceptibles de limiter la possibilité des investisseurs de participer au capital social d'EDP en vue de créer ou de maintenir des liens économiques durables et directs avec celle-ci, permettant une participation effective à la gestion ou au contrôle de cette société, réduisent l'intérêt de l'acquisition d'une participation dans ce capital (voir, en ce sens, arrêt Commission/Allemagne, précité, point 54).
- 71 Cette constatation n'est pas affectée par la présence, au sein de l'actionnariat d'EDP, d'un certain nombre d'investisseurs directs. En effet, cette circonstance n'est pas de nature à infirmer que, en raison des dispositions nationales contestées, des investisseurs directs d'autres États membres, actuels ou potentiels, ont pu être dissuadés d'acquérir une participation dans le capital de cette société afin de participer à celle-ci en vue de créer ou de maintenir des liens économiques durables et directs avec elle permettant une participation effective à sa gestion ou à son contrôle, alors qu'ils étaient en droit de bénéficier du principe de la libre circulation des capitaux et de la protection que celui-ci institue à leur profit (voir, en ce sens, arrêt Commission/Allemagne, précité, point 55).
- 72 Compte tenu de ce qui précède, il y a lieu de constater que la détention par l'État portugais d'actions privilégiées en liaison avec les droits spéciaux que de telles actions confèrent à leur détenteur constitue une restriction à la libre circulation des capitaux au sens de l'article 56, paragraphe 1, CE.

Sur la justification des restrictions

Argumentation des parties

- 73 La Commission estime que des restrictions telles que celles instituées par les dispositions nationales en cause ne sauraient être justifiées par aucun des objectifs d'intérêt général invoqués par la République portugaise et que, en tout état de cause, elles contreviennent au principe de proportionnalité.
- 74 S'agissant de la nécessité de garantir la sécurité de l'approvisionnement énergétique de la République portugaise, la Commission souligne qu'une telle sécurité ne s'inscrit pas dans le cadre de la sécurité publique au sens du traité, comme le prétend cet État membre. À cet égard, la Commission estime que, contrairement à ce qu'exige la jurisprudence et, notamment, les points 71 et 72 de l'arrêt du 13 mai 2003, Commission/Espagne, précité, ledit État n'aurait pas démontré l'existence d'une «menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société» susceptible de justifier les droits en cause pour des motifs de sécurité publique et d'ordre public.
- 75 La Commission considère que la République portugaise pourrait réagir à toute menace réelle pesant sur la sécurité de l'approvisionnement énergétique par son système de régulation relevant de son droit administratif et non pas au moyen de droits spéciaux octroyés dans le capital social d'EDP, liés à des actions privilégiées, et donc sans mettre des entraves à la libre circulation des capitaux ni au droit d'établissement.
- 76 La Commission conteste également que les activités d'EDP relèvent du service public. Elle estime que la fourniture d'énergie électrique et de gaz sont des services d'intérêt général, mais ne sont pas un service public. En ce qui concerne de tels services d'intérêt général, l'État a une responsabilité de garantie, c'est-à-dire que ces services peuvent être fournis par des organismes privés. S'agissant des activités d'EDP, à savoir celles de distribution et de vente de dernier recours, elles sont couvertes par la responsabilité de l'État, dont l'instrument essentiel est la garantie du bon fonctionnement de son système de régulation de l'approvisionnement énergétique et non la prise de participations spécifiques de l'État dans les sociétés concernées.
- 77 La Commission fait en outre valoir que, en tout état de cause, les dispositions nationales en question contreviennent au principe de proportionnalité. L'exercice des droits spéciaux en cause n'est soumis à aucun critère objectif et précis orientant l'application du régime créé, excepté celui selon lequel de tels droits doivent être utilisés uniquement lorsque des raisons d'intérêt national l'exigent. Or, même en admettant que les objectifs invoqués par la République portugaise soient légitimes, un pouvoir aussi discrétionnaire irait au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ceux-ci.
- 78 Enfin, la Commission réfute le raisonnement de la République portugaise en ce qui concerne l'applicabilité de l'article 86, paragraphe 2, CE, en faisant valoir que celle-ci méconnaît le cadre dans lequel s'inscrit cette disposition.
- 79 La République portugaise souligne que, même à supposer que les droits spéciaux détenus par l'État dans le capital social d'EDP constituent des restrictions aux libertés invoquées par la Commission, de telles restrictions sont justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général. En effet, en premier lieu, en se référant à l'arrêt du 10 juillet 1984, *Campus Oil e.a.* (72/83, Rec. p. 2727), cet État membre souligne que les mesures nationales en cause visent à garantir la sécurité de l'approvisionnement énergétique du pays qui constitue un intérêt de sécurité publique. Il invoque également, à titre de justification, le fait que les droits spéciaux détenus par l'État portugais portent sur des activités soumises à des obligations de service public et sont donc, en tout état de cause, justifiés en vertu des articles 58, paragraphe 1, sous b), CE et 46, paragraphe 1, CE.
- 80 En outre, la République portugaise précise que, dans la mesure où, dans son état actuel, le droit de l'Union ne comporte pas de règles ni de mesures garantissant suffisamment la sécurité de l'approvisionnement des États membres en énergie, elle conserve le pouvoir ainsi que le devoir correspondant, qui lui est imposé tant par le droit national que par le droit de l'Union, de prendre les mesures nationales adéquates pour garantir la protection de cet intérêt fondamental pour la société, dans le respect des règles du traité, comme cela résulte de l'arrêt *Campus Oil e.a.*, précité.
- 81 Par ailleurs, la République portugaise fait valoir que ces droits spéciaux sont des instruments adéquats pour protéger la sécurité du secteur énergétique au Portugal qui respectent le principe de proportionnalité, étant donné qu'il n'existe pas d'autres moyens moins contraignants permettant de s'opposer à l'adoption de délibérations des organes dirigeants d'une société telle qu'EDP susceptibles d'affecter la régularité, la sécurité et la continuité de l'approvisionnement énergétique.
- 82 En outre, selon la République portugaise, les dispositions nationales en cause sont nécessaires pour permettre à EDP d'assurer les missions de service d'intérêt économique général qui lui ont été confiées par l'État portugais en vertu de l'article 86, paragraphe 2, CE. S'il était admis que ces dispositions sont

contraires aux articles 43 CE et 56 CE, l'application de ces articles constituerait une entrave à la mission de service d'intérêt économique général, au sens de l'article 86, paragraphe 2, CE, confiée à EDP. En tout état de cause, le maintien en vigueur desdites dispositions nationales conférant des droits spéciaux à l'État portugais n'affecte pas les échanges dans l'Union ni l'intérêt de cette dernière. Par ailleurs, il incombe à la Commission de préciser l'intérêt de l'Union à la lumière duquel il convient d'apprécier l'éventuelle incidence sur les échanges susceptible de résulter de l'existence des droits dont bénéficie l'État portugais dans EDP, de sorte que la Commission ne satisfait pas à la charge de la preuve lui incombant en vertu de l'article 226 CE.

Appréciation de la Cour

- 83 Selon une jurisprudence bien établie, des mesures nationales restreignant la libre circulation des capitaux peuvent être justifiées par les raisons mentionnées à l'article 58 CE ou par des raisons impérieuses d'intérêt général, à condition qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint (voir arrêts précités Commission/Allemagne, points 72 et 73 ainsi que jurisprudence citée, et du 8 juillet 2010, Commission/Portugal, point 69).
- 84 S'agissant des dérogations permises par l'article 58 CE, il ne saurait être nié que l'objectif invoqué par la République portugaise de garantir la sécurité de l'approvisionnement énergétique de cet État membre en cas de crise, de guerre ou de terrorisme peut constituer une raison de sécurité publique (voir arrêts précités du 14 février 2008, Commission/Espagne, point 38, et du 8 juillet 2010, Commission/Portugal, point 72) et justifier, éventuellement, une entrave à la libre circulation des capitaux. L'importance que donnent les États membres et l'Union à la protection de la sécurité d'approvisionnement énergétique se manifeste d'ailleurs, notamment, dans la directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 juillet 2009, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE (JO L 211, p. 55).
- 85 Cependant, il est constant que les exigences de sécurité publique doivent, notamment en tant que dérogation au principe fondamental de la libre circulation des capitaux, être entendues strictement, de sorte que leur portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des États membres sans contrôle des institutions de l'Union. Ainsi, la sécurité publique ne saurait être invoquée qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société (voir, notamment, arrêts du 14 mars 2000, Église de scientologie, C-54/99, Rec. p. I-1335, point 17, et du 8 juillet 2010, Commission/Portugal, précité, point 73).
- 86 À cet égard, la République portugaise fait valoir qu'une telle menace, eu égard à l'importance cruciale de l'énergie sous forme d'électricité et de gaz naturel pour toutes les économies et les sociétés contemporaines, ne doit pas être immédiate. Compte tenu du devoir d'un État membre de garantir la sécurité d'un approvisionnement régulier et continu en électricité et en gaz naturel, il serait légitime que cet État se dote des moyens nécessaires pour garantir l'intérêt fondamental de la sécurité de l'approvisionnement même s'il n'existe aucune menace imminente. À cet égard, dans la mesure où le risque de menaces sérieuses pour la sécurité de l'approvisionnement énergétique ne peut être exclu et où de telles menaces sont par définition subites et, dans la plupart des cas, imprévisibles, il appartient à l'État membre concerné de veiller à ce que soient mis en place des instruments adéquats permettant de réagir rapidement et efficacement pour garantir la sécurité continue de cet approvisionnement.
- 87 Cette argumentation n'est pas complètement dénuée de fondement. Toutefois, la République portugaise s'étant bornée à invoquer le motif relatif à la sécurité de l'approvisionnement énergétique, sans préciser les raisons exactes pour lesquelles elle estime que chacun des droits spéciaux contestés ou l'ensemble de ceux-ci permettrait d'éviter une telle atteinte à un intérêt fondamental de la société, une justification au titre de la sécurité publique ne saurait être retenue en l'occurrence.
- 88 En outre, l'argument de la République portugaise, selon lequel le droit de l'Union, dans son état actuel, ne garantit pas suffisamment la sécurité de l'approvisionnement des États membres en énergie, ce qui la contraindrait à prendre les mesures nationales adéquates pour garantir la protection de cet intérêt fondamental pour la société, est dépourvu de toute pertinence.
- 89 Même en admettant qu'il existe, en vertu des règles du droit dérivé de l'Union, une obligation, pour un État membre, de garantir l'approvisionnement en énergie sur son territoire national, ainsi qu'il est allégué par la République portugaise, le respect d'une telle obligation ne peut être invoqué pour justifier une quelconque mesure en principe contraire à une liberté fondamentale.
- 90 Par ailleurs, s'agissant de la proportionnalité des dispositions nationales en cause, il importe de relever,

ainsi que le soutient à bon droit la Commission, que l'exercice des droits spéciaux que la détention d'actions privilégiées dans le capital social d'EDP confère à l'État portugais n'est soumis à aucune condition ou circonstance spécifique et objective, et ce contrairement à ce qu'affirme l'État membre défendeur.

- 91 En effet, si l'article 15, paragraphe 3, de la LQP dispose que la création d'actions privilégiées dans le capital social d'EDP, conférant des droits spéciaux à l'État portugais, est subordonnée à la condition, formulée d'ailleurs de manière assez générale et imprécise, que des raisons d'intérêt national l'exigent, force est néanmoins de constater que ni cette loi ni les statuts d'EDP ne fixent des critères quant aux circonstances spécifiques dans lesquelles lesdits droits spéciaux sont susceptibles d'être exercés (voir arrêt du 26 mars 2009, Commission/Italie, précité, point 51). La même constatation s'applique au paragraphe 1 dudit article 15, en ce que cette disposition soumet la désignation d'un administrateur par l'État portugais à une condition, formulée également de manière assez générale et imprécise, tirée de la sauvegarde de l'intérêt général.
- 92 Ainsi, une telle incertitude constitue une atteinte grave à la liberté de circulation des capitaux en ce qu'elle confère aux autorités nationales, en ce qui concerne le recours à de tels droits, une marge d'appréciation tellement discrétionnaire que celle-ci ne saurait être considérée comme proportionnée aux objectifs poursuivis (voir, en ce sens, arrêt du 26 mars 2009, Commission/Italie, précité, point 52).
- 93 Enfin, s'agissant de la justification tirée de l'article 86, paragraphe 2, CE, il convient de relever que cette disposition, lue en combinaison avec le paragraphe 1 du même article, permet de justifier l'octroi, par un État membre, à une entreprise chargée de la gestion de services d'intérêt économique général de droits spéciaux ou exclusifs contraires aux dispositions du traité, dans la mesure où l'accomplissement de la mission particulière qui lui a été impartie ne peut être assuré que par l'octroi de tels droits et pour autant que le développement des échanges n'est pas affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union (arrêts du 17 mai 2001, TNT Traco, C-340/99, Rec. p. I-4109, point 52; du 18 décembre 2007, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia, C-220/06, Rec. p. I-12175, point 78, et du 1^{er} octobre 2009, Woningstichting Sint Servatius, C-567/07, Rec. p. I-9021, point 44).
- 94 En l'occurrence, force est toutefois de constater que tel n'est pas l'objet des dispositions prévues par la réglementation nationale en cause dans le cadre de la présente procédure en manquement introduite contre la République portugaise.
- 95 En effet, ainsi que le soutient à bon droit la Commission, ladite procédure ne porte pas sur l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs à EDP ni sur la qualification des activités de cette dernière en tant que services d'intérêt économique général, mais concerne la légalité de l'attribution, à l'État portugais, en sa qualité d'actionnaire de cette société, de droits spéciaux en liaison avec des actions privilégiées détenues par ce dernier dans le capital social d'EDP.
- 96 Il s'ensuit que l'article 86, paragraphe 2, CE ne trouve pas à s'appliquer à une situation telle que celle en l'espèce et ne saurait, dès lors, être invoqué par la République portugaise à titre de justification des dispositions nationales en cause en tant que celles-ci constituent des restrictions à la libre circulation des capitaux consacrée par le traité.
- 97 Par conséquent, il convient de constater que, en maintenant dans EDP des droits spéciaux tels que ceux prévus en l'espèce par la LQP, le décret-loi n° 141/2000 et les statuts de ladite société en faveur de l'État portugais et d'autres entités publiques, attribués en liaison avec des actions privilégiées détenues par cet État dans le capital social de ladite société, la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 56 CE.

Sur le manquement aux obligations résultant de l'article 43 CE

- 98 La Commission demande également que soit constaté un manquement aux obligations qui incombent à la République portugaise en vertu de l'article 43 CE, au motif que l'attribution de droits spéciaux à l'État portugais, en liaison avec les actions privilégiées qui sont détenues par ce dernier, est susceptible d'empêcher les autres actionnaires d'exercer une influence réelle sur les décisions d'EDP et, partant, de déterminer les activités de celle-ci.
- 99 À cet égard, il suffit de relever que, selon une jurisprudence constante de la Cour, dans la mesure où les mesures nationales en cause entraînent des restrictions à la liberté d'établissement, de telles restrictions sont la conséquence directe des obstacles à la libre circulation des capitaux examinés aux points 45 à 72 du présent arrêt, dont elles sont indissociables. Dès lors, une violation de l'article 56, paragraphe 1, CE ayant été constatée, il n'est pas nécessaire d'examiner séparément lesdites mesures à la lumière des règles du traité relatives à la liberté d'établissement (voir, notamment, arrêts précités du 13 mai 2003,

Commission/Espagne, point 86; Commission/Pays-Bas, point 43, et du 8 juillet 2010, Commission/Portugal, point 80).

Sur les dépens

100 En vertu 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 portugaise et celle-ci ayant succombé en ses moyens, il y a lieu de la condamner aux dépens.

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

- 1) En maintenant dans EDP – Energias de Portugal des droits spéciaux tels que ceux prévus en l'espèce par la loi n° 11/90, portant loi-cadre relative aux privatisations (Lei n.º 11/90, Lei Quadro das Privatizações), du 5 avril 1990, le décret-loi n° 141/2000, du 15 juillet 2000, approuvant la quatrième phase du processus de reprivatisation du capital social d'EDP – Électricité du Portugal SA, et les statuts de ladite société en faveur de l'État portugais et d'autres entités publiques, attribués en liaison avec des actions privilégiées («golden shares») détenues par cet État dans le capital social de ladite société, la République portugaise a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 56 CE.**

- 2) La République portugaise est condamnée aux dépens.**

Signatures

* Langue de procédure: le portugais.