

est le cas dans la plupart des règlements adoptés suite à la
harmonisation du droit international privé.

Il s'agit de la mise en œuvre temporelle du règlement « Rome
I » de la Cour de justice permet une application uniforme de celui-ci
dans l'État membre, ce qui n'était guère le cas auparavant. Si la lumière
faite sur ce point, d'autres clarifications également attendues de ce
règlement ne manqueront pas de suivre...

CARINE BRIÈRE

Conflit de normes dans le temps - Application différée du règlement
Survenance du fait générateur de dommage

CHRONIQUE

COUR DE JUSTICE ET TRIBUNAL DE L'UNION EUROPÉENNE

3 Cour de justice et Tribunal de l'Union européenne

par

Claude J. Berr

Professeur émérite de l'Université de Grenoble II

Delphine Dero-Bugny

Professeur à l'Université de Reims (Champagne-Ardenne)

Stéphanie Francq

Professeur à l'Université catholique de Louvain

Nicolas Petit

*Professeur à la Faculté de droit et de science politique, Université de Liège
(« ULg »), Directeur du Global Competition Law Center (« GCLC »),
Collège d'Europe et de la Brussels School of Competition (« BSC »)*

Charlotte Lousberg

Assistante, Faculté de droit et de science politique, Université de Liège (« ULg »)

caractéristiques de l'infraction. Ceci impose à la Commission un examen *approfondi* des circonstances de l'infraction (§ 125 de l'arrêt KME). En outre, il incombe à la Commission de motiver sa décision et, notamment, d'expliquer la pondération et l'évaluation qu'elle a faites des éléments pris en considération.

Puis la Cour s'adresse aux parties : le contrôle du Tribunal n'équivaut pas à un *contrôle d'office*. La procédure reste en effet de nature contradictoire. À l'exception des moyens d'ordre public que le juge est tenu de soulever d'office, c'est à la partie requérante de soulever les moyens à l'encontre de la décision de la Commission et de les étayer d'éléments de preuve.

Enfin, et c'est sans doute là que réside le principal intérêt des arrêts commentés, la Cour émet une très nette mise en garde à l'adresse du Tribunal. Dans l'exercice de son contrôle juridictionnel sur les moyens apportés par la requérante, le juge ne peut « s'appuyer sur la marge d'appréciation dont dispose la Commission ni en ce qui concerne le choix des éléments pris en considération lors de l'application des critères mentionnés dans les lignes directrices ni en ce qui concerne l'évaluation de ces éléments pour renoncer à exercer un contrôle approfondi tant de droit que de fait » (§ 129 de l'arrêt KME).

Les praticiens du droit de la concurrence ont salué les propos de la Cour sur les obligations du juge dans le domaine du contrôle de pleine juridiction, allant même jusqu'à comparer les arrêts KME et Chalkor à l'arrêt Airtours qui, en 2003, avait revivifié le système de contrôle juridictionnel en droit des concentrations. Certains, sans doute emportés par une forme d'euphorie, ont même prophétisé même les germes d'une *mutation* de la nature même du contrôle juridictionnel européen vers un appel à l'anglo-saxonne. Assurément, il n'y a là qu'un pas qu'il est hasardeux de franchir. L'objet du contentieux est toujours fixé par les arguments du requérant, excepté pour les moyens d'ordre public. Et le juge ne peut substituer sa décision à celle de la Commission, sauf en ce qui concerne la sanction. On se trouve donc toujours dans le domaine du contentieux objectif de la légalité, issu de la tradition du droit administratif français.

Reste à savoir si, dans la pratique, le Tribunal relèvera le défi du *contrôle approfondi* auquel semble vouloir l'astreindre la Cour. En effet, alors que la Cour considère que la marge de discrétion reconnue à la Commission dans le choix des éléments déterminant le montant de l'amende ne doit pas mener le Tribunal à renoncer à exercer un « contrôle approfondi », le Tribunal s'est jusqu'à présent montré réticent à affirmer ses pouvoirs en la matière. Dans l'arrêt Chalkor, le Tribunal avait ainsi poussé sa doctrine de modération jurisprudentielle très loin, en jugeant que l'autolimitation du pouvoir d'appréciation de la Commission qui résultait de l'adoption des lignes directrices n'était pas incompatible avec le maintien d'une marge d'appréciation substantielle en son chef.

Selon nous, c'est sans doute plus dans le contrôle qu'exerce dans la pratique la Cour sur le Tribunal, que dans de grandes affirmations de principe, que réside la clef du changement. À cet égard, les arrêts KME et Chalkor sont assez troublants. Après avoir prôné, en termes généraux, un contrôle juridictionnel approfondi malgré la marge d'appréciation de la Commission, la Cour entérine, dans les faits, la conception restrictive du contrôle juridictionnel du Tribunal en rejetant

le moyen pris d'un contrôle ineffectif. Il y a donc un hiatus entre ce que la Cour professe, et ce qu'elle admet en pratique (à savoir, le contrôle marginal, sur les erreurs manifestes d'appréciation, adopté par le Tribunal).

Pour conclure, on ne peut s'empêcher de songer, à l'écriture de ces propos, à un arrêt tout proche, rendu quelques mois plus tôt par la Cour européenne des droits de l'homme (« CEDH ») dans une affaire dite *Menarini* (CEDH, 27 sept. 2011, n° 43509/08, *Menarini Diagnostics c/ Italie*). En l'espèce, était en cause une problématique analogue, à savoir celle de la compatibilité avec l'article 6 de la Convention EDH d'un contrôle juridictionnel limité sur les décisions d'un organe administratif en matière de concurrence. Dans cet arrêt, la CEDH, estima que le contrôle exercé par le juge italien de recours en matière d'ententes était conforme à l'article 6 de la Convention EDH. Pourtant, dans les faits, il était permis d'en douter, le juge italien ayant lui-même qualifié de « faible » l'intensité de son contrôle juridictionnel.

En bref, les arrêts KME, Chalkor et Menarini constituent des solutions aux allures schizophréniques. D'une part, les juges de Luxembourg et Strasbourg s'appuient sur les droits fondamentaux pour exiger un contrôle juridictionnel intensif de la part du juge de première instance. D'autre part, ils jugent le système de contrôle juridictionnel marginal en première instance conforme aux droits fondamentaux. Ou comment dire tout, et le contraire de tout...

N. P.
et C. L.

IV. — CIRCULATION DES PERSONNES, SERVICES ET CAPITAUX

Sans que se détachent d'arrêts majeurs, l'année est riche en arrêts importants et présente quelques lignes directrices intéressantes.

Plusieurs arrêts concernent ainsi une question conceptuelle récurrente en droit européen définitive concernant la frontière ténue qui sépare la question de l'applicabilité des dispositions du droit primaires du contenu des droits offerts par celui-ci. Les arrêts du 24 mai 2011 portant sur l'accès à la profession de notaire posent la question de savoir si l'article 51 TFUE sert à délimiter le domaine d'application du Traité ou à justifier l'adoption de certaines exceptions dans le domaine de celui-ci. Les arrêts Ruiz Zambrano (CJUE, 8 mars 2011, aff. C-34/09), Mc Carthy (CJUE, 5 mai 2011, aff. C-434/09) et Dereci (CJUE, 15 nov. 2011, aff. C-256/11) portent sur la question de l'applicabilité du Traité aux membres de la famille ressortissants de pays tiers d'un citoyen européen sédentaire, c'est-à-dire n'ayant jamais quitté l'État de sa nationalité. La réponse de la Cour évolue au gré des arrêts et évoque la distinction entre applicabilité et contenu des droits lorsqu'elle se réfère au « cœur » des droits du citoyen. Enfin, l'arrêt National Grid Indus (CJUE, 29 nov. 2011, aff. C-371/10) portant sur les mesures fiscales accompagnant un transfert de siège, s'intéresse également de près à la question de l'applicabilité du Traité.

D'autres arrêts concernant dans des problématiques sociologiques et juridiques soumises périodiquement à la Cour.

La Cour revient ainsi sur la question des honoraires d'avocats. Après avoir jugé dans l'affaire *Cipolla* que la fixation de tarifs minimaux était de nature à « restreindre l'exercice des activités de prestation de services » pour les avocats provenant d'autres États membres (*CJUE*, 5 déc. 2006, aff. C-94/04 et C-202/04 : *Rec. CJUE* 2006, I, p. 11421, pt 58), la Cour estime que le régime italien de fixation d'honoraires maximaux pour les avocats « est caractérisé par une flexibilité qui paraît permettre une rémunération correcte de tout type de prestation fourni par des avocats » et ne devrait donc pas priver les avocats des autres États membres de « la possibilité de pénétrer le marché » italien « dans des conditions de concurrence normales et efficaces » (*CJUE*, 29 mars 2011, aff. C-565/08, *Commission c/ Italie*, pts 51 et 53. - comp. approuvant la fixation de prix maximaux dans le domaine de la téléphonie mobile au moyen d'un modèle théorique de coûts *CJUE*, 13 juill. 2006, aff. C-438/04, *Mobistar* : *Rec. CJUE* 2006, I, p. 6675).

La question du maillage territorial est à nouveau abordée dans une affaire condamnant l'Espagne à propos de sa réglementation concernant l'implantation de surfaces commerciales (*CJUE*, 24 mars 2011, aff. C-400/08, *Commission c/ Espagne*. - prolongeant l'arrêt *Attanasio Group* : *CJUE*, 11 mars 2010, aff. C-384/08 : *JDI* 2011, *chron.* 4, p. 539, obs. M. Fallon).

La compatibilité des politiques fiscales nationales avec le droit primaire constitue une autre voie largement explorée cette année, dans une dizaine d'arrêts. Si certains arrêts rappellent que l'époque des doubles impositions n'est révolue (*CJUE*, 10 févr. 2011, aff. C-436/08 et C-437/08, *Haribo*, adoptant une position nuancée sur l'imposition des dividendes étrangers. - *CJUE*, 1^{er} déc. 2011, aff. C-253/09, *Commission c/ Hongrie*, rappelant au point 83 que les États n'ont pas l'obligation d'adapter leur propre système fiscal aux différents systèmes de taxation des autres États membres, à propos du calcul d'une taxe prélevée lors de l'acquisition d'un bien et de l'impossibilité de déduire la valeur de la résidence vendue lorsque le bien vendu est situé à l'étranger. - *rapp.* *CJUE*, 20 janv. 2011, aff. C-155/09, *Commission c/ Grèce*, portant sur les conditions d'exonération de la taxe sur les mutations lors du premier achat d'un bien immobilier). Un arrêt, qui peut sembler anecdotique à première vue, retiendra l'attention en raison de ses retombées pratiques potentielles. Dans le cadre d'une procédure en manquement dirigée contre l'Autriche, la Cour a jugé qu'une mesure nationale limitant la déductibilité fiscale aux donations effectuées en faveur d'institutions de recherche et d'enseignement disposant de leur siège en Autriche est contraire à la libre circulation des capitaux (*CJUE*, 16 juin 2011, aff. C-10/10, *Commission c/ République d'Autriche*). On se souvient d'une réglementation espagnole similaire, également condamnée par la Cour (*CJCE*, 13 mars 2008, aff. C-248/06, *Commission c/ Espagne* : *Rec. CJCE* 2008, I, p. 47 : « En maintenant en vigueur un régime de déduction des dépenses afférentes à des activités de recherche et de développement ainsi que d'innovation technologique qui est moins favorable pour les dépenses effectuées à l'étranger que pour celles réalisées en Espagne, [...] le Royaume d'Espagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 43 CE et 49 CE, relatifs à la liberté

d'établissement et à la libre prestation des services ») qui augurait de la réponse que donnerait la Cour dans le cas autrichien. L'Autriche avouait clairement sa volonté de promotion de la « position de l'Autriche en tant que pôle scientifique et de formation » (pt 34) et sa crainte de constater « une diminution des moyens mis à disposition des institutions autrichiennes », raisons qui ne justifient pas, selon la Cour, une différence de traitement en fonction du destinataire de la donation. Dans la même veine, un arrêt condamne la législation belge réservant « la possibilité de bénéficier du taux réduit des droits de succession aux organismes sans but lucratif ayant leur siège d'opération dans cet État membre ou dans l'État membre dans lequel le de cujus résidait effectivement ou avait son lieu de travail, au moment de son décès, ou dans lequel il a antérieurement effectivement résidé ou eu son lieu de travail » (*CJUE*, 10 févr. 2011, aff. C-25/10, *Missionswerk Werner Heukelbach c/ État belge*).

Sous divers aspects, les communications électroniques ont retenu l'attention de la Cour et appelé des arrêts interprétatifs du droit dérivé. Un arrêt impliquant L'Oréal et eBay est venu préciser les conditions de responsabilité de l'exploitant d'une place de marché en ligne, ainsi que l'étendue des droits du titulaire d'une marque dans le cas d'une commercialisation en ligne de ses produits sans son consentement (*CJUE*, 12 juill. 2011, aff. C-324/09, *L'Oréal c/ eBay*). Par ailleurs, dans les affaires *eDate Advertising* et *Olivier Martinez*, concernant une atteinte aux droits de la personnalité commise sur Internet, la Cour a dû analyser la portée des critères de compétence internationale offerts par le règlement « Bruxelles I » et évoquer l'impact de la directive commerce électronique pour la désignation du droit applicable (*CJUE*, 25 oct. 2011, C-509/09 et C-161/10). On se souviendra que l'année passée, la Cour s'était penchée sur les questions de compétence internationale soulevées dans le cadre de contrats internationaux conclus sur Internet (*CJUE*, 7 déc. 2010, aff. C-585/08 et C-144/09, *Pammer & Alphenhof*). La multiplication de ces affaires témoigne de l'évolution sociologique des contentieux internationaux intéressant le droit de l'Union. Le nombre de directives portant sur les communications électroniques est impressionnant et les prochaines années seront certainement riches d'enseignements jurisprudentiels portant sur leur mise en œuvre et les rapports qu'elles entretiennent avec le droit primaire.

Les retransmissions télévisuelles ont également donné lieu à deux arrêts importants. Dans l'arrêt *Premier League*, la Cour considère qu'un système de licence pour la retransmission de rencontres de football, fondé sur une exclusivité territoriale et empêchant les téléspectateurs d'utiliser des cartes de décodeurs achetées à l'étranger, est contraire au droit de l'Union (étaient en la cause tant la libre prestation de services que le droit de concurrence : *CJUE*, 4 oct. 2011, aff. C-403/08 et C-429/08, *Football Association Premier League et a. c/ QC Leisure et a. et Karen Murphy c/ Media Protection Services Ltd*). La Cour semble ainsi démanteler complètement le système des licences exclusives de retransmission d'événements sportifs (voire d'autres types d'événements). Mais elle souligne encore que certains éléments de cette retransmission peuvent être protégés par des droits d'auteurs appartenant à l'organisation qui administre le

championnat et commercialise les droits de retransmission : il s'agit de la séquence d'ouverture, de l'hymne du championnat et de montages de séquences sélectionnées concernant les matchs antérieurs, à l'exclusion de la transmission de la rencontre elle-même (même si le droit national pourrait apporter une protection spécifique à ce sujet). Ainsi, la transmission dans un lieu public de ces éléments protégés nécessite une autorisation de la part de l'auteur de l'œuvre. Dans une affaire *Mesopotamia Broadcast*, la Cour a dû interpréter la directive 89/552 relative aux activités de radiodiffusion télévisuelle dans le cadre d'un litige opposant une chaîne de télévision danoise diffusant par satellite des programmes en langue kurde, considérée en Allemagne comme promouvant des émissions contraires à l'idée d'entente entre les peuples alors qu'au Danemark, il avait été considéré que cette chaîne de télévision n'incitait pas à la haine (CJUE, 22 sept. 2011, aff. C-244/10 et C-245/10, *Mesopotamia Broadcast et Roj TV c/ Bundesrepublik Deutschland*).

Deux arrêts confirment, cette année encore, l'actualité de questions de droit européen concernant les jeux et paris (CJUE, 30 juin 2011, aff. C-212/08, *Zeturf c/ Premier ministre*, concernant le monopole français dans le domaine des paris hippiques. - rapp. CJUE, 15 sept. 2011, aff. C-347/09, *Dickinger*, concernant un monopole sur les jeux de hasard commercialisés sur internet en Autriche). La jurisprudence s'articule progressivement autour d'un impératif de cohérence favorisant sous certaines conditions les régimes instaurant une exclusivité d'exploitation. On le voit, les problématiques sensibles n'ont pas manqué cette année. Mais la plus marquante est sans doute celle concernant la situation des citoyens sédentaires à laquelle sera consacrée une partie importante de cette chronique.

S. F.

Accès à la profession de notaire. – Condition de nationalité. – Articles 43 et 45 CE (art. 49 et 51 TFUE). – Liberté d'établissement. – Participation à l'exercice de l'autorité publique.

CJUE. – Grande ch. – 24 mai 2011. – aff. C-50/08. – Commission c/ France. – P. Cruz Villalón, avocat général.

Les activités des notaires ne participent pas à l'exercice de l'autorité publique au sens de l'article 45 CE, devenu 51 TFUE. La condition de nationalité affectant l'accès à la profession de notaire dans plusieurs pays européens, et en France en particulier, est jugée contraire aux dispositions du Traité relatives au libre établissement.

NOTE. – Bien qu'ils aient déjà été largement commentés, les six arrêts condamnant la France (aff. C-50/08, dont la numérotation sera seule citée dans ce commentaire, sachant que les autres arrêts adoptent une motivation quasi identique), la Belgique (aff. C-47/08), l'Allemagne (aff. C-54/08), l'Autriche (aff. C-53/08), la Grèce (aff. C-61/08) et le Grand-Duché de Luxembourg (aff. C-51/08) méritent leur place dans cette chronique pour deux raisons (on notera qu'une septième décision rendue le même jour – aff. C-52/08 – impliquant le Portugal, concernait uniquement le défaut de transposition de la directive

2005/36 relative à la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles, question également abordée dans la plupart des autres décisions mais qui ne sera pas commentée ici). Premièrement, il est remarquable qu'à ce stade d'évolution du droit communautaire, il existe encore de flagrantes discriminations sur le fondement de la nationalité qui, au fur et à mesure de leur abandon, appellent une réorganisation des professions visées, comme ce sera le cas pour la profession de notaire (I). Ensuite, les arrêts permettent d'approcher de manière plus précise la notion d'exercice de l'autorité publique au sens de l'article 51 TFUE, dont un autre arrêt cette année (CJUE, 17 mars 2011, aff. C-372/09 et C-373/09, *Penarroja Fa*) concernant l'organisation en France de la profession d'expert judiciaire, a confirmé l'importance (II).

I. – La Cour annonce d'emblée la limitation de la portée de l'arrêt. Sa décision, rendue dans le cadre d'une procédure en manquement introduite par la Commission, porte uniquement sur la condition de nationalité requise par la législation française pour l'accès à la profession de notaire (pt 64), ce qui exclut les autres conditions d'accès à la profession, de même que le statut et l'organisation du notariat (pt 65). Si la question traitée dans l'arrêt est limitée, la portée pratique de celui-ci est considérable pour la profession de notaire dans les États concernés, tant pour l'accès à la profession que pour l'organisation de celle-ci, dont l'arrêt annonce sans doute certaines modifications (pt 97). Et, comme le rappelle la Cour au début de son raisonnement, la question porte sur un aspect fondamental du droit européen : l'interdiction des discriminations directes dans le domaine des libertés du Traité (pts 78-81). L'article 49 TFUE, rappelle la Cour, vise « à assurer le bénéfice du traitement national à tout ressortissant d'un État membre qui s'établit dans un autre État membre pour y exercer une activité non salariée et interdit toute discrimination fondée sur la nationalité résultant des législations nationales en tant que restriction à la liberté d'établissement » (pt 70). Nous sommes donc au cœur des libertés communautaires (comme le souligne L. Defalque, un « principe cardinal » est ici visé : L. Defalque, *Les arrêts du 24 mai 2011 et le droit d'établissement des notaires* : *Journal des tribunaux*, 2012, p. 15, n° 4). Plus d'un demi-siècle après la signature du Traité de Rome, des discriminations fondées sur la nationalité sont encore exercées dans le cadre de la version la plus élémentaire des libertés de circulation.

L'argumentation des États tenait en un seul point : les activités des notaires participeraient à l'exercice de l'autorité publique, au sens de l'article 51 TFUE, ce qui autoriserait les États à maintenir une condition de nationalité dans le cadre de l'accès à cette profession (pt 22). Le raisonnement de la Cour tend donc à vérifier, de manière circonstanciée, si l'exercice de cette profession correspond effectivement à une mise en œuvre de l'autorité publique.

L'impact de cette vérification mérite d'être, d'emblée, souligné : il s'agit de savoir si le Traité s'applique ou non à la situation. Placées hors du domaine du Traité, les conditions d'accès à la profession de notaire pourraient reposer sur une condition de nationalité, sans qu'aucun autre examen ne se justifie au regard du droit communautaire. La législation nationale relative à l'accès à la profession de notaire serait placée hors d'atteinte du droit communautaire. Selon l'avocat

général Cruz Villalón, pourtant, alors que la profession de notaire doit être considérée comme participant à l'exercice de l'autorité publique (*pt 121 des conclusions*), la législation nationale appelle un examen de proportionnalité (*pts 85 et 86 des conclusions*). C'est confondre deux types d'exceptions aux libertés communautaires, placées dans des dispositions distinctes. L'article 51 TFUE, premièrement, place hors du domaine d'application du Traité les activités participant à l'exercice de l'autorité publique, alors que l'article 52 TFUE prévoit que, pour des motifs d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, des mesures nationales qualifiées d'entraves pourraient être maintenues si elles s'avèrent proportionnées. Autrement dit, le test de proportionnalité ne s'entend que dans le domaine du traité, pour les mesures nationales fondées sur des motifs d'intérêt général. La distinction entre les fonctions des articles 51 et 52 TFUE n'est pas toujours tracée clairement dans la jurisprudence (comp. par ex. *CJUE*, 29 avr. 2010, *aff. C-160/08, Commission c/ Allemagne*, *pt 73* plaçant les activités relevant de l'exercice de l'autorité publique hors du domaine du Traité et *CJCE*, 29 nov. 2007, *aff. C-404/05, Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, *pts 35 et 36* dont le vocabulaire incertain ne permet pas de déterminer si l'article 51 TFUE établit une exception à l'application du Traité ou un simple motif d'intérêt général prévu par le Traité pour justifier une entrave). Aucun élément ne permet de penser que la Cour adopterait la position de l'avocat général si elle devait qualifier les activités en cause de participation à l'exercice de l'autorité publique (pour une analyse plus détaillée, V. S. Francq, *Les arrêts du 24 mai 2011 : une approche de la notion d'autorité publique au sens du droit européen : Journal des tribunaux*, 2012, p. 19-22). Mais, de manière indirecte, elle évoque la distinction entre les exceptions visées à l'article 51 TFUE et celles visées à l'article 52 TFUE (*pts 86 et 87*). Alors qu'elle écarte l'un après l'autre les arguments avancés par les États pour justifier le recours à l'article 51 TFUE, elle établit la distinction entre une participation à l'exercice de l'autorité publique (relevant de l'article 51 TFUE) et la simple poursuite d'un objectif d'intérêt général, commun à la plupart des professions réglementées, et ne justifiant pas le recours à l'article 51 TFUE (*pt 96*). Elle précise alors que « le fait que les activités notariales poursuivent des objectifs d'intérêt général, qui visent notamment à garantir la légalité et la sécurité juridique des actes conclus entre particuliers, constitue une raison impérieuse d'intérêt général qui permet de justifier d'éventuelles restrictions à l'article 43 CE découlant des spécificités propres à l'activité notariale, telles que l'encadrement dont les notaires font l'objet au travers des procédures de recrutement qui leur sont appliquées, la limitation de leur nombre et de leurs compétences territoriales ou encore leur régime de rémunération, d'indépendance, d'incompatibilités et d'inamovibilité, pour autant que ces restrictions permettent d'atteindre lesdits objectifs et sont nécessaires à cette fin ». C'est ainsi qu'avant même d'avoir conclu sur la question de la participation à l'exercice de l'autorité publique et donc sur l'applicabilité du Traité à l'accès à la profession de notaire, la Cour ouvre la porte à la suite du contentieux. La profession du notariat connaît des conditions d'accès et d'exercice spécifiques qui peuvent constituer des entraves et appeler un examen

au regard du droit européen. Si ce dernier s'applique à cette profession (comme nous l'expliquerons ci-dessous), il s'oppose également à toute mesure qui viendrait gêner l'accès ou l'exercice de cette profession pour les ressortissants d'autres États membres. D'autres procédures suivront probablement les arrêts du 24 mai 2011. Et pour celles-ci, la Cour a déjà annoncé la teneur du motif d'intérêt général que pourraient avancer les États en faveur de leur législation. Mais avant cela, la Cour doit préciser si les activités des notaires relèvent de la sphère d'application du Traité.

En raison de l'impact de l'article 51 TFUE qui, en retirant certaines activités de la sphère d'intervention du droit communautaire, tolère les discriminations les plus élémentaires, l'analyse opérée par la Cour est relativement serrée : il convient d'envisager si les activités des notaires comportent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique (*pt 77*). Cette analyse la conduit à dresser des critères, positifs et négatifs, d'identification des activités participant à l'exercice de l'autorité publique.

II. – La Cour n'a jamais élaboré de définition de la notion de « participation à l'exercice de l'autorité publique » au sens de l'article 51 TFUE, ce qui se comprend aisément au regard du caractère sensible et relatif de la notion (également en ce sens V. Michel, *Profession notariale : Europe 2011, comm. 248*). L'approche, nécessairement casuistique, définie dans l'arrêt *Reyners* (*CJCE*, 21 juin 1974, *aff. 2/74, Reyners c/ État belge : Rec. CJCE 1974, p. 631*) revient à analyser si l'activité en cause constitue une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique. Parmi les critères positifs avancés par la Cour dans ce cadre, certains sont relativement classiques (pour un résumé de la jurisprudence relative à l'article 51 TFUE et des critères progressivement élaborés par la Cour, V. S. Francq, *Les arrêts du 24 mai 2011 : une approche de la notion d'autorité publique au sens du droit européen, préc.*, p. 20-22) : il s'agit du pouvoir de contrainte, voire de coercition (par ex. V. *CJUE*, 29 avr. 2010, *aff. C-160/08, Commission c/ Allemagne*, *pt 82*) et du pouvoir de décision finale au nom de l'État (par ex., V. déjà l'arrêt *Reyners*, *préc.*, *pt 53*). Ces deux critères concourent ici à disqualifier les fonctions des notaires de la sphère de l'autorité publique, ainsi qu'à mettre en lumière deux nouveaux critères relatifs à la mise en œuvre de l'article 51 TFUE. À l'évidence, les notaires n'exercent pas de contrainte à l'égard des particuliers. La force exécutoire affectant certains actes notariés ne sert qu'à consacrer la volonté des parties (*pt 94*) et le refus éventuel de procéder en raison d'une cause quelconque d'invalidité laisse à ces dernières la possibilité d'amender leur contrat (*pt 88*). Par ailleurs, la Cour souligne que le pouvoir de décision revient en définitive aux juridictions, plus qu'au notaire dont la fonction se résume principalement à recueillir la volonté des parties, s'assurer de sa validité et à enregistrer celle-ci (*pt 42*). C'est ainsi que les arrêts du 24 mai 2011 offrent l'occasion d'identifier un nouveau critère « négatif », c'est-à-dire un critère permettant d'évincer les activités des notaires de la sphère d'intervention de l'article 51 TFUE : l'autonomie de la volonté (essentiellement *pts 80, 89 et 94*, mais l'idée sous-tend tout le raisonnement de la Cour). La volonté des parties conditionne l'intervention et le contenu des actes posés par

les notaires, ce qui semble incompatible avec l'exercice de l'autorité publique. Ce premier critère est ainsi lié au second critère émergeant des arrêts du 24 mai 2011. La Cour s'intéresse ici à un critère relatif aux conditions de concurrence entourant l'exercice de l'activité, peu exploité jusqu'à présent dans la jurisprudence (V. toutefois *CJCE*, 13 juill. 1993, *aff. C-42/92, Thijssen* : *Rec. CJCE* 1993, I, p. 4047, *pt* 19). Ainsi, la Cour souligne au point 99 que « en dehors des cas où la désignation d'un notaire est prévue par voie de justice, chaque partie a le libre choix d'un notaire [...] ». Elle poursuit : « S'il est vrai qu'une partie des honoraires des notaires est fixée par la loi, il n'en reste pas moins que la qualité des services fournis peut varier d'un notaire à l'autre en fonction, notamment, des aptitudes professionnelles des personnes concernées. Il s'ensuit que, dans les limites de leurs compétences territoriales respectives, les notaires exercent leur profession, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 18 de ses conclusions, dans des conditions de concurrence, ce qui n'est pas caractéristique de l'exercice de l'autorité publique ». Ces deux critères mis bout à bout donnent une image de la fonction de notaire plus proche du conseiller que de l'officier public (V. en particulier *pts* 89 et 100). C'est sans doute dans cette conception de la fonction du notaire que réside la seule justification permettant de distinguer la situation visée dans les arrêts du 24 mai 2011, de la fonction des officiers de marines ayant fait l'objet de l'arrêt *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española* (*CJCE*, 30 sept. 2003, *aff. C-405/01* : *Rec. CJCE* 2003, I, p. 10391). Dans cette affaire, la Cour avait dû se prononcer sur l'applicabilité de l'article 39, paragraphe 4, CE (*art. 45, § 4, TFUE*) aux capitaines de navires exerçant des « attributions en matière notariale et d'état civil » (*pt* 42 de l'arrêt *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*). Parce qu'ils sont habilités à dresser des actes de naissance, de décès et de filiation, à recevoir des testaments et à dresser des actes de mariage, ainsi qu'à exercer des fonctions de police à bord du navire, les fonctions de capitaine de navire ont été considérées comme participant à l'exercice de la puissance publique au sens des dispositions précitées, à charge pour les juridictions de fond d'évaluer si ces prérogatives étaient exercées de manière habituelle et substantielle. La Cour semble un peu mal à l'aise lorsqu'elle doit distinguer la situation des notaires de celle des capitaines de navires. Elle estime qu'elle n'a, à l'époque, « pas examiné l'unique attribution en matière notariale confiée aux capitaines et aux seconds de navires, à savoir la réception, la garde et la remise de testaments, séparément de leurs autres compétences, telles que, notamment, les pouvoirs de coercition ou de sanction dont ils sont investis » (*pt* 104 de l'arrêt du 24 mai 2011). Mais en réalité, le raisonnement général suivi dans les arrêts portant sur les activités des notaires permet au mieux d'identifier la distinction entre les notaires et les capitaines de navires. Le capitaine de navire reçoit les actes en question par nécessité, alors que le notaire intervient à la suite d'un choix des parties.

Il y aurait encore beaucoup à dire sur la notion d'autorité publique et en particulier sur l'importance du facteur de l'autonomie de la volonté (pour plus de détails, V. S. Francq, *Les arrêts du 24 mai 2011 : une approche de la notion d'autorité publique au sens du droit européen*, *préc.*) et sur l'impact concret des

arrêts du 24 mai 2011, au reste, très bien anticipé (D. Gobert, *La régulation des professions libérales par le droit de l'Union européenne : Thèse soutenue le 6 juillet 2011, Université Picardie Jules Verne, non encore publiée*, p. 64-78. – N. Poli, *Les restrictions à la libre circulation dans l'Union européenne et l'activité notariale* : *Rép. Defrénois* 1998, n° 9, art. 36798, p. 561. – D. Fasquelle, *Le notaire saisi par le droit communautaire* : *Rép. Defrénois* 2006, n° 17, art. 38347, p. 1251), puis commenté par la doctrine (F. Rome, *L'Europe et les notaires : même pas peur* : *Rec. Dalloz* 2011, p. 1401. – F. Picod, *Les notaires ne participent en rien à l'exercice de l'autorité publique* : *JCP E* 2011, n° 23 p. 43. – V. Michel, *Profession notariale, préc.* – M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat, *Chronique de jurisprudence de la CJUE. Liberté d'établissement, autorité publique et notariat : L'actualité juridique - Droit administratif*, 2011, p. 1615-1617. – L. Defalque, *Les arrêts du 24 mai 2011 et le droit d'établissement des notaires*, *préc.* – H. Casman, *Les arrêts du 24 mai 2011 et l'accès à la profession de notaire en Belgique* : *Journal des tribunaux*, 2012, p. 23-26). Mais seuls deux éléments méritent sans doute d'être rappelés en guise de conclusion dans le cadre de cette chronique : l'existence en 2012 de discriminations directes et l'étonnante actualité jurisprudentielle entourant les clauses du Traité relatives à l'exercice de l'autorité publique (on compte onze arrêts rendus depuis 2000 dans ce domaine, si les affaires du 24 mai 2011 sont comptabilisées comme une seule affaire : *CJCE*, 9 mars 2000, *aff. C-355/98, Commission c/ Royaume de Belgique* : *Rec. CJCE* 2000, I, p. 1221. – *CJCE*, 18 mai 2000, *aff. C-206/98, Commission c/ Royaume de Belgique* : *Rec. CJCE* 2000, I, p. 3509. – *CJCE*, 31 mai 2001, *aff. C-283/99, Commission c/ République italienne* : *Rec. CJCE* 2001, I, p. 4363. – *CJCE*, 30 mars 2006, *aff. C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl c/ Giuseppe Calafiori* : *Rec. CJCE* 2006, I, p. 2941. – *CJCE*, 29 nov. 2007, *aff. C-404/05, Commission c/ République fédérale d'Allemagne* : *Rec. CJCE* 2007, I, p. 10239. – *CJUE*, 13 déc. 2007, *aff. C-465/05, Commission c/ République italienne* : *Rec. CJCE* 2007, I, p. 11091. – *CJCE*, 18 déc. 2007, *aff. C-281/06, Jundt c/ Finanzamt Offenburg* : *Rec. CJCE* 2007, I, p. 12231. – *CJCE*, 22 oct. 2009, *aff. C-438/08, Commission c/ République portugaise* : *Rec. CJCE* 2009, I, p. 10219. – *CJUE*, 29 avr. 2010, *aff. C-160/08, Commission c/ République fédérale d'Allemagne* : *Rec. CJUE* 2010, I, p. 3713. – *CJUE*, 17 mars 2011, *aff. C-372/09 et C-373/09, Josep Peñarroja Fa, non encore publié au Recueil*).

S. F.

Citoyenneté de l'Union. – Articles 20 et 21 TFUE. – Droit de séjour des ressortissants d'États tiers membres de la famille de citoyens de l'Union. – Absence de déplacement au sein de l'Union. – Citoyens sédentaires. – Champ d'application des dispositions du Traité relatives à la citoyenneté. – Atteinte à l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen. – Discrimination à rebours. – Droits fondamentaux. – Respect de la vie privée et familiale. – Nationalité.

CJUE. – Grande ch. – 8 mars 2011. – *aff. C-34/09*. – Gerardo Ruiz Zambrano c/ Office national de l'emploi (ONEm). – E. Sharpston, avocat général.

CJUE. – 3^e ch. – 5 mai 2011. – aff. C-434/09. – Shirley McCarthy c/ Secretary of State for Home Department. – J. Kokott, avocat général.

CJUE. – Grande ch. – 15 nov. 2011. – aff. C-256/11. – Murat Dereci et a. c/ Bundesministerium für Inneres. – P. Mengozzi, avocat général.

L'article 20 TFUE confère à toute personne ayant la nationalité d'un État membre le statut de citoyen de l'Union. Alors qu'ils ont toujours résidé en Belgique, les deuxième et troisième enfants du demandeur bénéficient de ce statut, en raison de leur nationalité belge. L'article 20 s'oppose à des mesures nationales ayant pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen. Tel est le cas d'un refus de séjour opposé au demandeur, ressortissant d'un État tiers et père de deux enfants en bas âge possédant le statut de citoyen européen dont il assume la charge dans l'État de résidence de ces derniers, ainsi que du refus d'octroyer à cette personne un permis de travail (1^{re} esp.).

L'article 21 n'est pas applicable à un citoyen de l'Union qui n'a jamais fait usage de son droit de libre circulation, qui a toujours résidé dans l'État membre dont il possède la nationalité et qui jouit par ailleurs de la nationalité d'un autre État membre pour autant que la situation de ce citoyen ne comporte pas de mesures qui auraient pour effet de le priver de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen ou d'entraver l'exercice de son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. La non-prise en compte par les autorités de son État de résidence (dont elle possède également la nationalité) de la nationalité d'un autre État membre invoquée par la demanderesse pour fonder son droit au séjour dans l'État de résidence n'affecte aucunement cette dernière dans son droit de séjourner et de circuler sur le territoire des États membres, même si elle perd par conséquent la possibilité d'obtenir un titre de séjour pour son époux ressortissant d'un État tiers (2^e esp.).

La directive 2004/38 n'est pas applicable dans la situation de ressortissants d'États tiers désirant vivre avec des membres de leur famille, ces derniers étant citoyens de l'Union résidant en Autriche et possédant la nationalité de ce dernier État, mais n'ayant jamais fait usage de leur droit de libre circulation. En vertu de l'article 20 TFUE, les ressortissants d'un État membre jouissent du statut de citoyen de l'Union. Cette disposition s'oppose à des mesures nationales qui ont pour effet de priver le citoyen de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par ce statut. Ce critère se réfère à des situations caractérisées par la circonstance que le citoyen de l'Union se voit obligé, en fait, de quitter le territoire non seulement de l'État membre dont il est ressortissant, mais également de l'Union pris dans son ensemble. Lorsqu'un citoyen de l'Union souhaite que des membres de sa famille ne possédant pas la nationalité d'un État membre puissent résider avec lui sur le territoire d'un État membre, pour des raisons économiques ou en vue de maintenir l'unité familiale, le refus d'un tel droit aux membres de la famille ne constitue pas en soi une atteinte à l'essentiel des droits du citoyen contraignant ce dernier à quitter le territoire de l'Union. L'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, relatif au droit au respect de la vie privée et familiale, vise uniquement les situations où les États membres mettent en œuvre le droit de l'Union (3^e esp.).

NOTE. - La problématique du droit de séjour des ressortissants d'État tiers, membres de la famille d'un citoyen de l'Union résidant dans son État d'origine, a donné lieu à trois arrêts majeurs cette année. Si la concordance temporelle concernant l'introduction des deux premières affaires est le résultat du hasard (*Ruiz Zambrano et McCarthy*), les questions posées dans la troisième affaire (*Dereci* – en réalité un groupe d'affaires) résultent directement de la réponse donnée par la Cour dans la première affaire. Le président de la Cour a décidé de soumettre la troisième question préjudicielle à la procédure accélérée prévue par

le statut de la Cour, de telle sorte que l'affaire introduite le 25 mai 2011 a pu être tranchée le 15 novembre 2011. Le rappel des faits à l'origine des trois affaires (I) permettra de comprendre l'importance pratique des trois problématiques de fond abordées par la Cour : le domaine d'application des dispositions du TFUE relatives à la citoyenneté (II), le domaine d'application de la Charte, et en particulier de la disposition relative à la protection de la vie privée et familiale (III-A) et enfin, la problématique des discriminations à rebours (III-B).

I. – La première affaire concerne M. Ruiz Zambrano et son épouse, tous deux de nationalité colombienne. Arrivé en Belgique en 1999, accompagné d'un enfant de trois ans, le couple demanda à bénéficier du statut de réfugié, ce qui lui fut refusé malgré les circonstances dramatiques que les époux avaient vécues en Bolivie (dont l'enlèvement de leur tout jeune enfant). L'ordre de quitter le territoire qui leur fut alors notifié était assorti d'une clause de non reconduite en Colombie, au vu de la situation de guerre civile prévalant dans ce pays. Leur deuxième demande de régularisation a également été refusée. Par la suite, M. et M^{me} Ruiz Zambrano ont encore eu deux enfants nés en Belgique. Par l'effet de la combinaison des lois belge et colombienne de la nationalité, ces enfants possèdent uniquement la nationalité belge. En effet, la loi colombienne n'attribue pas automatiquement la nationalité colombienne aux enfants nés hors du territoire colombien en l'absence de démarche expresse des parents en vue de l'obtention de la nationalité colombienne, démarches non entreprises par les époux Ruiz Zambrano. La loi belge de l'époque attribuait automatiquement la nationalité belge aux enfants apatrides nés sur le territoire belge. En tant qu'ascendant de ressortissants belges, les parents ont formulé une troisième demande de régularisation, demande rejetée en 2006 et contre laquelle ils ont introduit un recours en révision, puis un recours en annulation. Entre-temps, la famille s'était, semble-t-il, parfaitement intégrée en Belgique où M. Ruiz Zambrano a bénéficié d'un emploi entre 2001 et 2006, obtenu en l'absence de permis de travail mais ayant donné lieu au versement de charges sociales dûment déclarées. Mis en chômage technique pendant une courte période, puis finalement licencié à la suite d'un contrôle officiel confirmant l'absence de permis de travail, M. Ruiz Zambrano se vit refuser les allocations de chômage au motif que les prestations de travail effectuées en l'absence de permis de travail ne pouvaient être prises en considération en vue d'ouvrir le droit à ces allocations. Le litige au principal, relatif à l'octroi des allocations de chômage, pendant en Belgique devant le tribunal du travail, impliquait une appréciation de la nécessité d'un permis de travail et donc de la qualité du séjour. M. Ruiz Zambrano soulignait en effet que, bénéficiant d'un droit de séjour en tant qu'ascendant d'un enfant en bas âge ressortissant d'un État membre, il était dispensé de l'obligation de posséder un permis de séjour.

La deuxième affaire concerne un lien matrimonial. M^{me} McCarthy, de nationalité britannique, a toujours résidé au Royaume-Uni où elle est allocataire de prestations sociales. Elle a épousé en 2002 un ressortissant jamaïcain qui ne possède pas de titre de séjour au Royaume-Uni, même en tant que conjoint d'un ressortissant britannique. Possédant également la nationalité irlandaise,

M^{me} McCarthy a, après son mariage, sollicité pour la première fois l'obtention d'un passeport irlandais sur le fondement duquel elle a ensuite demandé au Royaume-Uni une autorisation de séjour pour elle, en tant que citoyen européen, et pour son mari, en tant que conjoint d'un citoyen européen. Cette demande a été refusée et a donné lieu à différents recours dont le dernier était pendant devant la juridiction de renvoi.

La troisième question préjudicielle porte sur une série de cinq litiges pendants en Autriche à l'encontre du *Bundesministerium für Inneres* en raison de décisions de refus d'octroi de titre de séjour à des ressortissants de pays tiers souhaitant vivre en Autriche avec des membres de leur famille, eux-mêmes ressortissants autrichiens. Les cinq affaires portaient sur des situations très variées allant de celle de l'épouse sri lankaise d'un ressortissant autrichien (M^{me} Heilm) entrée légalement en Autriche après son mariage en compagnie de son époux et souhaitant régulariser sa situation à la suite de l'expiration de son titre de séjour, à celle d'une ressortissante serbe, mariée et mère d'enfants majeurs en Serbie, souhaitant venir vivre en Autriche auprès de son père (M^{me} Sevic) ou encore celle d'une personne entrée en Autriche à l'âge de 2 ans et souhaitant, à 29 ans, continuer à y demeurer auprès de sa mère devenue Autrichienne (M. Kokollari), à celle d'un ressortissant nigérian entré illégalement en Autriche et souhaitant y demeurer auprès de la ressortissante autrichienne avec laquelle il s'était entre-temps marié (M. Maduike). De toutes ces affaires, la plus remarquable en ce qu'elle présente des similarités avec l'affaire *Ruiz Zambrano*, est l'affaire *Dereci* (donnant son nom à la troisième question préjudicielle). Après être entré illégalement en Autriche, M. Dereci de nationalité turque a épousé une ressortissante autrichienne avec laquelle il a eu trois enfants, tous mineurs et de nationalité autrichienne. La question de savoir si M. Dereci assumait ou non la charge financière de ses enfants était controversée (comp. pt 34 des conclusions de l'arrêt *Dereci* et pt 42 de l'arrêt *Dereci*).

Dans les trois cas, la problématique de fond concerne le droit de séjour d'un membre de la famille, issu d'un pays tiers, d'un citoyen européen dit « sédentaire », c'est-à-dire d'un citoyen européen résidant dans l'État dont il a la nationalité et n'ayant pas fait usage des libertés de circulation prévues par le Traité. En effet, M. et M^{me} Ruiz Zambrano se fondent sur la nationalité belge de leurs enfants pour solliciter un titre de séjour en Belgique, État sur le territoire duquel les enfants sont nés et qu'ils n'ont jamais quitté. M^{me} McCarthy n'a jamais quitté le Royaume-Uni où, en tant que ressortissante britannique, elle dispose d'un droit de séjour indiscuté. L'invocation de la nationalité irlandaise vise en réalité à conférer à M. McCarthy un droit de séjour dérivé tiré du droit européen (pt 23 de l'arrêt *McCarthy*). Les ressortissants autrichiens souhaitant ouvrir un droit de séjour en faveur des membres de leur famille issus de pays tiers dans l'affaire *Dereci* sont tous établis en Autriche et ne témoignent d'aucun projet, passé ou futur, de séjour dans un autre État membre. Il s'agissait donc de savoir si, dans de telles circonstances, c'est-à-dire en l'absence de tout déplacement à l'intérieur de l'Union, un citoyen européen peut se fonder sur les dispositions du Traité pour fonder le droit de séjour dérivé des membres de sa

famille (II) ou sur les dispositions de la Charte pour obtenir le respect de sa vie familiale (III-A). L'établissement d'une distinction entre le citoyen européen dit sédentaire et le citoyen européen ayant fait usage des libertés tirées du traité relève de la problématique des discriminations à rebours qui s'agissant du « statut fondamental » des ressortissants des États membres, peut sembler aujourd'hui dépassé (III-B).

Au niveau factuel, parmi les trois affaires, les faits de l'affaire *Ruiz Zambrano* se distinguent en ce qu'ils impliquent des enfants en bas âge et dépendants de leurs parents ressortissants de pays tiers. Dans l'affaire *Dereci*, la Cour utilisera ces éléments, présentés comme centraux pour la motivation de l'arrêt *Ruiz Zambrano* (pt 34 des conclusions dans l'affaire *Dereci* et 65 et 66 de l'arrêt *Dereci*) en vue de distinguer les deux affaires. La Cour établit en définitive un critère factuel permettant d'isoler les cas d'application des dispositions relatives à la citoyenneté dans l'hypothèse des citoyens sédentaires : il s'agira d'analyser si un refus de séjour opposé au ressortissant étranger membre de la famille d'un citoyen européen met « en fait » ce dernier dans l'impossibilité d'exercer l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen (pt 65 de l'arrêt *Dereci*). L'analyse de ce critère est envisagée au point suivant (II).

II. – Champ d'application des dispositions du TFUE relatives à la citoyenneté. – Les trois arrêts donnent à la Cour l'occasion de préciser le champ d'application des dispositions du TFUE relatives à la citoyenneté. En réalité, la Cour remplace l'ancien critère lié à l'utilisation d'une liberté communautaire, dont les frontières s'étaient progressivement érodées, par un nouveau critère lié à l'effectivité des droits du citoyen. Cette modification mérite quelques précisions relatives à l'identification des dispositions en cause (A), ainsi qu'une analyse du développement et du contenu du nouveau critère (B) soulevant à son tour de nouvelles questions (C).

A. – Les dispositions concernées. – Les affaires sous rubrique concernaient toutes la possibilité pour un citoyen de l'Union de séjourner dans l'État membre dont il est ressortissant, en compagnie d'un membre de sa famille. Dans chaque cas, la problématique peut donc se résumer à deux questions : (i) le citoyen de l'Union, bien que sédentaire, dispose-t-il d'un droit de séjour dans l'État membre de sa nationalité, tiré des dispositions du Traité relatives à la citoyenneté ? ; (ii) si le citoyen de l'Union dispose d'un tel droit, le membre de sa famille ressortissant d'un État tiers dispose-t-il d'un droit dérivé l'autorisant à demeurer dans l'État membre où séjourne le citoyen ? La distinction entre ces deux questions est parfaitement identifiée dans les conclusions de l'avocat général Sharpston rendues dans l'affaire *Ruiz Zambrano* (pt 50 des conclusions de M. Sharpston présentées le 30 septembre 2010 dans l'affaire *Ruiz Zambrano*). Curieusement, la réponse de la Cour tend à mélanger les deux questions (V. *infra* B et C). C'est probablement pour cette raison que l'identification de la disposition fondant ces droits demeure incertaine (V. les conclusions de l'avocat général Mengozzi dans l'affaire *Dereci*, pt 31 et note 21). Dans le premier arrêt, la Cour se réfère à l'article 20 TFUE (pt 45 de l'arrêt *Ruiz Zambrano*), dans le deuxième, à l'article 21 TFUE (pts 44 et s. de l'arrêt *McCarthy*), pour revenir à

l'article 20 TFUE dans le troisième (pts 60-68 de l'arrêt *Dereci*). La mise en œuvre de l'article 21 TFUE dépendant de la question de savoir si la personne bénéficie du statut de citoyen tel que défini par l'article 20 TFUE, les deux dispositions auraient pu être abordées dans l'ordre qui suit : l'article 20 TFUE pour fixer le domaine d'application des dispositions du Traité en matière de citoyenneté, l'article 21 TFUE pour vérifier le contenu du droit de séjour. Le défaut d'identification de la fonction précise de chacune des dispositions témoigne d'une tendance transversale dans ces trois arrêts consistant à assimiler la question de substance du droit à celle de l'identification du destinataire (*infra* C).

En ce qui concerne l'identification des dispositions pertinentes, il était, en revanche, certain que les directives 2003/86 (*Dir. 2003/86/CE, 22 sept. 2003 relative au droit au regroupement familial : JOUE n° L 251, 3 oct. 2003, p. 12*) et 2004/38 (*Dir. 2004/38/CE, 29 avr. 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres : JOUE n° L 158, 30 avr. 2004, p. 77*) n'étaient pas applicables. La première ne s'applique pas aux membres de la famille d'un citoyen de l'Union (*Dir. 2003/86/CE, art. 3, § 3*) et la seconde concerne uniquement le citoyen qui se rend ou séjourne « dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité », ainsi que les membres de sa famille (ressortissants d'États membres ou tiers) qui l'accompagnent (*Dir. 2004/38/CE, art. 3, § 1*).

B. – L'élaboration d'un nouveau critère d'applicabilité. – Comme le relève très justement l'avocat général Sharpston, les frontières d'application des dispositions du Traité relatives à la citoyenneté semblent difficiles à tracer (en particulier pts 77-80 et 93-96 des conclusions de M. Sharpston dans l'affaire *Ruiz Zambrano*). Si les droits de la citoyenneté sont généralement invoqués dans le cadre d'un déplacement transfrontalier, plusieurs affaires récentes ont montré que le « statut fondamental » des ressortissants européens (selon l'expression de l'arrêt *Grzelczyk : CJCE, 20 sept. 2001, aff. C-184/99, pt 31*) est sans doute appelé à influencer leur situation même en l'absence de tout déplacement entre États membres de l'Union européenne. Comme le précise l'avocat général Sharpston (pt 77), les affaires *Garcia Avello* (*CJUE, 2 oct. 2010, aff. C-148/02 – binationaux pouvant invoquer dans l'État de leur résidence, dont ils portent la nationalité, le droit de l'État de leur seconde nationalité en vue de régir l'attribution du nom de famille*), *Zhu et Chen* (*CJCE, 19 oct. 2004, aff. C-200/02 – enfant ayant acquis la nationalité d'un premier État membre où elle n'a jamais résidé, et invoquant cette nationalité en vue d'obtenir un droit de séjour pour sa mère dans le second État membre où elle a par ailleurs toujours résidé*), *Rottmann* (*CJUE, 2 mars 2010, aff. C-135/08 – national d'un État membre, ayant perdu cette nationalité après avoir acquis par naturalisation la nationalité d'un second État membre, résidant dans le second État membre et risquant l'apatridie en cas de retrait de la nationalité du second État membre*) ont permis l'application des dispositions du Traité relatives à la citoyenneté dans des hypothèses où les citoyens en cause étaient en réalité sédentaires. La Cour s'est alors satisfaite de déplacements

internes (arrêt *Zhu et Chen* où le déplacement se déroule à l'intérieur des frontières du Royaume-Uni, le seul élément d'extranéité étant constitué par la nationalité de l'enfant) ou même, en l'absence de tout déplacement, de la bi-nationalité des protagonistes (arrêt *Garcia Avello* où les intéressées ont pu invoquer le droit de l'État où ils n'ont jamais résidé à l'encontre de l'État sur le territoire duquel ils ont toujours résidé – V. pt 27 de l'arrêt *Garcia Avello* : « Toutefois, un tel rattachement au droit communautaire existe à l'égard de personnes se trouvant dans une situation telle que celle des enfants de M. Garcia Avello, qui sont des ressortissants d'un État membre séjournant légalement sur le territoire d'un autre État membre ») jusqu'au point où elle ne s'est plus interrogée sur l'existence d'un déplacement (arrêt *Rottmann* où la Cour ne prend pas en compte l'existence d'un déplacement antérieur à la naturalisation). De sorte que l'on peut se demander si le critère central du « rattachement [de la situation] au droit communautaire » supposant l'existence d'un déplacement physique au sein de l'Union européenne n'est pas progressivement abandonné en faveur d'un critère visant le national d'un État membre lorsqu'il se trouve (même depuis toujours) sur le territoire d'un autre État membre, ou encore plus simplement, tous les nationaux des États membres indépendamment de leur lieu de résidence au sein de l'Union. C'est ce que suggère le récent arrêt *Rottmann*. Ce dernier arrêt annonce d'ailleurs l'avènement d'une vision plus fonctionnelle des hypothèses d'application des dispositions du Traité liées à la nationalité. Dans cet arrêt, la Cour énonce « que la situation d'un citoyen de l'Union qui, tel le requérant au principal, est confronté à une décision de retrait de la naturalisation adoptée par les autorités d'un État membre le plaçant, après qu'il a perdu la nationalité d'un autre État membre qu'il possédait à l'origine, dans une situation susceptible d'entraîner la perte du statut conféré par l'article 17 CE et des droits y attachés relève, par sa nature et ses conséquences, du droit de l'Union ». Ici, le potentiel dommageable de la mesure nationale est pris en considération pour décider de l'application des règles du Traité relatives à la citoyenneté, indépendamment de tout déplacement physique du citoyen concerné ou même d'une quelconque configuration de bi-nationalité. Dans l'arrêt *Rottmann*, la seule question consiste apparemment à se demander si la mesure nationale peut priver le citoyen des droits qui lui sont conférés par le Traité.

Les affaires sous rubrique se situent dans le prolongement de cet arrêt. Dans une époque marquée par l'insécurité juridique entourant l'identification des hypothèses d'application des droits des citoyens de l'Union, la Cour a, en l'espace de douze mois, soufflé le chaud et le froid sur cette même question, pour consacrer un critère fonctionnel, centré sur l'effectivité des droits conférés. La concrétisation de ce critère évolue, au fil des trois arrêts, dans un sens de plus en plus restrictif.

Dans l'arrêt *Ruiz Zambrano*, la Cour rappelle dans un premier temps que tout ressortissant d'un État membre bénéficie du statut de citoyen de l'Union (pt 40) pour en déduire (sans s'étendre sur le lien de cause à effet) que l'article 20 TFUE « s'oppose à des mesures nationales ayant pour effet de priver les citoyens de

l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen » (pt 42), ce qui est le cas d'un refus de séjour et de permis de travail opposé au ressortissant d'un État tiers assumant la charge de ses enfants en bas âge, citoyens de l'Union dans l'État de résidence et de nationalité de ceux-ci (pt 44). Un tel refus aurait pour effet de forcer les enfants à quitter le territoire de l'Union en compagnie de leurs parents et les placerait ainsi dans l'impossibilité d'exercer l'essentiel des droits conférés par leur statut de citoyen. Dans la lignée de l'arrêt *Rottmann*, la Cour se satisfait donc de l'existence de la nationalité d'un État membre et de la possibilité d'une atteinte au cœur des droits du citoyen concerné, l'essence de ces droits étant ici matérialisée par la possibilité de continuer à séjourner dans l'État de la nationalité du citoyen concerné. La Cour constate en effet que, s'agissant d'enfants en bas âge, dépendants de leurs parents, le refus d'un titre de séjour à l'égard des derniers entraînerait le départ des premiers, les privant ainsi de la jouissance effective de leur droit de séjour.

Dans l'arrêt *McCarthy*, la Cour resserre son appréciation de l'atteinte potentielle à l'essentiel des droits du citoyen. Dans le cas de M^{me} McCarthy, qui ne dépend pas de son mari pour exercer son droit de séjour au Royaume-Uni, la Cour considère l'article 21 comme inapplicable (pt 56). Cette situation, dont « l'ensemble des éléments pertinents se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre », « ne présente aucun facteur de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par le droit de l'Union » (pt 55). La Cour précise que cette situation se distingue de celle des enfants Ruiz Zambrano en ce que « la mesure nationale en cause [...] n'a pas pour effet que M^{me} McCarthy se verra obligée de quitter le territoire de l'Union » puisqu'elle « bénéficie [...] d'un droit de séjour inconditionnel au Royaume-Uni » (pt 50). En tant que ressortissants belges, les enfants Ruiz Zambrano bénéficiaient également d'un droit de séjour inconditionnel en Belgique, mais c'est plus fondamentalement leur jeune âge qui les empêchait de résider dans ce pays en l'absence de leurs parents. M^{me} McCarthy, en revanche, peut continuer à résider au Royaume-Uni, même si son époux en est expulsé, au prix certes de l'effectivité de sa vie de famille.

Dans l'arrêt *Dereci*, la Cour identifie définitivement le nouveau critère d'applicabilité des droits des citoyens de l'Union lorsqu'ils résident dans l'État membre de leur nationalité. La Cour confirme que « la situation d'un citoyen qui [...] n'a pas fait usage du droit de libre circulation ne saurait de ce seul fait, être assimilée à une situation purement interne » (pt 61) et que l'article 20 TFUE « s'oppose à des mesures nationales qui ont pour effet de priver les citoyens de l'Union de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par ce statut » (pt 63). Mais elle donne au critère lié à la privation de la jouissance de l'essentiel des droits tirés de la citoyenneté un tour restrictif : ce critère se réfère « à des situations caractérisées par la circonstance que le citoyen de l'Union se voit obligé, en fait, de quitter le territoire non seulement de l'État membre dont il est ressortissant, mais également de l'Union pris dans son ensemble » (pt 66). Il s'agit de situations dans lesquelles l'effet utile des dispositions du Traité est mis en cause (pt 67), c'est-à-dire de situations dans lesquelles le citoyen serait contraint de quitter le territoire de l'Union européenne si un droit de séjour n'est

pas accordé au membre de sa famille (pt 68). Le simple souhait d'unité familiale ne suffit pas (pt 68).

Au final, les arrêts apportent une réelle nouveauté en autorisant l'application des dispositions relatives à la citoyenneté « même si l'intéressé n'a pas fait usage de son droit à la libre circulation au sein de l'Union » (S. Corneloup, *Citoyenneté européenne : la Cour de justice apporte une nouvelle pierre à son édifice – Note sous CJUE, 8 mars 2011, C-34/09, Ruiz Zambrano : Rec. Dalloz 2011, n° 19, p. 1325*). Le critère reposant sur l'utilisation des libertés communautaires (et donc généralement, sur un déplacement physique du bénéficiaire) peut, dans certains cas, être mis de côté. Dans les trois affaires, les États avaient plaidé unanimement que, s'agissant de situations purement internes, les articles 20 ou 21 TFUE ne trouvaient pas à s'appliquer (pt 37 de l'arrêt *Ruiz Zambrano* ; pt 39 de l'arrêt *Dereci* ; pt 23 des conclusions de Mme. Kokott déposées le 25 novembre 2010 dans l'affaire *McCarthy*). La Cour, en revanche, souligne que l'absence d'utilisation d'une liberté communautaire ne suffit pas à qualifier la situation de purement interne (pt 46 de l'arrêt *McCarthy* ; pt 61 de l'arrêt *Dereci*). Ceci confirme l'essor progressif de l'autonomie du statut du citoyen de l'Union et la pénétration de ce statut dans la sphère du droit interne. L'applicabilité des articles 20 et 21 TFUE dans les cas visés (c'est-à-dire dans l'hypothèse où ces droits sont invoqués par un citoyen européen à l'encontre de l'État dont il possède la nationalité et sur le territoire duquel il réside) repose sur un double critère exigeant, d'une part, la confirmation du statut de citoyen (découlant de la nationalité d'un État membre) et, d'autre part, l'existence d'une atteinte « essentielle » aux droits tirés du Traité : le bénéfice effectif du cœur de ces droits doit être mis à mal. Mais le nouveau critère adopté par la Cour pour définir les cas d'application des dispositions relatives à la citoyenneté dans les rapports entre un national sédentaire et son État d'origine emporte inévitablement une série de questions quant à son impact concret et quant à sa nature.

C. – Les questionnements ouverts par le nouveau critère. – Premièrement, l'impact de ce nouveau critère risque d'être extrêmement limité. Hormis l'hypothèse envisagée dans l'affaire *Ruiz Zambrano*, dont la Cour prend soin de s'écarter dans l'arrêt *Dereci*, on voit mal quel type de situation pourrait correspondre aux exigences de ce critère. En effet, le critère, tel que précisé dans l'arrêt *Dereci*, repose sur la menace de devoir quitter le territoire de l'Union pris dans son ensemble. L'existence d'une telle menace n'existe qu'à l'encontre de citoyens incapables de bénéficier de la directive 2004/38/CE, c'est-à-dire mis dans l'impossibilité de remplir les conditions posées par l'article 7 de cette directive pour un séjour de plus de trois mois. Par exemple, une personne âgée ou malade, nécessitant des soins à domicile et ne pouvant envisager de s'établir dans un autre État membre, risquerait de se voir privée du droit de séjour dans son État de résidence (dont elle aurait la nationalité) si aucun membre de sa famille (ressortissant d'un pays tiers) ne pouvait la rejoindre. Mais l'on pourrait objecter que les services sociaux offerts dans l'État membre en question pallient l'absence d'un membre de la famille. Le critère de la privation de l'essentiel des droits tirés de la citoyenneté ne pourrait-il viser que des enfants mineurs et

dépendants de leurs parents, tous deux ressortissants d'États tiers ? On reste en effet un peu mal à l'aise devant la succession des affaires et le sort variable qui leur fut réservé. Entre les enfants Dereci et les enfants Ruiz Zambrano, il n'existe qu'une différence : la mère des enfants Dereci, de nationalité autrichienne, et donc citoyen de l'Union européenne, peut demeurer sur le territoire de l'Union. Sa présence possible sur le territoire de l'Union entraîne l'éclatement de la famille (sous réserve d'un droit tiré de la Convention EDH sur lequel on reviendra *infra* III-A). Il s'agit là, bien sûr, d'une discrimination à rebours (*infra* III-B). L'arrêt *Dereci* signifie que, même à l'égard d'enfants mineurs et dépendants, le critère nouvellement établi par la Cour sera rempli uniquement lorsque les deux parents sont ressortissants d'États tiers (sauf si le parent jouissant du statut de citoyen est incapable de subvenir aux besoins de ses enfants). Autrement dit, les cas d'application de cette nouvelle perspective pour la citoyenneté européenne s'avéreront rares.

Ensuite, ces arrêts entraînent inévitablement quelques interrogations relatives à la cohérence des lignes interprétatives suivies par la Cour, au regard des précédents, comme au sein du groupe des trois décisions rendues cette année.

Au regard des précédents, la comparaison entre l'arrêt *McCarthy* et l'arrêt *Garcia Avello* révèle une certaine similarité des configurations factuelles. L'arrêt *McCarthy* porte sur une personne bi-nationale, la première nationalité étant celle de son État de résidence et la seconde celle d'un État avec lequel l'intéressé ne présente aucun lien effectif. Dans ce cas, il est finalement refusé à M^{me} McCarthy de se prévaloir de sa seconde nationalité. Dans l'arrêt *Garcia Avello*, en revanche, la Cour autorise les enfants à se prévaloir de la nationalité d'un État sur le territoire duquel ils n'ont jamais résidé à l'encontre de l'État dont ils possèdent également la nationalité et sur le territoire duquel ils résident. L'on s'étonne forcément de voir la Cour considérer que « l'ensemble des éléments pertinents » de la situation de M^{me} McCarthy « se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre » et que cette situation « ne présente aucun facteur de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par le droit de l'Union » (pt 55 de l'arrêt *McCarthy*) alors que dans le cas des enfants Garcia Avello, elle a estimé qu'« un tel rattachement au droit communautaire existe à l'égard de personnes se trouvant dans une situation telle que celle des enfants de M. Garcia Avello, qui sont des ressortissants d'un État membre séjournant légalement sur le territoire d'un autre État membre » (pt 27 de l'arrêt *Garcia Avello*). L'explication de la Cour relative à la différence de traitement établie entre les familles Garcia Avello et McCarthy, liée à l'existence d'une entrave à la future circulation des enfants Garcia Avello, ne convainc guère, d'autant que cette référence à la notion d'entrave sera abandonnée dans l'arrêt *Dereci*.

En ce qui concerne la cohérence des lignes interprétatives marquant les trois arrêts de cette année, on a déjà relevé combien la comparaison entre l'arrêt *Dereci* et l'arrêt *Ruiz Zambrano* donne à réfléchir. Par ailleurs, dans l'arrêt *McCarthy*, à l'inverse des arrêts *Ruiz Zambrano* et *Dereci*, la Cour se réfère à la notion d'entrave comme une alternative au critère de la privation de la jouissance effective de l'essentiel des droits du citoyen. Ainsi, dans le dispositif de l'arrêt

McCarthy, la notion d'entrave est distinguée de l'hypothèse de l'atteinte à l'essentiel des droits du citoyen (pt 56). L'article 21 TFUE trouverait à s'appliquer, même pour un citoyen « sédentaire » invoquant le droit de l'Union à l'encontre de l'État dont il possède la nationalité et sur le territoire duquel il réside, si la mesure nationale a soit pour effet de le priver « de la jouissance effective de l'essentiel des droits conférés par le statut de citoyen », soit « d'entraver l'exercice de son droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres » (pt 56). Ce passage de l'arrêt *McCarthy* laisse entendre que des gradations peuvent être identifiées dans la nature des désagréments subis par les citoyens sédentaires, et que l'ensemble de ces désagréments (de la simple entrave à la privation de l'essentiel des droits) peut entraîner l'application de l'article 21 TFUE. Dans l'arrêt *Dereci*, cependant, la référence à l'entrave que pourrait représenter la mesure nationale disparaît. Que faut-il en conclure ? Dans l'intervalle, un auteur s'était interrogé sur les relations entre ces deux critères élaborés dans l'arrêt *McCarthy* : fonctionnent-ils de manière cumulative ou alternative pour déterminer l'applicabilité de l'article 21 TFUE (T. Bombois, *La citoyenneté européenne appliquée aux situations purement internes : portée et enjeux des arrêts Zambrano et McCarthy* : JLMB 2011, p. 1227-1244, spéc. p. 1232) ? Ces interrogations sont probablement dépassées, car l'arrêt *Dereci* entend clairement limiter les possibilités ouvertes par l'arrêt *Ruiz Zambrano* (V. en particulier pt 67 de l'arrêt *Dereci*).

Enfin, d'un point de vue ontologique, le critère présente quelque étrangeté (V. J.-Y. Carlier, *La libre circulation des personnes dans et vers l'Union européenne – Chronique de jurisprudence de la CJUE 2011* : JDE 2012, à paraître, n° 12, qui questionne le contenu du critère lié à « l'essentiel des droits »). Comme relevé plus haut, lorsqu'est en cause un citoyen résidant dans l'État membre dont il porte la nationalité, la Cour détermine l'applicabilité des articles 20 et 21 TFUE (sans établir clairement de distinction fonctionnelle entre ces deux articles) au regard de deux critères : la qualité de citoyen (c'est-à-dire nationalité d'un État membre), d'une part, et l'obligation, de facto, imposée à ce dernier par la mesure nationale, de devoir quitter le territoire de l'Union, d'autre part. Ainsi, la gravité de l'atteinte au droit du citoyen est d'emblée prise en considération. La Cour présente le problème comme un questionnement relatif à « l'applicabilité des dispositions du traité concernant la citoyenneté de l'Union » (titre précédant le pt 59 de l'arrêt *Dereci* ; V. également titre précédant le point 44 de l'arrêt *McCarthy*). Mais comment expliquer que la détermination de l'applicabilité d'une disposition passe par une appréciation du fond du litige, c'est-à-dire par une appréciation de la gravité de la mesure et une détermination du contenu du droit du citoyen « sédentaire » ? En effet, le critère relatif à la privation de la jouissance de l'essentiel des droits du citoyen (qui permet de déterminer, nous dit la Cour, si les dispositions du Traité sont applicables) suppose de vérifier si le citoyen risque de devoir quitter le territoire de l'Union, auquel cas la mesure nationale est automatiquement déclarée contraire au Traité car elle porte gravement atteinte au droit de séjour prévu par les articles 20 et 21 TFUE. Autrement dit, pour déterminer si le TFUE est applicable à une mesure

nationale, la Cour propose d'analyser si le Traité s'oppose à cette mesure. Les articles 20 et 21 TFUE sont « applicables » lorsque la mesure nationale opposée au citoyen « sédentaire » le prive de son droit de séjour, ce qui en réalité condamne cette mesure au regard du Traité. À cet égard, le raisonnement de l'arrêt *Ruiz Zambrano* était plus net : après avoir simplement considéré que le statut de citoyen appartient aux ressortissants des États membres, ce qui semble régler la question de l'applicabilité, la Cour estime (sans transition, on l'a relevé) que l'article 21 « s'oppose » à des mesures nationales privant le citoyen de l'essentiel de ses droits (pt 42 de l'arrêt *Ruiz Zambrano* se demandant si la mise en œuvre de l'arrêt *Ruiz Zambrano* implique un octroi automatique du droit de résidence par les autorités nationales et suggérant que ces dernières doivent conserver une marge d'appréciation : *K. Hailbronner et D. Thym, Comment under Case C-49/09, Ruiz Zambrano : CMLR 2011, p. 1253-1270, spéc. p. 1265 et s.* – comp. *T. Bombois, La citoyenneté européenne appliquée aux situations purement internes..., préc., p. 1235 et s.*, attirant l'attention sur le caractère absolu de la garantie). L'identification de ce mélange opéré par la Cour entre l'applicabilité (ou l'identification du destinataire) et le contenu du droit permet également de prendre conscience de la différence dans l'étendue des droits dont dispose le citoyen européen selon qu'il s'oppose à l'État dont il est ressortissant et sur le territoire duquel il réside ou qu'il s'oppose à un autre État membre. Dans le cas du premier (le citoyen sédentaire s'opposant à l'État dont il porte la nationalité), les articles 20 et 21 condamnent uniquement une atteinte majeure (voire l'annihilation) des droits tirés du Traité, alors que le citoyen en situation de mobilité dispose de droits plus étendus, le Traité sanctionnant alors, sous réserve de la proportionnalité, toute atteinte à ses droits (comp. avec le raisonnement de l'avocat général Sharpston dans l'affaire *Ruiz Zambrano* qui après avoir établi que la situation n'était pas interne, analyse l'existence d'une interférence avec les droits du citoyen – pts 98 et s. – et la justification éventuelle de celle-ci – pts 104 et s. – ainsi que sa proportionnalité – pts 109 et s.).

III. – Ces dernières considérations montrent que deux aspects de ces arrêts doivent encore être abordés. Ils concernent la place des droits fondamentaux (A) et la problématique des discriminations à rebours (B).

A. – Applicabilité des droits fondamentaux. – L'impact de la Charte et de la Convention EDH n'est pas abordé dans l'arrêt *Ruiz Zambrano* qui donnait satisfaction aux demandeurs sur le seul fondement de l'article 20 TFUE. Dans l'arrêt *McCarthy*, la Cour n'aborde pas la problématique, certes non mentionnée dans la question préjudicielle, comme n'était d'ailleurs pas mentionnée la question de l'applicabilité de l'article 21 TFUE que la Cour a pourtant pris soin de relever d'office (pts 24-26 de l'arrêt *McCarthy*). En l'occurrence, l'article 7 de la Charte et l'article 8, paragraphe 1, de la Convention EDH relatifs à la protection de la vie privée et familiale étaient pourtant en cause dans la situation de M^{me} McCarthy qui, à la suite de l'arrêt, doit en somme choisir entre vivre avec son mari ou vivre au Royaume-Uni. C'est finalement dans l'arrêt *Dereci* que l'impact potentiel des droits fondamentaux est évoqué. Après avoir resserré les conditions d'application des articles 20 et 21 TFUE, la Cour souligne que

l'inapplicabilité de ces dispositions ne préjuge pas de l'octroi d'un droit de séjour sur un autre fondement, « notamment en vertu d'un droit relatif à la protection de la vie familiale ». Au final, la Cour ne rentre pas dans l'analyse de ces dispositions mais dresse, pour le juge requis, une sorte de panneau indicateur répartissant les hypothèses d'intervention de la Charte et de la Convention EDH. « Les dispositions de la charte s'adressent, en vertu de son article 51, paragraphe 1, aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union » (pt 71 de l'arrêt *Dereci*). En conséquence, la Cour indique au juge de fond qu'il appliquera la Charte lorsque la situation relève du droit de l'Union et la Convention EDH si la situation ne relève pas du droit de l'Union (pt 72). L'adepte du droit international privé pourrait ici s'amuser à établir des parallèles avec les règles de signalisation et d'applicabilité, mais tel n'est pas l'objet de cette chronique. En somme, l'applicabilité du droit de l'Union précède celle de la Charte (qui est pourtant partie du droit de l'Union) alors que la Convention EDH est reléguée aux hypothèses de non-application du droit de l'Union. Il n'y a là rien de nouveau. Mais au sein de la logique du système européen, un paradoxe mérite d'être mentionné. À quoi peut servir l'article 7 de la Charte à un citoyen « sédentaire » ayant la nationalité de l'État membre sur le territoire duquel il réside, comme M^{me} Dereci ou M. Ruiz Zambrano ? Ce dernier peut invoquer la Charte s'il parvient à prouver qu'il est en droit de se prévaloir des dispositions du Traité sur la citoyenneté, en particulier des articles 20 et 21 relatifs au droit de séjour du citoyen. Or, ce droit n'est applicable que si le citoyen, en résumé, risque de devoir quitter l'Union. Deux situations sont donc possibles : soit les articles 20 et 21 TFUE sont applicables en raison de la gravité de l'atteinte portée au droit du citoyen et dans ce cas, la mesure nationale est condamnée sur base de ces dispositions sans qu'il faille recourir à la Charte (comme ce fut le cas dans l'arrêt *Ruiz Zambrano*), soit les dispositions relatives à la citoyenneté ne sont pas applicables et ceci entraîne l'inapplicabilité de la Charte (comme dans l'affaire *Dereci*). Cette constatation pose une question plus large liée à l'effet utile de la Charte, tant qu'elle ne peut être invoquée de manière autonome.

B. – Discrimination à rebours. – La situation du citoyen « sédentaire », ressortissant de l'État membre sur le territoire duquel il réside, s'avère en définitive bien complexe. S'il souhaite bénéficier de la protection offerte par le Traité au citoyen, il doit soit subir la pire des atteintes, c'est-à-dire être de facto menacé de devoir quitter le territoire de l'Union, soit pouvoir se réclamer d'une seconde nationalité, dont on a compris à la comparaison des arrêts *McCarthy* et *Garcia Avello* (*supra* II-C) qu'elle était prise en considération de manière un peu aléatoire. Ce même citoyen, s'il passait quelques mois dans un autre État membre ou offrait des services en ligne à destination d'autres États membres pourrait profiter soit de la directive 2004/38/CE, soit plus simplement des dispositions du droit primaire sur la libre prestation de services par exemple (*CJCE, 11 juill. 2002, aff. C-60/00, Carpenter*) et donc se trouver dans une situation « envisagée par le droit de l'Union » (pt 55 de l'arrêt *McCarthy*) qui appelle à son tour l'application des dispositions relatives à la citoyenneté. Les

trois Avocats généraux soulignent combien l'existence de discriminations à rebours crée des distinctions dont on peine à trouver le sens (V. pts 123 et s. des conclusions M. Sharpston dans l'affaire Ruiz Zambrano ; pt 39 des conclusions de M^{me} Kokott dans l'affaire McCarthy ; pts 43-45 des conclusions de M. Mengozzi dans l'affaire Dereci ; précédemment, V. les conclusions de M. Sharpston dans l'affaire C-212/06, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon c/ Gouvernement Flamand – assurance soins de santé flamande* : Rec. CJCE 2008, I, p. 1683 ; ils sont rejoints par la doctrine : V. J.-Y. Carlier, *La libre circulation des personnes dans et vers l'Union européenne – Chronique de jurisprudence de la CJUE 2011* : JDE 2012, à paraître, n° 12 et 13. - A. Rigaux, *Note ss CJUE*, 8 mars 2011, aff. C-34/09, *Ruiz Zambrano* : Europe, 2011, comm. 149, spéc. p. 13. - comp. avec le commentaire de M. Fallon sur l'arrêt *Attanasio* rédigé l'année passée dans le cadre de cette chronique : JDI 2011, chron. 4, p. 539). Et si leurs opinions divergent quant au rythme et à la manière de procéder, l'avocat général Kokott (pour autant réservée sur ce point, V. pt 41) admet que l'« on ne peut pas exclure que, à un moment donné, la Cour reconsidère sa jurisprudence et soit amenée, à l'avenir, à déduire de la citoyenneté de l'Union une interdiction de la discrimination des ressortissants nationaux » (pt 42 des conclusions de M^{me} Kokott dans l'affaire McCarthy). Le fragile équilibre entre droit national et droit européen appelle certes des frontières permettant à chaque ordre juridique de continuer à évoluer en bonne entente : chacun dans son pré... D'autant que l'ère n'est guère propice au côté envahissant du droit européen. Mais on voit mal comment la citoyenneté peut devenir le « statut fondamental » des ressortissants européens si son application tient à si peu de choses. Comme le souligne, avec ironie, l'avocat général Sharpston, si les enfants Ruiz Zambrano avaient visité le parc Astérix et tenté de revendiquer des droits découlant de ce « déplacement », la question de la situation interne ne se serait jamais posée. Le caractère absurde de ces distinctions ne correspond pas au degré de maturité du droit de l'Union et ruine l'effet d'identification que la citoyenneté est censée engendrer dans le chef des particuliers. L'arrêt *Dereci* est sans doute le symbole d'un rendez-vous manqué entre les ressortissants de l'Union européenne et la Cour. Les États membres, par contre, qui ont, entre le premier et le troisième arrêt, multiplié les signes d'inquiétudes (V. R. Morris, *Note under Case C-34/09, Ruiz Zambrano* : MJ 2011, p. 179-189, mentionnant p. 188, note 45, la décision du Gouvernement irlandais de revoir tous les cas pendants d'expulsion potentielle de parents d'enfants irlandais. - V. également J.-Y. Carlier, *La libre circulation des personnes dans et vers l'Union européenne...*, préc., n° 13, à propos des réactions belge et autrichienne à la suite de l'arrêt *Ruiz Zambrano*) doivent l'accueillir comme un apaisement.

S. F.

Liberté d'établissement. – Article 49 TFUE. – Transfert du siège de direction effective dans un État membre autre que celui de sa constitution. – Imposition des plus-values latentes. – *Exit tax*. – Entrave. – Répartition du pouvoir fiscal. – Proportionnalité. – Imposition immédiate. – Recouvrement différé de l'imposition.

CJUE. – Grande ch. – 29 nov. 2011. – aff. C-371/10. – *National Grid Indus BV c/ Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/Kantoor Rotterdam*. – J. Kokott, avocat général.

Une société constituée sur le territoire d'un État membre transférant son siège de direction effective sur le territoire d'un autre État membre sans que ce transfert affecte sa qualité de société du premier État membre peut se fonder sur l'article 49 TFUE pour contester les conséquences fiscales de ce transfert définies par le premier État membre. L'article 49 TFUE ne s'oppose pas à l'imposition à la sortie de plus-values latentes, constituées par une créance, existant dans le patrimoine de la société opérant le transfert de son siège, une telle réglementation tendant à imposer les plus-values dans l'État dans lequel elles sont nées et préservant la répartition du pouvoir d'imposition entre les États membres. Le montant de cette imposition peut être définitivement fixé par l'État de sortie au moment du transfert de siège, sans que ce dernier doive obligatoirement tenir compte des moins-values postérieures qui pourraient affecter la créance après le transfert de siège. En revanche, le recouvrement immédiat de cette imposition n'est pas proportionné.

NOTE. – L'arrêt *National Grid Indus* revient sur la problématique du transfert de siège au sein de l'Union européenne, dont plusieurs décisions ont déjà illustré les difficultés (pour un état critique de la question, V. C. Kleiner, *Le transfert de siège en droit international privé* : JDI 2010, doctr. 4, p. 315-345. – D. Martin et D. Poracchia, *Company mobility through cross-border transfers of registered offices within the European Union – A new Challenge for French Law* : JDI 2010, doctr. 5, p. 347-397). En particulier, puisqu'il concerne l'imposition de plus-values latentes, l'arrêt *National Grid Indus* prolonge la jurisprudence établie dans les arrêts *Lasteyrie du Saillant* (CJCE, 11 mars 2004, aff. C-9/02, *Hughes de Lasteyrie du Saillant c/ Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie* : Rec. CJCE 2004, I, p. 2409) et *N.* (CJCE, 7 sept. 2006, aff. C-470/04, *N. c/ Inspecteur van de Belastingdienst Oost/Kantoor Almelo* : Rec. CJCE 2006, I, p. 7406) dans le domaine de l'imposition des sociétés. En l'occurrence, la société *National Grid Indus*, constituée selon le droit néerlandais, avait déplacé son siège de direction des Pays-Bas vers le Royaume-Uni. Celle-ci était titulaire d'une créance libellée en livres sterling à l'encontre d'une autre société du même groupe. En raison de l'évolution du taux de change de la livre sterling vers le florin néerlandais, un gain de change important aurait pu être réalisé sur la créance avant le transfert de siège. *National Grid* n'a cependant pas réclamé, ni obtenu, le remboursement de la dette avant le transfert de son siège de direction, de sorte que le gain de change n'a pas été concrètement réalisé et a même disparu de son actif après transfert du siège au Royaume-Uni, puisqu'après cette date, la conversion n'était plus envisageable. En vertu de la convention de lutte contre la double imposition liant les Pays-Bas et le Royaume-Uni, le transfert du siège de direction effective correspondait à un transfert de la résidence fiscale de *National Grid*. Cette dernière, ne disposant

plus d'un établissement stable au Pays-Bas, sortait entièrement de la compétence fiscale des Pays-Bas. Le droit néerlandais impose dans ce cas un décompte final des plus-values latentes appartenant à la société qui sort de la compétence fiscale néerlandaise. L'ensemble des gains de l'année civile en cours et des plus-values latentes est alors taxé, de sorte que National Grid, au moment du transfert de son siège de direction effective, a été taxée sur la créance en question, ainsi que sur le gain de change virtuel représenté par celle-ci. Le montant de l'imposition était immédiatement exigible. Le recours introduit par National Grid contre l'avis d'imposition a conduit aux questions préjudicielles tranchées par la Cour.

Après avoir confirmé l'application des dispositions relatives à la liberté d'établissement (I), la Cour envisage la question de l'entrave imposée par la mesure fiscale, jugée fondée mais partiellement non proportionnée (II). Surtout, l'arrêt illustre de manière exemplaire le mouvement de répartition de la compétence fiscale qu'appelle la construction européenne (III).

I. – Applicabilité de la liberté d'établissement. – Avant d'évaluer la conformité de la mesure fiscale avec le droit communautaire, la Cour est appelée à s'interroger sur l'applicabilité de la liberté d'établissement au cas de la société National Grid, contestée par les Gouvernements représentés devant la Cour (pts 23, 24 et 29). Se fondant sur la jurisprudence antérieure relative au transfert de siège, en particulier, sur les arrêts *Daily Mail* (CJCE, 27 sept. 1988, aff. 81/87, *Daily Mail* : Rec. CJCE 1988, p. 5483) et *Cartesio* (CJCE, 16 déc. 2008, aff. C-210/06, *Cartesio* : Rec. CJCE 2008, I, p. 9641), les États membres proposaient d'envisager de manière indifférenciée toutes les conditions auxquelles un État peut soumettre un transfert de siège et de les placer, dans leur ensemble, dans cette poche de compétence réservée aux États membres concernant l'identification des sociétés relevant de leur droit et donc du Traité, via l'article 54 TFUE. Cette dernière disposition soumet l'application des dispositions du Traité aux sociétés à deux critères : les sociétés doivent être constituées en vertu de la loi d'un État membre et avoir leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement sur le territoire d'un État membre. Les États membres décident par conséquent si une société existe (ou non) au regard du Traité. La Cour a ainsi souligné qu'il appartient aux États membres de « définir tant le lien de rattachement qui est exigé d'une société pour que celle-ci puisse être considérée comme constituée selon son droit national et susceptible, à ce titre, de bénéficier du droit d'établissement, que celui requis pour maintenir cette qualité ultérieurement » (arrêt *National Grid*, pt 27 ; V. antérieurement pt 110 de l'arrêt *Cartesio*). Mais entre les conditions relatives à l'existence de la société et au maintien de son statut de société relevant de l'État d'origine et les autres conditions ou modalités relatives au transfert de siège d'une société, la frontière est ténue. Cette incertitude ouvre la voie à argumentation, tant de la part de ceux qui prétendent que toutes les conditions entourant le transfert de siège sont placées hors du domaine du Traité, que de ceux qui soutiennent l'inverse.

Illustrant la difficulté qui entoure cette distinction, le précédent de l'affaire *Daily Mail* s'avère particulièrement pertinent en l'espèce. L'affaire impliquait le

transfert du siège de direction et de l'administration centrale d'une société constituée conformément au droit britannique vers les Pays-Bas (en somme, la situation exactement inverse à celle de l'arrêt *National Grid*). La législation britannique autorisait un tel transfert, tout en maintenant la personnalité juridique de la société et sa qualité de société de droit britannique. Mais, d'un point de vue purement fiscal, le transfert était soumis à l'autorisation du trésor. Autrement dit, comme dans l'affaire *National Grid*, le transfert était techniquement possible avec maintien de la personnalité juridique mais soumis à des modalités de nature fiscale, contestées par la société *Daily Mail* sur le fondement du Traité. Vingt ans plus tard, la portée de cette décision paraît encore difficile à cerner, tant elle semble avoir confondu l'identification des destinataires des libertés prévues par le Traité et le contenu des droits conférés par celui-ci (sur cette distinction, V. le commentaire de l'arrêt *Cartesio* rédigé dans le cadre de cette chronique : JDI 2009, chron. 3, p. 685 et s.), distinction qu'exploite également l'arrêt *National Grid*, on le verra. Selon la Cour, dans l'arrêt *Daily Mail*, « le Traité considère la disparité des législations nationales concernant le lien de rattachement exigé pour leurs sociétés ainsi que la possibilité et, le cas échéant, les modalités d'un transfert du siège, statutaire ou réel, d'une société de droit national, d'un État membre à l'autre, comme des problèmes qui ne sont pas résolus par les règles sur le droit d'établissement [...] ». Par conséquent, « on ne saurait interpréter les articles 52 et 58 du Traité comme conférant aux sociétés de droit national un droit de transférer leur siège de direction et leur administration centrale dans un autre État membre, tout en gardant leur qualité de sociétés de l'État membre selon la législation duquel elles ont été constituées ». Sur le fondement de cette jurisprudence, certains États membres ont souligné dans l'affaire *National Grid* que l'État de sortie est libre de maintenir ou de dissoudre la société opérant un transfert de siège et a fortiori d'imposer des conséquences fiscales lors de ce transfert (pt 29). Qui peut le plus, peut le moins. Ces modalités liées au transfert de siège demeureraient donc hors du domaine du Traité.

La jurisprudence postérieure à l'arrêt *Daily Mail* n'a pas réellement clarifié les hypothèses d'application du Traité dans le cas d'un transfert de siège. L'arrêt *Cartesio* en particulier a partiellement brouillé les cartes. Dans un premier temps, la Cour y rappelle la discrétion laissée aux États membres quant à la définition des sociétés relevant de leur droit et la possibilité corrélativement offerte d'exiger la dissolution d'une société qui souhaiterait déplacer son siège sur le territoire d'un autre État membre (pt 110 de l'arrêt *Cartesio*). Ainsi, l'identification des sociétés destinataires de liberté d'établissement demeure de la compétence des États membres. Mais dans l'arrêt *Cartesio*, à la différence de l'arrêt *Daily Mail*, la Cour évoque l'existence de restrictions possibles auxquelles serait soumise la latitude laissée à l'État de sortie en cas de transfert de siège avec changement de la loi applicable (pts 111 et 112 de l'arrêt *Cartesio*). En cas de transfert de siège impliquant un changement de loi applicable, l'État de sortie n'aurait pas la faculté d'imposer la dissolution et la liquidation de la société, dans la mesure où la perte de personnalité juridique empêcherait la société de se

transformer en une société du droit d'un autre État membre (pt 112 de l'arrêt *Cartesio* ; sur les ambiguïtés soulevées par ce second aspect de la décision *Cartesio*, V. JDI 2009, *chron.* 3, p. 688-693). Or, si la définition des sociétés destinataires de la liberté d'établissement demeure à charge des États et est placée hors du domaine du traité, comment justifier que des limitations soient imposées à la compétence de ces derniers lorsqu'ils assimilent le transfert de siège à un cas de dissolution ? Faut-il en conclure que les modalités du transfert sont visées par le Traité ? Et si oui, comment distinguer la simple question de l'identification des sociétés relevant du droit d'un État membre et les conditions à remplir pour relever ou continuer à relever du droit d'un État membre, d'une part, et les modalités entourant le transfert de siège, d'autre part ?

Autrement dit, les arrêts *Daily Mail* et *Cartesio*, mis bout à bout, ne permettent pas de déterminer si les modalités entourant, dans l'État d'origine, le transfert de siège d'une société sont ou non soumises au test des entraves et si oui, dans quelle mesure. Le premier, interprété littéralement, laisse entendre que toutes les conditions et exigences entourant le transfert de siège dans l'État de sortie sont exclues du domaine du traité, le second mène à considérer que certaines de ces conditions sont visées par le Traité (l'avocat général Kokott va dans ce sens dans ses conclusions, V. pt 34 de ses conclusions). L'impact de la nature de ces conditions ou modalités, qu'elles soient d'ordre fiscal ou liées à l'existence de la société, n'est pas certain.

C'est donc cette brèche qu'utilisent, sans succès, les Gouvernements représentés dans l'affaire *National Grid Indus* (pour plus de détails sur l'argumentation des parties sur ce point, V. les conclusions de M^{me} Kokott présentées le 8 septembre 2011). La Cour rejette l'argument du « qui peut le plus, peut le moins » et en prend même le contre-pied. Après avoir rappelé, comme indiqué ci-avant, que la définition du lien de rattachement entre une société et un État relève de la compétence de l'État (pt 27), la Cour souligne, en citant l'arrêt *Cartesio*, que cette faculté « n'implique aucunement que les règles du Traité relatives à l'établissement ne s'appliquent pas à la législation nationale en matière de constitution et de dissolution des sociétés » (pt 30). Et, en l'occurrence, le Traité s'applique. La Cour répartit les hypothèses d'application et de non-application du Traité, en fonction d'un nouveau critère (non énoncé dans l'arrêt *Cartesio*) relatif à la sanction accompagnant la règle nationale en cause. Le point 31 de l'arrêt *National Grid Indus* mérite d'être intégralement reproduit : « La réglementation nationale en cause au principal ne concerne pas la détermination des conditions exigées, par un État membre, d'une société constituée en conformité avec sa législation, pour que celle-ci puisse conserver sa qualité de société dudit État membre après le transfert de son siège de direction effective dans un autre État membre. Ladite réglementation se borne au contraire à attacher, pour les sociétés constituées en conformité avec le droit national, des conséquences fiscales à un transfert de siège entre États membres sans qu'un tel transfert de siège affecte leur qualité de sociétés de l'État membre en cause ». Et la Cour de poursuivre : « dès lors que le transfert du siège de direction effective de National Grid Indus au Royaume-Uni n'a pas affecté la qualité de société de

droit néerlandais de celle-ci, ledit transfert n'a pas eu d'incidence sur la possibilité, pour ladite société, de se prévaloir de l'article 49 TFUE. En tant que société constituée en conformité avec la législation d'un État membre et ayant son siège statutaire ainsi que son administration centrale au sein de l'Union, celle-ci bénéficie, conformément à l'article 54 TFUE, des dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement et peut donc se prévaloir des droits qu'elle tire de l'article 49 TFUE, notamment aux fins de mettre en cause la légalité d'une imposition mise à sa charge, par ledit État membre, à l'occasion du transfert de son siège de direction effective dans un autre État membre » (pt 32).

Une partie du raisonnement est imparable. Dans la mesure où National Grid Indus conserve, malgré le transfert de siège, la nationalité de l'État néerlandais, elle remplit les conditions fixées par l'article 54 TFUE et peut donc invoquer la liberté d'établissement. Elle bénéficie et conserve le bénéfice de l'application des règles du Traité. Mais le raisonnement produit des conséquences inattendues pour la législation des États membres. Pour identifier les hypothèses d'application du Traité, il convient de s'intéresser à l'objet de la règle nationale en cause et, surtout, à la sanction qui l'accompagne. En effet, la sphère d'immunité des règles nationales entourant le transfert de siège est limitée à ces règles nationales relatives à l'établissement et au maintien du lien entre la société et l'État membre de sortie. Le facteur déterminant semble donc être la menace de perte du lien avec l'État membre de sortie accompagnant une mesure nationale. Autrement dit, si la mesure nationale en cause emporte, en cas de non-respect dans le chef de la société, la perte du lien avec l'État de constitution, la société n'est pas en mesure d'invoquer les règles du Traité. Si, en revanche, la mesure nationale entourant le transfert de siège est accompagnée de sanctions administratives ou financières n'entraînant pas la perte du lien avec l'État de constitution, la société peut contester cette mesure sur le fondement du Traité. Le résultat, qui découle naturellement des dispositions du Traité, surprend néanmoins. Il pourrait conduire les États à durcir leur législation, en assortissant les modalités de transfert de siège de sanctions relatives au maintien de la personnalité juridique.

Une partie du raisonnement est contestable, car en rupture avec la jurisprudence *Cartesio*. Dans cette dernière affaire, la Cour a considéré, dans un cas de transfert de siège avec changement du droit national applicable, que la mesure nationale consistant à exiger la liquidation préalable de la société était incompatible avec le Traité. Ce faisant, elle ouvrait la voie à une application du Traité aux mesures relatives à l'existence même de la société en se fondant sur un critère incertain, lié peut-être à l'importance des désagréments subis par la société opérant le transfert. L'exigence de la dissolution empêchait la société de se transformer en une société de droit étranger. En revanche, dans l'arrêt *National Grid Indus*, la Cour abandonne cette possibilité (certes, étroite) d'application du Traité aux mesures relatives à l'existence de la société. C'est très précisément, semble dire l'arrêt *National Grid Indus*, lorsque la mesure nationale porte sur la dissolution de la société que le Traité ne s'applique pas.

Une dernière remarque, en guise de conclusion, quant à la question de l'applicabilité des dispositions du Traité au cas de National Grid Indus. Les

hésitations marquant le passage entre les arrêts *Daily Mail* et *Cartesio*, d'une part, puis *Cartesio* et *National Grid Indus*, d'autre part, témoignent de la difficulté qu'il y a pour un ordre juridique à ne pouvoir définir de manière autonome ses destinataires, tout en offrant à ces derniers un ensemble de droits subjectifs importants. La distinction entre l'identification des destinataires des droits et la détermination du contenu des droits est théoriquement possible, mais sa mise en œuvre s'avère extrêmement délicate. Cette difficulté a d'ailleurs été évoquée en matière de citoyenneté dans l'arrêt *Rottman* (CJUE, 2 mars 2010, aff. C-135/08, *Jakko Rottman c/ Freistaat Bayern* : Rec. CJUE 2010, I, p. 1449) dans lequel la Cour évoque l'autonomie des États membres en ce qui concerne l'identification des destinataires des droits dérivant de la citoyenneté européenne, tout en soumettant une mesure nationale, relative à la naturalisation d'une personne, au Traité, parce qu'elle porte atteinte de manière fondamentale au contenu des droits du citoyen. Cette dernière affaire concernait un citoyen allemand par naturalisation (ayant perdu sa nationalité autrichienne d'origine en raison de la naturalisation) menacé d'apatridie à la suite de la décision de retrait rétroactif de la nationalité allemande. La décision de retrait était fondée sur le caractère frauduleux des déclarations opérées par l'intéressé dans le cadre de la procédure d'octroi de la nationalité allemande. La Cour, après avoir rappelé que les conditions d'octroi et de retrait de la nationalité sont de la compétence des États membres (pt 39 de l'arrêt *Rottman*) souligne que, dans les cas d'application du Traité, cette compétence doit s'exercer dans les limites de celui-ci (pt 41 de l'arrêt *Rottman*). Elle poursuit en justifiant l'application du Traité au cas d'espèce : « Il est manifeste que la situation d'un citoyen de l'Union qui, tel le requérant au principal, est confronté à une décision de retrait de la naturalisation adoptée par les autorités d'un État membre le plaçant, après qu'il a perdu la nationalité d'un autre État membre qu'il possédait à l'origine, dans une situation susceptible d'entraîner la perte du statut conféré par l'article 17 CE et des droits y attachés relève, par sa nature et ses conséquences, du droit de l'Union » (pt 42 de l'arrêt *Rottman* [c'est nous qui soulignons]). Le parallélisme existant entre l'octroi de sa nationalité par un État membre à une personne physique et à une société a par ailleurs été souligné par la Cour (pt 109 de l'arrêt *Cartesio*). Mais dans les deux cas, la Cour semble éprouver les limites de la distinction entre l'identification des destinataires du Traité, qui devrait demeurer dans la sphère de la compétence exclusive des États, et la définition du cœur des droits de ces destinataires qui relève de la compétence communautaire (comp. *supra* dans cette chronique, le commentaire des arrêts *Ruiz Zambrano*, *Mc Carthy* et *Dereci*).

II. – **Appréciation de la mesure fiscale au regard du Traité.** – Les arrêts *N.* et *de Lasteyrie du Saillant* avaient déjà largement balisé le terrain concernant l'imposition des plus-values. La seule question consistait à savoir si la Cour étendrait une jurisprudence élaborée pour l'imposition des particuliers à l'imposition des sociétés. Pour rappel, la première affaire avait permis d'établir que l'imposition des plus-values latentes à la sortie ne pouvait se justifier au regard d'un objectif de prévention de la fraude fiscale (pts 50-58 et 69 de l'arrêt *de Lasteyrie du Saillant*) alors que le second avait considéré une mesure similaire

comme adéquatement fondée sur la nécessité de préserver la répartition du pouvoir fiscal entre les États membres (pts 41-49 de l'arrêt *N.*) mais disproportionnée dans la mesure où elle imposait une perception immédiate de l'impôt sous réserve de la constitution d'une garantie bancaire et où les moins-values postérieures au transfert n'étaient pas entièrement prises en considération dans l'établissement de l'impôt, alors qu'elles n'étaient pas (ou pas entièrement) prises en considération dans l'État d'accueil.

Sans surprise, comme dans les arrêts antérieurs (pts 34-39 de l'arrêt *N.* ; pts 45-48 de l'arrêt *de Lasteyrie du Saillant*), la Cour qualifie l'imposition des plus-values latentes d'entraves. La mesure nationale présente un caractère dissuasif pour la société souhaitant transférer son siège des Pays-Bas vers un autre État et lui impose un désavantage de trésorerie auquel ne sont pas soumises les sociétés qui transfèrent leur siège au sein des Pays-Bas (pt 37). Cette différence de traitement manque de justification objective, ce qui confirme la qualification d'entrave (pt 38 ; sur le lien entre la constatation de l'entrave et la discrimination : V. les conclusions de M^{me} Kokott, *préc.*, pt 41 considérant que l'examen de l'existence de l'entrave et d'une différence de traitement sont équivalentes. – E.-J. Navez, *Le traitement fiscal de résidence face à la liberté d'établissement des sociétés en droit de l'UE – De Daily Mail à National Grid Indus évolution, révolution et au-delà ?* : à paraître CDE, 2011, pt III-B). Ayant tiré les leçons de l'arrêt *de Lasteyrie du Saillant* (dans lequel la Cour avait considéré inappropriées les diverses justifications avancées par les États membres, en particulier la prévention de l'évasion fiscale, la prévention de l'érosion de la base d'imposition et la préservation de la cohérence du système fiscal, pts 50-67) et *N.* (dans lequel la Cour avait accepté la justification invoquée par les Pays-Bas dans l'arrêt *National Grid Indus*), les Pays-Bas invoquaient la préservation de la répartition du pouvoir d'imposition entre les États membres à titre de justification de l'entrave constituée par la loi relative à l'imposition des plus-values latentes à la sortie (pts 42 à 51 de l'arrêt *National Grid Indus* ; d'autres justifications avaient été avancées par les Gouvernements représentés, mais n'ont pas été abordées par la Cour, V. les conclusions de M^{me} Kokott, *préc.*, pts 91-106). Cette justification est acceptée par la Cour qui développe de manière un peu plus approfondie les principes de répartition de la compétence en matière fiscale (pts 44-49). La législation tendant à soumettre à l'impôt dans l'État d'origine de la société, les plus-values latentes nées sur le territoire de ce dernier État, est propre à garantir l'objectif de préservation de la répartition du pouvoir fiscal entre les États membres. Nous y reviendrons (III). Sur ces différents points, l'arrêt *National Grid Indus* n'innove pas ou peu.

C'est dans le cadre de l'examen de la proportionnalité que la Cour va distinguer la situation des personnes physiques de celle des sociétés et ce, sur deux points : la nécessité de prendre en considération des moins-values postérieures au transfert de siège et les modalités d'un recouvrement différé. La législation nationale en cause présente en effet deux caractéristiques qui retiendront l'attention de la Cour lors de l'examen de sa proportionnalité : établissement du montant définitif de l'imposition au moment de la sortie en

l'absence de prise en considération des moins-values postérieures, d'une part, et recouvrement immédiat de l'impôt, d'autre part.

Le premier point évoque évidemment une référence immédiate à l'arrêt N. dont découlerait, selon la Commission, la nécessité de prendre en considération les moins-values survenues postérieurement au transfert de siège qui ne seraient pas prises en considération dans l'État d'accueil (pt 53). À l'inverse de l'opinion développée par l'avocat général Kokott dans ses conclusions (pts 76-88), la Cour estime que l'absence de prise en compte des moins-values réalisées postérieurement au transfert de siège n'est pas disproportionnée (pt 56). Sur ce point, les conclusions de l'avocat général étaient enracinées dans les spécificités des faits de l'espèce (comp. pts 78 et 87). Premièrement, s'agissant d'une créance d'emprunt dont il est aisé de tracer l'évolution, il semble raisonnable de demander à l'État de sortie de tenir compte des moins-values qui ne seront pas prises en considération dans l'État d'accueil. Deuxièmement, dans le cas d'espèce, l'État d'accueil ne pouvant prendre en compte l'évolution des cours et donc les moins-values potentielles liées au change, il revient à l'État de sortie de le faire (pt 87). La Cour s'inspire d'autres considérations, liées à la l'identification de la personne imposée. S'agissant d'une société, les actifs sont directement affectés à la production de bénéfices, comme c'est le cas de la créance en question dont la simple existence augmente la liquidité de la société. Pour cette raison, l'État d'accueil semble tenu (V. pt 58 : « il appartient » à l'État membre d'accueil) de tenir compte de la fluctuation de la valeur des actifs de la société postérieurement au transfert de siège. Par effet de miroir, une telle obligation ne peut être imposée à l'État d'origine (pt 59). En somme, « la symétrie entre le droit d'imposition des bénéfices et la faculté de déduction des pertes » (pt 58) impose une forme de répartition de la compétence fiscale : seul l'État qui est en droit d'imposer les bénéfices doit tenir compte des pertes opérées dans la tranche temporelle correspondant à ces bénéfices. Ces considérations constituent, selon la Cour, la matérialisation du principe de territorialité fiscale associé à un élément temporel (pt 60). Elle en conclut que l'article 49 TFUE ne s'oppose pas à une détermination définitive du montant de l'imposition au moment du transfert de siège, sans prise en compte des moins-values postérieures, même dans le cas où, comme en l'espèce, s'agissant d'un gain de change disparu après le transfert, les moins-values ne peuvent être prises en considération dans l'État d'accueil (pt 64).

Sur le second point, la Cour suit les conclusions de l'avocat général (pts 57-75 des conclusions M^{me} Kokott). Le principal argument plaidant en défaveur d'un recouvrement différé de l'impôt sur les plus-values latentes fixé au moment du transfert de siège concerne les charges administratives excessives que représenterait un suivi de ces plus-values entre le moment du transfert de siège et la réalisation de la créance. Si la Cour admet que « la situation patrimoniale d'une société peut se présenter d'une manière tellement complexe qu'un suivi transfrontalier précis [...] soit [...] presque impossible à réaliser », elle estime que cette circonstance dépend de la nature et de l'étendue du patrimoine (pts 70 et 72). Ainsi, pour tenir compte au mieux des réalités du terrain, la Cour avance

qu'une réglementation laissant à la société le choix entre le paiement immédiat de l'imposition et le paiement différé « assorti, le cas échéant, d'intérêts » et « nécessairement accompagné d'une charge administrative, pour la société, liée au suivi des actifs concernés », respecterait au mieux le principe de proportionnalité (pt 73 ; critiquant la possibilité d'invoquer des intérêts : D. Gutmann, *Liberté d'établissement et transfert de siège* : FR Lefebvre, 48/2011, n° 18. - G. Blanluet, *Conséquences fiscales d'un transfert de siège au sein de l'Union européenne* : Dr. fisc. 2012, n° 5, p. 125 et s., spéc. n° 11). En vue de prévenir les risques de non-recouvrement, augmentés en raison du caractère différé de l'obligation de payer, la Cour annonce, dans un *obiter dictum*, la possibilité pour l'État d'exiger la constitution d'une garantie bancaire. Sur ce point, non repris dans le dispositif de l'arrêt, la Cour s'écarte à nouveau de la jurisprudence établie dans l'arrêt N. où, s'agissant de l'imposition d'un particulier, elle avait jugé l'imposition d'une garantie bancaire disproportionnée (V. pt 51 de l'arrêt N. ; sur ce point, V. G. Blanluet, *Conséquences fiscales d'un transfert de siège au sein de l'Union européenne*, préc., n° 11).

Si « la solution paraît équilibrée » (CJUE, 29 nov. 2011, aff. C-371/10 : Europe 2012, comm. 25, note L. Idot), les nuances de cette décision appelleront sans aucun doute diverses adaptations de la législation fiscale, notamment en France et en Belgique (pour la France, V. G. Blanluet, *Conséquences fiscales d'un transfert de siège au sein de l'Union européenne*, préc., n° 12 à 15. - pour la Belgique, V. E.-J. Navez, *Le traitement fiscal du transfert de résidence face à la liberté d'établissement des sociétés en droit de l'UE - Commentaire de l'arrêt National Grid Indus...*, préc.). Ses retombées globales sont encore loin d'être claires (G. Blanluet soulève par exemple la question de savoir si la jurisprudence National Grid pourrait concerner tous les transferts d'actifs, même indépendamment d'un transfert de siège : G. Blanluet, *Conséquences fiscales d'un transfert de siège au sein de l'Union européenne*, préc., n° 20). Mais dans cette chronique relative aux grandes évolutions du droit européen, c'est le caractère symptomatique de l'arrêt qui retiendra l'attention en conclusion.

III. – **La répartition du pouvoir fiscal.** – L'arrêt *National Grid Indus*, à l'occasion d'une situation de transfert de siège et sous couvert des règles relatives à la liberté d'établissement, porte sur la compétence fiscale des États membres en cause. Il s'agit bien de savoir si les Pays-Bas peuvent taxer les plus-values latentes au moment du transfert de siège d'une société et de déterminer les modalités acceptables pour un tel exercice. La jurisprudence en matière fiscale est généralement répétitive sur ce point : en l'absence d'un instrument communautaire répartissant la compétence fiscale, il appartient à chaque État membre de définir l'étendue de sa propre compétence (au risque de ne pouvoir éviter les cas de double imposition) alors que les modalités d'exercice de cette compétence peuvent être soumises à l'examen du droit du marché intérieur (sur la distinction entre la compétence et l'exercice de celle-ci, V. CJCE, 14 févr. 1995, aff. C-279/93, *Schumacker* : Rec. CJCE 1995, I, p. 225, pt 21. - K. Lenaerts et L. Bernardeau, *L'encadrement communautaire de la fiscalité directe* : CDE 2007, p. 19-109, p. 29 et 30, pts 14 et 15. - sur la frontière ténue entre définition de la

compétence fiscale et son exercice, V. les réflexions développées dans le cadre de cette chronique : JDI 2009, p. 613-614 et 620-621, I-A et II-B à l'occasion du commentaire de l'arrêt Damseaux). Or, dans le cas de National Grid Indus, la question de savoir si l'État néerlandais était libre (ou non) de définir sa compétence fiscale n'est que très rapidement abordée (pt 45). Elle est supplantée par la question de l'applicabilité du Traité au transfert de siège avec maintien de la loi applicable, sans que la nature fiscale des mesures en cause ne donne lieu à un examen spécifique au regard de l'applicabilité du droit communautaire (L. Idot, dans son commentaire précité, considère en revanche que : « c'est par le biais du droit fiscal que la Cour aborde la question toujours sensible du transfert de siège... »). Quelles qu'en soient les raisons, l'absence d'argumentation relative à l'application du droit communautaire aux mesures de délimitation de la compétence fiscale est d'autant plus frappante que la justification invoquée par l'État repose sur la nécessité de préserver la répartition de la compétence fiscale (pts 43 et 45 de l'arrêt National Grid Indus).

La répartition des compétences fiscales et les principes sous-tendant cette répartition prennent, dans cette affaire, une place remarquable. En réalité, l'arrêt reflète un exercice complet de répartition de la compétence fiscale entre États membres, opéré au niveau communautaire. Ainsi, s'agissant de l'imposition des plus-values latentes en cas de transfert de siège, l'arrêt établit qu'il revient à l'État d'origine de la société d'imposer les plus-values latentes existant au moment du transfert (pt 48). Il revient par contre à l'État d'accueil de taxer les plus-values réalisées postérieurement au transfert de siège et à lui seul de tenir compte des « fluctuations de la valeur des actifs de la société concernée » après cette date (pts 48 et 58). Cette répartition est justifiée par le principe de territorialité associé à un élément temporel. Le contenu de ce principe a déjà été abordé dans d'autres arrêts (V. notamment CJCE, 13 déc. 2005, aff. C-446/03, Marks et Spencer : Rec. CJCE 2005, I, p. 10837, pts 36 et 37). Il revient à considérer que les sociétés doivent (principalement) être taxées au lieu de leur établissement (pt 39 de l'arrêt Marks et Spencer ; pt 46 de l'arrêt National Grid Indus) et les biens économiques là où ils sont générés (pt 48 de l'arrêt National Grid Indus) et justifie que le transfert de résidence (ici de résidence fiscale matérialisé par le transfert de siège) donne lieu à une imposition globale de tous les actifs existant au moment où la société quitte la sphère de la compétence fiscale de son État d'origine (pt 60 de l'arrêt National Grid Indus).

Cet exercice opéré par la Cour appelle trois remarques. Premièrement, l'objectif de répartition de la compétence fiscale (passant par la matérialisation du principe de territorialité) est avancé par l'État au soutien de sa législation. Il s'agit donc d'une préoccupation de niveau national. Mais en acceptant la nécessité d'une répartition de la compétence fiscale et en acceptant que celle-ci soit effectuée sur le fondement du principe de territorialité, la Cour « communautarise » l'opération de répartition de la compétence fiscale et le principe sur lequel elle s'effectue. Cette affaire montre donc comment s'élabore progressivement un ensemble de règles de répartition de la compétence fiscale entre les États membres. Les principes avancés par les États sont ou non consacrés par la Cour

et s'inscrivent, en fonction de leur succès, parmi les principes de l'Union. La seconde remarque a trait au caractère casuistique et vague de ces développements. Si des principes de répartition de la compétence fiscale sont progressivement élaborés par la Cour, c'est à la faveur de l'analyse des faits et des mesures spécifiques qui lui sont soumis. L'ensemble de « principes » et leur existence même présente donc un côté aléatoire. En outre, le principe de territorialité, même joint à un facteur de territorialité, a prouvé ses limites dans d'autres domaines du droit. Dans son rapport relatif à l'application du droit public étranger, P. Lalive rappelle combien le caractère opérationnel du principe de territorialité est limité : « Avec M. B. Goldman, il faut admettre que lorsque l'on a affirmé : "les lois de droit public sont territoriales", on n'a très exactement rien dit » (P. Lalive, *L'application du droit public étranger – Rapport préliminaire : Annuaire de l'Institut de droit international – Session de Wiesbaden, vol. 55, p. 168*). Enfin, répartition ne signifie pas coordination, sauf dans un monde idéal. La Cour souligne au point 61 de l'arrêt *National Grid Indus* que l'absence de prise en compte dans l'État d'accueil des moins-values subies postérieurement au transfert de siège n'entraîne pas d'obligation pour l'État d'origine de la société. Cette affirmation intervient après que la Cour ait précisé pourtant qu'il « appartient » à l'État d'accueil de tenir compte des moins-values postérieures (pt 58). La confrontation de ces deux affirmations étonne : l'État d'accueil est-il ou non obligé de tenir compte des moins-values postérieures au transfert de siège ? Ou pourrait-il être investi à cet égard d'une compétence (par effet de la répartition des compétences fiscales) qu'il serait en droit de refuser d'exercer ? Les obligations de l'État d'accueil n'étaient pas en cause dans l'affaire, de sorte que la Cour ne devait pas clarifier ce point. Mais ces deux points de l'arrêt montrent les limites de la pure « répartition » de la compétence fiscale. C'est nécessairement dans les détails que se jouera la réussite d'un système de répartition de la compétence fiscale au niveau communautaire, et nous l'avons déjà souligné dans cette chronique, ce système appelle certainement une intervention législative de coordination, fût-elle progressive (cette chronique, JDI 2009, chron. 3, p. 618-621).

S. F.