

l'objectif de protection de la santé ou de la liberté d'expression des fonctionnaires ne permettent pas de justifier l'atteinte au principe de libre circulation.

Pour autant, les modalités de réparation du préjudice allégué relèvent en principe du droit national mais « sous réserve qu'elles soient aménagées de façon à ne pas rendre, en pratique, impossible ou excessivement difficile l'obtention de la réparation d'un dommage résultant d'une violation du droit communautaire ».

On est là, en tout cas, en présence d'une interprétation audacieuse de la notion de mesures d'effet équivalent, car on voit mal en l'espèce en quoi les propos même discutables d'un fonctionnaire constituent des « mesures » au sens donné jusqu'à présent à ce terme (V. sur cette affaire l'analyse fouillée de V. Boubier : *RTDE* 2007, p. 693).

III. – CIRCULATION DES PERSONNES ET DES SERVICES

Liberté d'établissement. – Délocalisation. – Pavillon de complaisance. – Protection des travailleurs. – Actions collectives. – Droits fondamentaux. – Article 43 CE. – Article 28 de la Charte des droits fondamentaux.

Libre prestation de services. – Détachement de travailleurs. – Absence de convention collective d'application générale. – Absence de disposition sur le salaire minimal. – Protection des travailleurs. – Actions collectives. – Droits fondamentaux. – Article 49 CE et directive n° 96/71. – Article 28 de la Charte des droits fondamentaux.

CJCE. – grande ch. – 11 déc. 2007. – aff. C-438/05. – *Viking Line*. – M. Poirares Maduro, avocat général.

CJCE. – grande ch. – 18 déc. 2007. – aff. C-341/05. – *Laval un Partneri*. – P. Mengozzi, avocat général.

Si le droit de mener une action collective doit être reconnu en tant que droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect, il n'en demeure pas moins que son exercice peut être soumis à certaines restrictions. Le droit de mener une action collective dans un objectif de protection des travailleurs constitue une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier une restriction à l'une des libertés fondamentales garanties par le traité.

Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si les buts poursuivis par les organisations syndicales lorsqu'elles mènent une action collective concernent la protection des travailleurs et respectent les conditions du test de proportionnalité. Une politique de lutte contre les pavillons de complaisance impliquant le détachement automatique d'actions collectives, sans vérification du fait que la nouvelle immatriculation du navire entraînera une dégradation des conditions de travail et d'emploi des marins, ne saurait être objectivement justifiée (1^{re} espèce).

Dans le cas d'un détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de service, la directive n° 96/71/CE ne suffit pas à justifier une action collective tendant à imposer à un employeur étranger d'entamer des négociations portant sur les taux de salaires et d'adhérer à une convention collective dont certains clauses établissent, pour des matières visées à l'article 3, § 1, de la directive n° 96/71/CE, des conditions plus favorables que celles découlant des dispositions législatives pertinentes, et d'autres clauses portent sur des matières non visées à cette disposition. Ces actions doivent être appréciées au regard de l'article 49 CE et s'inscrivent, en l'occurrence, dans le cadre de justification ou de proportionnalité (2^e espèce).

NOTE. – Ces deux décisions portent sur la question fondamentale des rapports entre l'exercice des libertés de circulation (libre prestation de services dans l'affaire *Laval* et libre établissement dans l'affaire *Viking*) d'une part et la protection des travailleurs par le moyen d'actions collectives d'autre part. À cette occasion, la Cour doit aborder la question de l'étendue des droits fondamentaux en matière sociale (I) ainsi que celle de l'effet direct horizontal des articles 43 et 49 CE (II) avant de préciser la portée de ces dispositions pour les affaires en cause (III). Enfin, dans l'affaire *Laval* seulement, elle est appelée à fournir l'une des premières interprétations de la directive n° 96/71/CE concernant le détachement des travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de service (*JOCE* n° L 18, 21 janv. 1997, p. 1). Ces affaires soulèvent de nombreuses questions qui ne pourront toutes être envisagées ici. On lira avec intérêt les nombreuses études qu'elles ne manqueront pas de susciter (déjà à l'époque d'écriture, pour une analyse approfondie des arguments des parties dans l'affaire *Viking*, V. B. Bercusson, *The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day: European Law Journal*, 2007, p. 279 à 308. – pour une discussion approfondie des conclusions des avocats généraux, en particulier dans l'affaire *Laval*, V. B. Mestre, *Some preliminary comments on the Opinion of Advocate General Mengozzi in the Laval Case: European Law Reporter*, 5/2007, p. 174-185. – pour une présentation des deux décisions, V. Europe 2008, comm. 40, obs. D. Simon. – P. Chaumette, *Les actions collectives syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises: Dr. soc.* 2008, p. 210).

Laval est une entreprise de droit letton qui jusque fin 2003 possédait à 100 % une société de droit suédois, Baltic. Cette dernière avait décroché plusieurs contrats de construction en Suède et, plus particulièrement, un contrat concernant la construction d'un établissement scolaire à Vaxholm. Pour l'exécution de ces contrats, Laval a détaché environ trente-cinq travailleurs lettons vers la Suède entre mai et décembre 2004. Ces travailleurs étaient couverts par des conventions collectives conclues par Laval avec les organisations syndicales lettones. Le syndicat suédois du secteur de la construction (*Byggnads*) et sa section locale (*Byggettan*) exigèrent néanmoins son adhésion à la convention collective suédoise du bâtiment. Devant le refus de Laval, les syndicats du secteur de la construction engagèrent des actions de blocus du chantier de Vaxholm et postérieurement à cela, l'organisation patronale des installateurs électriques cessa de fournir ses services à Laval. D'autres organisations syndicales annoncèrent, en janvier 2005, des actions de boycott de tous les chantiers que Laval avait entrepris en Suède. Devant l'impossibilité matérielle de poursuivre les travaux, les travailleurs lettons quittèrent le chantier de Vaxholm, avant que la ville ne demande la résiliation du contrat liant à Baltic et que cette dernière soit déclarée en faillite en mars 2005. En décembre 2004, Laval avait saisi une juridiction suédoise d'un recours contre le syndicat de la construction, sa section locale et l'organisation patronale des installateurs électriques afin que le blocus de ses chantiers et les actions de solidarité soient déclarés illégaux, qu'il soit ordonné d'y mettre fin et que lui soit octroyée réparation du préjudice subi.

Les difficultés soulevées dans cette affaire résultent, pour partie, des données du système juridique suédois dont deux caractéristiques méritent d'être, dès à présent, soulignées. Premièrement, la Suède ne dispose pas d'un système de déclaration d'application générale des conventions collectives. L'application des conventions collectives découle donc toujours d'un accord spécifique entre employeur et travailleurs ou organisation syndicale. À défaut pour la Suède de connaître un tel système (et d'avoir fait usage de la procédure particulière prévue par l'article 3, § 10, de la directive n° 96/71/CE pour donner effet à des conventions collectives qui ne sont pas d'application générale), le contenu de ces conventions ne peut être imposé aux entreprises étrangères détachant des travailleurs en Suède au titre de l'article 3 de la directive n° 96/71/CE. Nous y reviendrons. Ensuite, à la différence de la plupart des conditions de travail et d'emploi, le taux de salaire minimal n'est, en Suède, prévu dans aucune disposition législative. Les conventions collectives ne comportent pas non plus de clause portant sur le salaire minimal en tant que tel. La rémunération des travailleurs est généralement déterminée dans le cadre de négociations conduites sur le lieu de travail, au cas par cas, en tenant compte des qualifications et fonctions des employés. Le secteur de la construction n'échappe pas à cette pratique. Comme telle, la convention collective du bâtiment ne contient donc aucune précision sur le taux de salaire minimal. La rémunération doit être déterminée lors d'une négociation que l'employeur s'engage à entamer en adhérant à la convention collective. Pour l'hypothèse où aucun accord n'est atteint entre le syndicat et l'employeur lors de cette négociation, une clause de la convention collective du bâtiment, dite « clause bilior », prévoit l'octroi d'un salaire de base d'environ 12 € l'heure, mais cette clause ne constituerait qu'un « mécanisme de négociation de dernier ressort » (point 26 de l'arrêt *Laval*) et non une détermination du salaire ou du taux de salaire minimal.

Le refus de Laval d'adhérer à la convention collective suédoise était lié aux caractéristiques du système suédois ainsi qu'à celles de la convention collective du bâtiment. Au vu du fait que conformément à la pratique suédoise, cette convention collective ne contient aucune indication relative au salaire minimal, Laval refusait d'adhérer à la convention s'il ne pouvait connaître au préalable les obligations qui s'imposeraient à lui en matière salariale. La convention collective prévoit en outre un certain nombre d'obligations pécuniaires. Les entreprises parties à la convention doivent verser un certain pourcentage de leur masse salariale au syndicat du secteur de la construction d'une part, qui contrôle le versement des salaires et à une compagnie d'assurance d'autre part, qui garantit aux travailleurs une assurance complémentaire retraite ainsi que d'autres bénéfices en cas de maladie, de chômage, d'accident de travail et de décès. En cas d'adhésion à la convention collective du bâtiment, Laval aurait été tenue par ces obligations pécuniaires alors qu'elle prétendait que ses travailleurs ne pourraient *de facto* pas bénéficier des avantages rétribués de la sorte (point 287 des conclusions de l'avocat général Mengozzi).

L'affaire *Viking* ne concerne pas le détachement de travailleurs mais une délocalisation. Viking est un opérateur de ferries de droit finlandais. Le navire

opérant sur la ligne Tallin (Estonie) – Helsinki (Finlande), le Rosella, circule à perte depuis plusieurs années en raison de la concurrence sévère que lui imposent les ferries estoniens dont les équipages sont rétribués à un taux de salaire inférieur à celui imposé par le droit finlandais et la convention collective applicable au Rosella. Viking a dès lors projeté de changer le pavillon du Rosella et de l'enregistrer soit en Estonie, soit en Norvège. Ayant fait part de ce projet au syndicat finlandais des marins, il s'est vu opposé deux types d'actions.

En premier lieu, le syndicat finlandais des marins (FSU) qui n'était plus tenu par une obligation de paix sociale existant durant la période de vigueur de l'accord sur les effectifs liant le syndicat à Viking, annonça son intention de lancer un mouvement de grève si Viking ne répondait pas à différentes exigences : augmentation de l'effectif du Rosella et soit renoncement au projet de changement de pavillon, soit engagement au respect du droit finlandais et de la convention collective de travail applicable, c'est-à-dire en somme, maintien du salaire actuel et des conditions de travail actuelles des membres de l'équipage en cas de changement de pavillon. Ces conditions privaient évidemment le changement de pavillon de tout intérêt et l'on ne s'étonne guère que Viking, s'il obtempéra rapidement sur la question de l'augmentation de l'effectif, ait dans un premier temps refusé son accord pour le reste et introduit une action devant le tribunal de première instance d'Helsinki en vue de faire interdire le mouvement de grève annoncé. Devant la persistance de la menace, Viking finit par renoncer à son action judiciaire et par s'engager à ne pas entamer la procédure de changement de pavillon avant début 2005.

En second lieu, l'ITF, la fédération internationale de syndicats d'ouvriers employés dans le secteur des transports, établie à Londres et dont FSU est membre, adressa une circulaire à tous ses affiliés les enjoignant de s'abstenir d'entrer en négociation avec Viking. Cette circulaire se comprend dans le cadre de la politique de lutte contre les pavillons de complaisance menée par l'ITF : seuls les syndicats établis dans le pays où se situe le propriétaire effectif et le contrôle effectif d'un navire ont le droit de conclure des accords collectifs le concernant. Cette politique empêche donc Viking d'entrer en relation avec les syndicats estoniens.

Quelques mois après l'entrée de l'Estonie dans l'Union européenne, Viking saisit une juridiction anglaise en vue de faire déclarer les actions de l'ITF et de FSU contraires à l'article 43 CE et d'en ordonner, à ce titre, la cessation.

Pour des raisons différentes dans les deux affaires, les juridictions nationales étaient appelées à mettre en balance les droits tirés du traité CE par l'employeur avec les moyens dont disposent les organisations syndicales pour assurer la protection des travailleurs. L'on comprend que devant une question aussi délicate, elles aient choisi de se tourner vers la Cour de justice. Du point de vue des organisations syndicales, l'idée même d'une mise en balance du droit de mener des actions collectives avec les libertés de circulation établies par le traité CE est erronée, car les situations en cause ne relèvent pas du champ d'application *ratione materiae* (I) et *ratione personae* (II) des articles 43 et 49 CE.

I. – Pour démontrer que les actions collectives en cause échappent au domaine *rationae materiae* des libertés fondamentales du traité (prestation de service d'une part et liberté d'établissement d'autre part), les organisations syndicales avançaient essentiellement trois arguments : l'incompétence de la Communauté en matière d'actions collectives découlant de l'article 137, § 5 CE (A), la priorité en termes de hiérarchie des normes des droits fondamentaux, dont ferait partie le droit de mener des actions collectives, sur les libertés fondamentales (B) et enfin, dans l'arrêt *Viking* seulement, un raisonnement par analogie avec l'arrêt *Albany* ayant considéré que les accords conclus dans le cadre de négociations collectives échappent au domaine de l'article 81, § 1 CE (C). Dans la mesure où ils sont communs, la Cour répond à ces arguments de manière identique dans les deux affaires.

A. – S'il est vrai que les actions de la Communauté adoptées sur le fondement de l'article 137 CE ne peuvent concerner le droit d'association, de grève ou de lock-out (*art. 137, § 5 CE*), ces matières n'échappent pas pour autant à l'emprise des libertés fondamentales (points 39 à 41 de l'arrêt *Viking* et points 86 à 88 de l'arrêt *Laund*). D'après une jurisprudence constante (V, les arrêts cités au point 40 de l'arrêt *Viking* et au point 87 de l'arrêt *Laund*), les États doivent exercer leur compétence, même dans des domaines qui leur seraient réservés, dans le respect du droit communautaire. La Cour a déjà eu maintes fois l'occasion de répéter cette affirmation en conséquence de laquelle virtuellement aucun domaine du droit n'échappe à l'emprise des libertés fondamentales du traité. L'article 137, § 5, du traité CE ne permet donc pas de conclure à l'inapplicabilité des articles 43 et 49 CE aux actions collectives menées dans le cadre des affaires présentées à la Cour.

B. – Le second argument permet à la Cour d'établir deux enseignements importants : le droit de mener une action collective constitue un droit fondamental faisant partie des principes généraux du droit communautaire (point 44 de l'arrêt *Viking* et point 91 de l'arrêt *Laund*), mais ce caractère fondamental n'est pas de nature à faire échapper les actions collectives aux articles du traité portant sur les libertés de circulation (point 47 de l'arrêt *Viking* et point 95 de l'arrêt *Laund*).

Pour établir le caractère fondamental du droit de mener une action collective, la Cour se réfère tant à des instruments internationaux classiques signés par les États membres (*Charte sociale européenne, signée à Turin le 18 octobre 1961, convention OIT n° 87 concernant la liberté syndicale du 9 juillet 1948*) qu'à des instruments qui sans constituer des sources formelles de droit communautaire, sont rattachés à l'Union européenne (*Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs adoptée lors de la réunion du Conseil européen tenue à Strasbourg le 9 décembre 1989, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée le 7 décembre 2000 : JOCE n° C 364, 18 déc. 2000, p. 1*). Pour hisser le droit de mener une action collective au rang de droit fondamental faisant partie des principes généraux du droit communautaire, l'argumentation de la Cour tient en la seule référence, rapide, aux textes précités. À l'inverse, les conclusions de l'avocat général Mengozzi, déposée le 23 mai 2007 (*pts 60 à 78*),

s'étendent, après avoir explicité le rôle de la Cour dans l'identification des principes généraux du droit communautaire, sur chacun des instruments internationaux. L'avocat général Poiares Maduro (*pts 59 et 60*), dans ses conclusions déposées le même jour, s'inspire essentiellement du « contrat social » sur lequel repose, selon lui, la construction européenne en vertu duquel les travailleurs européens doivent bénéficier d'un soutien corrélatif aux difficultés qu'engendre, pour eux, la création du marché commun. L'action collective constitue, à cet égard, le plus sûr moyen pour ces travailleurs de se faire entendre et présente dès lors un caractère fondamental. Il évoque ensuite brièvement la Charte des droits fondamentaux qui « réaffirme » ce caractère fondamental. Entre le raisonnement classique et détaillé présentant un faisceau d'indices tendant à désigner un nouveau principe général de l'avocat général Mengozzi et celui, plus radical, de l'avocat général Poiares Maduro, la Cour choisit la sobriété pour effectuer une affirmation dont l'importance ne devrait pas être négligée. Même si la Charte a déjà pu servir de source formelle de droit (*CJCE, 27 juin 2006, aff. C-540/03, Parlement et Conseil : JDI 2007, chron. 5, p. 636*), en l'absence de caractère obligatoire de cet instrument, la simple affirmation du droit de grève et de mener des actions collectives au sein de son article 28 n'assurait pas que ce droit se voit reconnaître le statut de droit fondamental intégré dans les principes généraux du droit communautaire (à cet égard, V, le point 48 des conclusions de l'avocat général Poiares Maduro du 14 septembre 2006 dans l'affaire *CJCE, 14 sept. 2006, aff. C-305/05, Ordre des barreaux francophones et germanophones et autres* : *Rec. CJCE 2007, I, p. 5305* qui résume explicitement la portée actuelle de la Charte). Si les organisations syndicales s'inquiètent des suites des arrêts *Viking* et *Laund*, elles auront néanmoins remporté sur ce point une victoire importante, avec facilité, est-on tenté de penser au vu de la brièveté des développements de la Cour à ce propos.

C'est évidemment la suite du raisonnement qui inquiète le monde du travail. Elle est pourtant sans surprise. La Cour considère que l'exercice du droit fondamental de mener des actions collectives doit être concilié avec les droits protégés par le traité CE. Elle s'appuie sur sa jurisprudence antérieure (*CJCE, 12 juin 2003, aff. C-112/00, Schmidberger* : *Rec. CJCE 2003, I, p. 5659* ; *cette chronique par R. Mehdi, 2004, p. 545 à 548* – *CJCE, 14 oct. 2004, aff. C-361/02, Omega* : *Rec. CJCE 2004, I, p. 9606*) ainsi que sur la possibilité, reconnue tant par la législation des États membres impliqués que par la Charte des droits fondamentaux (*art. 28*), d'assortir de limites l'exercice du droit de mener des actions collectives (V, points 91 à 94 de l'arrêt *Laund* et 44 à 47 de l'arrêt *Viking*).

En réalité, les organisations syndicales proposaient à la Cour de justice d'établir une règle de hiérarchie des normes. Elles appelaient la Cour à placer le droit fondamental de mener une action collective (et peut-être, avec lui, tous les droits fondamentaux) au-dessus des libertés de circulation. C'est très exactement ce que la Cour et les avocats généraux refusent de faire. L'avocat général Mengozzi l'exprime clairement : « Écarter dans toutes les hypothèses l'applicabilité des libertés de circulation du traité au motif de garantir la protection des droits fondamentaux reviendrait en réalité à consacrer une hiérarchie entre des

règles ou des principes de droit primaire qui, si elle n'est pas nécessairement dénuée de pertinence, n'est pas admise en l'état actuel du droit communautaire » (*pt 84 de ses conclusions*). Si la Cour se refuse à établir une telle hiérarchie, c'est sans doute parce que le traité ne contient à cet égard aucune indication claire. En l'absence d'encadrement donné par le traité, on voit mal la Cour décider de sa propre initiative que les libertés fondamentales sont hiérarchiquement inférieures ou supérieures aux principes généraux du droit communautaire (ou à certains d'entre eux). Dans une affaire opposant le droit à la protection juridictionnelle aux limites des compétences de la CJCE, l'avocat général Mengozzi pointe l'absence de catalogue clair de droits fondamentaux comme source de l'impossibilité de réaliser une hiérarchie entre ceux-ci et les règles du droit primaire (*pt 177 des conclusions déposées le 26 octobre 2006 dans l'affaire C-354/04, Gestions Pro Amnistia* : *Rec. CJCE*, 2007, I, p. 1579 : L'argumentation des parties « supposerait que l'on reconnaisse l'existence d'une hiérarchie entre les règles de droit primaire également, et une sorte de valeur « supra-constitutionnelle » au respect des droits fondamentaux. Nous estimons qu'une telle approche, qui n'est pas en soi dénuée de sens, n'est cependant pas autorisée en l'état actuel du droit de l'Union. Et ce en raison, au moins, de l'absence, dans les traités en vigueur, d'énumération explicite, dans des dispositions prévues à cet effet, des droits fondamentaux garantis par l'Union. La charte ne peut pas, à notre avis, suppléer au manque d'énumération de ces droits, dans la mesure où elle représente seulement une source d'inspiration pour le juge communautaire et les juridictions nationales dans la définition des droits fondamentaux protégés par le droit de l'Union en tant que principes généraux, et est, comme on le sait, dépourvue de valeur juridique obligatoire. Ces limites ne subsisteraient naturellement pas en cas de ratification par tous les États membres du traité établissant une Constitution pour l'Europe, qui contient, dans sa partie II, une énumération des droits fondamentaux »). Pourtant, à notre sens, ce n'est pas tant l'absence d'un catalogue des droits fondamentaux qui empêche la Cour d'établir une nouvelle règle de hiérarchie des normes (cette absence ne l'a pas empêchée d'identifier ces droits, dont il ne lui resterait plus qu'à garantir l'efficacité) que l'absence dans le traité d'indication sur cette hiérarchie. Une chose est de dégager des principes généraux dont relèvent les droits fondamentaux, une autre serait de placer ceux-ci au-dessus des dispositions matérielles du traité au respect duquel la Cour est chargée de veiller... La Cour est donc conduite à soupçonner l'exercice de deux droits qui, au stade actuel de la construction communautaire, sont considérés comme d'égale importance. On verra que ceci ne va pas sans présenter certaines difficultés lors de l'application du test des entraves (III).

C. – Les organisations syndicales impliquées dans l'affaire *Viking* invoquaient enfin l'arrêt *Albany* (CJCE, 21 sept. 1999, *aff. C-67/06* : *Rec. CJCE* 1999, I, p. 5751) à l'appui de la thèse selon laquelle les actions collectives échappaient au domaine des libertés de circulation. La Cour se dégage de ce précédent en invoquant l'absence d'identité de motifs. Dans l'affaire *Albany*, la Cour avait en effet fondé son raisonnement sur la contradiction inévitable entre la conclusion d'accords collectifs (en l'occurrence, en matière de fond de pension) et

l'article 81 CE pour considérer que de tels accords devaient échapper à l'application de cette disposition sous peine de compromettre sérieusement les objectifs de politique sociale poursuivis par ces accords et promus par ailleurs dans le traité CE. Or, il ne peut, selon elle, être considérée comme « inhérent à l'exercice même de la liberté syndicale et du droit de mener des actions collectives de porter une certaine atteinte auxdites libertés fondamentales » (*pt 52*). La Cour avait d'ailleurs déjà eu l'occasion de juger que les conventions collectives n'échappaient pas en soi au domaine des libertés de circulation (CJCE, 15 janv. 1998, *aff. C-15/96, Schöningh-Kongbetovoun* : *Rec. CJCE* 1998, I, p. 47 à propos d'une clause d'ancienneté insérée dans une convention collective liant les services publics d'un État membre. – CJCE, 16 sept. 2004, *aff. C-400/02, Merida* : *Rec. CJCE* 2004 I, p. 8471 à propos du calcul d'un avantage social prévu par une convention collective relative à la sécurité sociale des salariés employés auprès des forces stationnées sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne).

II. – La Cour se tourne ensuite vers le champ d'application *rationae personae* des articles 43 et 49 CE. Ces dispositions contiennent des interdictions adressées aux États qui d'après les organisations syndicales ne pouvaient leur être opposées. Une longue série d'arrêts de la Cour établit cependant que les dispositions relatives à la libre circulation des personnes et à la libre prestation de services concernent toute réglementation visant à régler de façon collective le travail salarié et les prestations de services, ce en vue d'éviter que la seule identité de l'organisme adoptant cette réglementation ne puisse ruiner l'effet utile des dispositions du traité et entraîner une distorsion de concurrence entre les situations dans lesquelles ce type de règles est adopté par une autorité publique et celles où il relève d'un organisme privé. C'est ainsi que les règles adoptées par les fédérations sportives (CJCE, 12 déc. 1974, *aff. 36/74, Walrave et Koch* : *Rec. CJCE* 1974, p. 1405 contenant déjà aux points 17 à 19 tous les éléments pertinents du raisonnement. – CJCE, 14 juill. 1976, *aff. 13/76, Dona* : *Rec. CJCE* 1976, p. 1333, *pt 17*. – CJCE, 15 déc. 1995, *aff. C-415/93, Bosman* : *Rec. CJCE* 1995, I, p. 4921, *pt 82*. – CJCE, 11 avr. 2000, *aff. C-51/96 et aff. C-191/97, Delige* : *Rec. CJCE* 2000, I, p. 2549, *pt 47*). Les règles issues de conventions collectives applicables entre un employeur et son employé (CJCE, 8 avr. 1976, *aff. 43/75, Defrenne* : *Rec. CJCE* 1976, p. 455, *pt 39*) ou déterminant les conditions d'accès à un concours de recrutement organisé par une banque privée (CJCE, 6 juin 2000, *aff. C-281/98, Angonese* : *Rec. CJCE*, 1998, I, p. 4139, *pt 31*), mais également les règles adoptées par l'ordre des avocats (CJCE, 19 févr. 2002, *aff. C-309/99, Wouters* : *Rec. CJCE* 1999, I, p. 1577, *pt 120*) ont pu être soumises aux dispositions du traité portant sur les libertés de circulation. Le respect des libertés de circulation s'impose donc aussi aux réglementations de nature non publique et implique l'existence d'obligations dans le chef des organismes qui les rédigent et de droits dans le chef de ceux qui y sont soumis ou que l'on cherche à y soumettre. À ce propos, les conclusions de l'avocat général Poiras Maduro circonscrivent, de manière simple et convaincante, l'application des libertés de circulation aux actions privées qui en

raison de leur « effet général sur les titulaires de droits à la libre circulation [sont] susceptible[s] de les restreindre dans l'exercice de ces droits, en soulevant un obstacle qu'ils ne peuvent raisonnablement pas contourner » (pt 48. – comp. *B. Meire, Some preliminary comments...*, *préc.*, p. 181 estimant que ces dispositions ne peuvent être appliquées qu'aux acteurs privés dont l'action a un effet général sur le marché et qui agissent dans l'intérêt commun, fût-ce par l'effet d'une présomption).

III. – L'applicabilité des dispositions relative à la liberté de circulation en cause dans chaque affaire étant assurée, il ne restait plus à la Cour qu'à appliquer le régime des entraves. Il s'agissait dans les deux cas de déterminer si le comportement des organisations syndicales était constitutif d'entrave et si tel était le cas, si cette entrave pouvait être justifiée par un juste motif et respectait les conditions du principe de proportionnalité. La Cour poursuit donc par un raisonnement classique de type « marché intérieur » (A) d'où disparaît toute considération spécifique liée au caractère fondamental des droits (B).

A. – Dans l'affaire *Viking*, la Cour constate que tant l'action collective menée par FSU qui est susceptible de rendre moins attrayant, voire inutile, l'exercice par Viking de la liberté d'établissement, que celle de FSU qui empêche l'immatriculation dans un autre État que celui dont les propriétaires effectifs sont ressortissants, constituent des entraves (pts 72 et 73). La Cour rappelle qu'il appartient à la juridiction de renvoi d'appliquer le régime des entraves aux faits de l'espèce (pt 80), mais lui donne certaines indications à ce propos et effectue elle-même le raisonnement à propos de la politique d'ITF. Cette dernière, en sa forme actuelle, ne peut se justifier au regard du traité. En effet, le déclenchement des actions de lutte contre les pavillons de complaisance organisés par ITF s'effectue automatiquement, sans qu'il soit préalablement vérifié que la nouvelle immatriculation entraînera effectivement ou risque sérieusement d'entraîner une dégradation des conditions de travail et d'emplois des salariés concernés (pts 88 et 89). À propos des actions menées par FSU, la Cour rappelle à la juridiction nationale qu'elle doit s'enquêter de l'existence d'une menace à l'encontre de l'emploi et des conditions de travail des marins du Rosella à défaut de laquelle le motif invoqué par l'organisation syndicale ne pourrait être considéré comme véritable (pts 81 à 83). Pour le reste, elle admet que l'action collective constitue l'un des moyens principaux pour les syndicats de protéger les intérêts de leurs membres, avant de conseiller la juridiction nationale sur la manière d'appliquer le test de proportionnalité. Celle-ci devrait ainsi vérifier « si en application de la législation nationale et du droit conventionnel qui est applicable à cette action, FSU ne disposait pas d'autres moyens, moins restrictifs de la liberté d'établissement (...) et (...) si ce syndicat avait épuisé ces moyens avant d'engager une telle action » (pt 87). Ces mises en garde détaillées apportent d'utiles informations à la juridiction nationale en vue de trancher le litige au fond, autant qu'aux organisations syndicales auxquelles elles permettent de mieux calibrer leurs actions futures, en particulier, la politique de lutte contre les pavillons de complaisance menée par ITF. C'est avec raison que la Cour insiste sur la première étape consistant à vérifier que le changement de pavillon entraîne

effectivement une détérioration des conditions d'emploi des travailleurs. Au regard des dispositions de l'article 6 de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, le droit applicable au contrat de travail, à défaut de pouvoir être déterminé au regard du lieu d'exécution habituelle du travail, ce qui est souvent le cas pour les marins, se confond généralement avec le droit du pays où se situe l'établissement qui a embauché le travailleur, c'est-à-dire, en l'occurrence, la Finlande... Faut-il dès lors considérer que le changement de pavillon n'aurait pas affecté les conditions d'emploi des marins ? À défaut d'avoir accès à tous les éléments de l'affaire, il est difficile de se prononcer définitivement mais il demeure étonnant que la portée de l'article 6 de la Convention de Rome n'ait pas été abordée.

Les considérations de l'arrêt *Laval* sont plus complexes, en particulier en raison de l'interaction entre les dispositions du traité et celles de la directive n° 96/71/CE portant sur le détachement des travailleurs, sur laquelle nous reviendrons (IV). La Cour constate que les actions collectives menées en vue de contraindre un employeur étranger à adhérer à une convention collective dont certaines clauses s'écarteraient des dispositions législatives de l'État d'accueil et que le fait de devoir entamer des négociations salariales à durée indéterminée afin d'avoir connaissance des taux de salaire à verser aux employés instaurent des restrictions à la libre prestation de services (pts 99 et 100). Le droit de mener une action collective en vue de protéger les travailleurs contre une éventuelle pratique de dumping social constitue, certes, une raison impérieuse d'intérêt général (pt 103). Mais les actions menées en vue de contraindre Laval à adhérer à la convention collective ne sauraient être justifiées au regard d'un tel objectif puisqu'il existe déjà un noyau dur de règles législatives de protection des travailleurs que l'employeur est obligé de respecter, pour une série de matières, en vertu de la transposition de la directive n° 96/71/CE. Le respect obligatoire de ce noyau dur suffit, selon la Cour, à assurer qu'une pratique de dumping social soit évitée et à priver de justification une action collective menée en vue d'assurer l'application de la convention collective du bâtiment, tant au regard des clauses de cette convention portant sur des matières visées par la directive que pour les clauses portant sur des questions qui ne sont pas évoquées dans la directive. L'entrave constituée par les actions collectives menées en l'occurrence est également disproportionnée lorsque ces actions visent à imposer une négociation salariale alors que l'employeur étranger ne dispose d'aucune information suffisamment précise ou accessible lui permettant de déterminer les obligations salariales qu'il pourrait devoir respecter au terme des négociations (pt 110). La Cour se tourne ensuite vers les dispositions de la législation suédoise qui ont pour effet d'autoriser une action collective à l'encontre d'un employeur étranger ayant ratifié dans son pays une convention collective, sans égard pour le contenu de cette dernière, et le placent ainsi dans la même situation que l'employeur suédois n'ayant ratifié aucune convention collective. Cette législation qui applique un traitement similaire à des entreprises se trouvant dans des situations différentes est discriminatoire (pt 116) et l'entrave qu'elle impose ne pourrait dès lors trouver de justifications que dans les motifs d'ordre public, de

sécurité publique et de santé publique évoqués par l'article 46 CE, motifs qui ne correspondent pas aux objectifs de la législation en cause. La Cour reprend donc ici de manière explicite la distinction entre entrave discriminatoire et non discriminatoire, sachant que seuls les motifs prévus par le traité, à l'exception de raisons impérieuses d'intérêt général développées par la Cour, permettent de justifier les premières.

B. — Ce qui frappe dans cette analyse, tant dans l'arrêt *Viking* que dans l'arrêt *Laval*, c'est l'absence de référence aux droits fondamentaux en cause et le déroulement classique du raisonnement relatif à la proportionnalité. Si la Cour évoque encore que la Communauté a « non seulement une finalité économique, mais également une finalité sociale » (pt 79 de l'arrêt *Viking* et pt 105 de l'arrêt *Laval*), une fois entamée l'analyse au regard des articles 43 CE et 49 CE, il n'est que peu question de l'exercice du droit fondamental de mener une action collective et c'est plutôt sur la protection des travailleurs en tant que raison impérieuse d'intérêt général que la Cour se penche. Elle effectue ensuite un contrôle de proportionnalité tout à fait classique (aptitude, nécessité, interchangabilité) qui se distingue de celui mené dans les affaires *Schmidberger* et *Omega*. Dans l'affaire *Schmidberger* en particulier, qui concernait une demande de dédommagement introduite par un transporteur routier contre l'État autrichien à la suite d'une manifestation ayant bloqué une autoroute importante pendant près de trente heures, manifestation autorisée par l'État en vertu de considérations liées à la liberté d'expression, la Cour effectue concrètement une mise « en balance des intérêts en présence » (pt 81 de l'arrêt *Schmidberger*). Elle place d'abord sur le même pied la liberté fondamentale (libre circulation des marchandises) et le droit fondamental (liberté d'expression et liberté de réunion) en cause et constate que l'un et l'autre peuvent faire l'objet de restrictions qui doivent être justifiées en termes de proportionnalité (pts 78 et 79 de l'arrêt *Schmidberger*). Elle souligne à plusieurs reprises l'importance du large pouvoir d'appréciation dont disposent les autorités nationales s'agissant de la protection des droits fondamentaux (pts 82, 89 et 93 de l'arrêt *Schmidberger*) et démontre, en distinguant les éléments de l'espèce de ceux de la fameuse affaire des fraises (CJCE, 9 déc. 1997, aff. C-265/95, *Commission et France* : *Rev. CJCE* 1997, I, p. 6959), combien les autorités nationales ont exercé ce pouvoir avec mesure. Dans l'affaire *Omega* portant sur l'interdiction, édictée par les autorités de police allemandes et fondée sur la protection de la dignité humaine, de l'exploitation commerciale d'un jeu impliquant la simulation d'actes homicides, la Cour s'en remet largement à l'appréciation effectuée par les autorités allemandes du niveau de protection que requiert le respect de la dignité humaine (pts 38 et 39 de l'arrêt *Omega*). Elle ne recherche pas, par exemple, si une autre mesure aurait pu se substituer à une interdiction du jeu en vue de protéger la dignité humaine. Ainsi, dans ces deux précédents concernant l'équilibre entre droits fondamentaux et libertés fondamentales, la Cour applique un « test des entraves » adapté, voire allégé, en particulier au stade de la proportionnalité.

Cette différence dans la manière de mener le raisonnement serait-elle justifiée par la place occupée par le droit fondamental de part et d'autre ? Dans les affaires

Viking et *Laval*, la restriction apportée à une liberté fondamentale est causée par l'exercice d'un droit fondamental, celui de mener une action collective, alors que le motif pouvant éventuellement légitimer cette restriction semble résider dans une préoccupation étrangère aux droits fondamentaux, à savoir la protection des travailleurs suédois et finlandais (les travailleurs lettons et estoniens ne sont pas consultés et ne sont d'ailleurs pas partie au litige) et, surrou, l'égalisation des conditions de concurrence. Les considérations de la Cour manquent d'ailleurs parfois de clarté sur la question de savoir si c'est le droit de grève ou la protection des travailleurs qui constitue la raison impérieuse d'intérêt général (V. par ex. pts 77 et 80 de l'arrêt *Viking*). Dans les affaires *Schmidberger* et *Omega*, l'exercice d'un droit fondamental se confond à la fois avec la restriction imposée aux libertés de circulation (l'autorisation de manifester constitue l'incarnation de la liberté d'expression et d'opinion ; l'interdiction de l'exploitation commerciale du jeu est la manifestation concrète du respect de la dignité humaine tel qu'il est entendu en Allemagne) et avec le motif de cette restriction (l'autorisation de manifester est octroyée en vue de respecter la liberté d'expression et de réunion ; l'interdiction est formulée en vue de sauvegarder la dignité humaine).

Cette différence pourrait encore s'expliquer au regard de l'identité des parties au litige. En effet, si la Cour de justice a pu s'en remettre au pouvoir d'appréciation de l'État relatif à la pesée des intérêts en présence dans les affaires *Schmidberger* et *Omega*, c'est parce que le litige au fond opposait l'État à un particulier. Les arrêts *Viking* et *Laval* constituent, à notre connaissance, les premières décisions impliquant l'effet direct horizontal d'un droit fondamental dans l'ordre juridique communautaire. D'après les conclusions de l'avocat général Polares Maduro, l'identité des parties au litige ne change pourtant rien au fond du problème qui tient de la nécessaire conciliation entre le droit à la libre circulation de l'un et le droit de grève de l'autre (pt 40).

Quelles qu'en soient les raisons, l'application d'un test classique des entraves, tel que celui qui a été utilisé dans les affaires *Viking* et *Laval*, présente potentiellement un double impact pratique. Premièrement, le point de départ étant la liberté fondamentale, l'exercice du droit fondamental qui apporte une restriction à cette dernière est considéré comme une exception. En tant que tel, ne risque-t-il pas de recevoir une interprétation restrictive ? Ensuite, puisque c'est l'exercice du droit fondamental qui constitue une restriction, il revient à celui qui invoque ce droit de porter la charge de la preuve de la proportionnalité de cette restriction.

Il est assez naturel que la Cour ancre son raisonnement dans les règles relatives au marché intérieur puisque c'est en ces termes que la question lui était posée. Mais l'on reste mal à l'aise devant la disparition complète, en particulier lors de l'application du test de proportionnalité, de considérations liées au caractère fondamental des droits en cause. Peut-être la Cour révèle-t-elle ici un hiatus entre le degré de sophistication de l'ordre juridique communautaire, appelé à s'intéresser à des problématiques juridiques dont on n'aurait, à l'époque des pères fondateurs, peut-être pas pensé qu'elles relevaient du droit communau-

taire, et le défaut d'aboutissement de sa science juridique qui pour des questions de théorie générale reste, partiellement, à construire.

Conviendrait-il d'établir une nouvelle règle de hiérarchie des normes plaçant les droits fondamentaux au-dessus des libertés fondamentales, comme le suggèrent les organisations syndicales et à mots couverts l'avocat général Mengozzi pour qui, à défaut d'être praticable à l'heure actuelle, une telle règle ne serait pas nécessairement « dénuée de pertinence » (pt 84 de ses conclusions dans l'affaire *Laval* et pt 177 de ses conclusions dans l'affaire *Gestors Pro Amnistia pretites* ; dans ce sens, en matière de non-discrimination, V. D. Martin, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire* : Brylaan, 2006, p. 588 s.) ? Comme le relève la Confédération européenne des syndicats (exposé oral de M^{me} Severine Picard lors d'un séminaire de recherche consacré aux affaires Viking et Laval, organisé par l'Institut d'études juridiques européennes de l'Université de Saint Louis à Bruxelles le 3 mars 2008. — B. Berruson, *The Trade Union Movement and the European Union*, *Judgment Day*, *préc.*, spéc. p. 303) l'article 52 de la Charte des droits fondamentaux dispose que toute limitation de l'exercice des droits fondamentaux doit respecter le principe de proportionnalité. Autrement dit, le raisonnement ne devrait-il pas prendre pour point de départ le droit fondamental (le droit de mener une action collective) dont la limitation en raison de l'exercice d'une liberté de circulation (le droit de délocaliser ou de détacher des travailleurs) devrait être justifiée au regard du principe de proportionnalité (comp. toutefois avec, d'une part, le texte de l'article 51 et, d'autre part, la formulation floue de l'article 28 de la Charte qui ne protège le droit de mener une action collective que dans les limites de sa conformité au droit communautaire) ? Conformément à cette lecture de l'article 52 de la Charte, celui qui invoque l'exercice d'une liberté de circulation pour imposer une restriction à un droit fondamental qui devrait porter la charge de la preuve de la proportionnalité de l'exercice fait de sa liberté.

Ou ne serait-il pas plus judicieux de développer le test de proportionnalité en vue d'introduire une véritable mise en balance des intérêts en présence dans le cas d'une conciliation nécessaire entre droits fondamentaux et libertés de circulation, à l'image de ce qui se pratique dans le droit interne de nombreux États lors d'un conflit de droits fondamentaux (V. par ex. sur cet aspect du test de proportionnalité en droit allemand, S. Van Droogenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme, prendre l'idée simple au sérieux* : Brylaan, Publ. FUSI, 2001, pt 33. — évoquant l'absence de cet aspect du test dans la jurisprudence communautaire, V. R. Siering, *Europarecht* : Müller Verlag, Heidelberg, 2003, p. 301) et du raisonnement suivi par la Cour dans l'arrêt *Schmidberger* ? À nouveau, ceci n'est pas sans incidence pratique. Si la Cour avait développé un raisonnement pesant concrètement les avantages et inconvénients d'une restriction apportée à la libre circulation, d'une part, et d'une restriction apportée au droit de mener une action collective, d'autre part, elle aurait certainement évoqué l'impact de sa décision dans l'affaire Laval pour le système juridique suédois. Le fait de devoir entamer des négociations dont la durée est indéterminée en vue de fixer les salaires et ce sans avoir aucune

indication sur le niveau potentiel des obligations qui pourraient en résulter constitue à l'évidence un désavantage sérieux pour une entreprise détachant des travailleurs en Suède. Mais outre qu'il n'est pas certain que cette dernière ne disposerait d'aucune information concernant le niveau moyen des salaires (la clause billo, si elle ne constitue pas une clause relative au salaire minimal donne au moins une indication sur le niveau moyen des obligations salariales qui pourraient être imposées à l'employeur), cette obligation de négociation découle d'une caractéristique fondamentale du système de protection sociale suédois. Celui-ci repose essentiellement sur une négociation entre les parties, y compris à propos des questions cruciales comme le salaire minimum. Le fonctionnement efficace du système de négociation qui résulte probablement de données locales (équilibre des forces, faible taux de chômage etc.) explique le relatif effacement du législateur sur certains points. Mais en l'absence de disposition législative, le seul élément de contrainte qui puisse être exercé sur un employeur étranger est une action collective. C'est précisément en raison du silence du législateur sur certains points importants en matière de protection sociale que l'action collective est autorisée et encadrée par ce dernier. Ainsi, en considérant comme injustifiée l'action collective menée en vue d'entrer en négociation sur le salaire minimum, la Cour impose indirectement à l'État suédois de revoir son système de protection sociale en déplaçant la source de la protection d'un processus de négociation vers un processus législatif. Dans cette « adaptation » (comp. CJCE, 16 mai 2006, aff. C-372/04, *Watts* : JDI 2007, *chron.* 5, p. 649) du système suédois, la directive 96/71/CE joue un rôle déterminant.

IV. — En cause dans la seule affaire *Laval*, la directive 96/71/CE relative au détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services est une directive de « coordination », selon la dénomination adoptée par la Commission, en ce sens qu'elle n'est pourvue d'aucune harmonisation matérielle, mais se contente d'organiser la coexistence des systèmes juridiques des États membres. En somme, il s'agit d'une directive de droit international privé. Elle fut adoptée pour contrecarrer l'effet de l'article 6 de la convention de Rome qui dans une situation de détachement, en désignant la loi du lieu d'exécution habituelle du travail ou celle du pays d'embauche, permettrait à l'employeur d'échapper aux dispositions de la loi de l'État d'accueil en matière de condition de travail et d'emploi et de jouir ainsi d'un avantage compétitif par rapport aux entreprises locales lorsque la loi « d'origine » de cet employeur offrait un seuil de protection sociale plus bas que celui de l'État d'accueil (V. Dir. 96/71/CE, consid. 8 à 14). La directive permet au travailleur détaché de bénéficier, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat de travail, des conditions d'emploi et de travail de l'État d'accueil se trouvant soit dans ses dispositions législatives ou réglementaires, soit dans des conventions collectives d'application générale, portant sur un nombre limité de problématiques énumérées à l'article 3, § 1, a) à g) (période maximale de travail et de repos, taux de salaire minimal, durée minimal des congés annuels, protection des femmes enceintes etc.). Cette disposition ne doit « pas faire obstacle à l'application de conditions d'emploi et de travail plus favorables pour les travailleurs » (art. 3, § 7). La directive autorise

encore l'État d'accueillir à imposer ses conditions d'emploi et de travail dans des matières autres que celles visées au paragraphe 1^{er} de l'article 3, dans la mesure où il s'agit de dispositions d'ordre public imposées de manière égale aux entreprises nationales et étrangères et dans le respect du traité (art. 3, § 10). La directive a été transposée en Suède par une loi comportant des dispositions sur les conditions de travail et d'emploi pour toutes les matières visées à l'article 3, § 1, de la directive à l'exception du taux de salaire minimal. La Cour est conduite à apprécier la compatibilité de l'action collective menée contre Laval au regard de la directive 96/71/CE (A). Elle en propose ainsi l'une des premières interprétations (V. déjà CJCE, 12 oct. 2004, aff. C-60/03, *Wolff et Müller* ; *Rec. CJCE* 2004, I, p. 9553 à propos de l'article 5 de la directive. – CJCE, 21 sept. 2006, aff. C-168/04, *Commission et République d'Autriche* ; *Rec. CJCE* 2006, I, p. 9041 qui semble considérer que la problématique qui lui est soumise se situe hors du champ d'application de la directive) et soulève autant de questions qu'elle en résout (B, C)...

A. – Les parties s'opposaient sur l'interprétation de la directive. Laval soutenait que les conditions de travail et d'emploi contenues dans la convention collective du bâtiment ne pouvaient lui être imposées en vertu de la directive dans la mesure où elles ne ressortaient ni de dispositions législatives, ni d'une convention collective d'application générale et que le Royaume de Suède n'avait pas fait usage de l'article 3, § 8, de la directive permettant aux États, en l'absence d'un système d'application générale des conventions collectives, de prendre pour base certaines conventions collectives largement appliquées (V. *pt 169 des conclusions de l'avocat général Mengozzi*). Le Gouvernement suédois prétendait que les mécanismes et procédures mis à la disposition des partenaires sociaux et garantis par la loi (dont le droit de recourir à l'action collective) assurent l'application des conditions de travail et d'emploi contenues dans les conventions collectives suédoises et sont dès lors conformes à l'esprit de la directive, qui n'imposerait pas aux États de choisir la voie législative plutôt que de privilégier le dialogue entre partenaires sociaux (V. *pt 165 et 166 des conclusions de l'avocat général Mengozzi*). La Cour envisage donc la question de la compatibilité avec le texte de la directive 96/71/CE des actions collectives menées à l'encontre de Laval en vue de la contraindre à adhérer à une convention collective comportant des conditions de travail et d'emploi plus favorables que celles prévues dans la loi de transposition et portant également sur des matières non visées par la directive.

La Cour réserve un traitement différencié aux trois objectifs de l'action collective. Premièrement, dans la mesure où l'action collective tend à imposer à Laval d'entamer une négociation salariale, l'action collective ne peut se réclamer de la directive et l'État ne peut imposer une telle négociation en vertu de la directive, d'une part, parce que la directive ne porte que sur le taux de salaire minimal alors que la négociation porte sur le salaire effectif, et d'autre part, parce que ces taux de salaire ne sont pas fixés par l'une des voies prévues à l'article 3, § 1 et 8 (disposition législative, convention collective d'application générale ou convention collective largement appliquée que l'État a explicitement pris pour référence ; *pts 70 et 71*). Deuxièmement, dans la mesure où l'action collective

tend à imposer à Laval des conditions de travail et d'emploi, dans les matières énumérées à l'article 3, § 1, de la directive, plus favorables que celles prévues par la loi de transposition, l'action collective ne peut être justifiée au regard de l'action 3, § 7, qui en autorisant l'application de « conditions plus favorables » ne se réfère, selon la Cour, qu'aux dispositions de la loi de l'État membre d'origine de l'entreprise (*pt 81*) et ne permet pas de subordonner la prestation de service au respect de conditions allant au-delà des règles impératives de protection minimale fixées lors de la transposition de l'article 3, § 1 (*pt 80*). Troisièmement, dans la mesure où l'action collective vise à imposer des conditions de travail et d'emploi contenues dans la convention collective et portant sur des matières autres que celles visées à l'article 3, § 1, elle ne peut pas non plus se réclamer de la directive puisque ces conditions n'ont pas été adoptées en ayant recours à son article 3, § 10, les organisations syndicales ne constituant pas des autorités de droit public pouvant édicter des dispositions d'ordre public (*pt 84*). L'action collective ne pouvant, dans aucun de ses aspects, être légitimée au regard de la directive, la Cour l'apprecie par la suite au regard de l'article 49 CE (V. *supra* III et points 108 et 109 de l'arrêt). Comme on l'a vu, elle conduira en particulier que, en égard au fait que l'employeur est « par l'effet de la coordination réalisée par la directive 96/71/CE, tenu d'observer un noyau dur de règles impératives de protection minimale dans l'État membre d'accueil », l'action collective ne peut se justifier ni dans la mesure où elle cherche à imposer des conditions d'emploi et de travail correspondant à des matières visées à l'article 3, § 1, de la directive, mais dont le contenu est plus favorable que celles prévues dans la loi de transposition, ni dans la mesure où elle cherche à imposer des conditions d'emploi et de travail portant sur des matières autres que celles visées dans la directive (*pt 108*).

B. – La Cour propose, avec cet arrêt, la première interprétation de l'article 3, § 7, de la directive 96/71/CE. Cette disposition qui prévoit que l'article 3, § 1 à 6, ne s'oppose pas à l'application de conditions plus favorables pour les travailleurs pourrait recevoir une triple interprétation. La première consiste à considérer que l'application impérative des conditions de travail et d'emploi de l'État d'accueil pour une série de matières n'empêche pas l'application de la législation normalement applicable au contrat (désignée par la convention de Rome) pour cette même série de matières si le contenu de cette dernière s'avère plus favorable pour le travailleur détaché (conclusions de l'avocat général Bot, présentées le 20 septembre 2007 dans l'affaire C-346/06, *Rijffers*, point 82). Ensuite, il a été proposé de considérer que cette disposition autorise la mise en œuvre d'une « protection nationale renforcée », c'est-à-dire d'une amélioration des conditions minimales de protection prévue par la directive (conclusions de l'avocat général Bot, présentées le 20 septembre 2007 dans l'affaire C-346/06, *Rijffers*, point 83). Enfin, elle pourrait signifier que même si le paragraphe 1^{er} de l'article 3 ne vise explicitement que les conditions de travail et d'emploi contenues dans des dispositions législatives et réglementaires ou dans des conventions collectives d'application générale, il ne devrait pas être lu comme interdisant, pour les matières visées au paragraphe 1, l'application de conditions

de travail et d'emploi prévues par ailleurs, par exemple dans une convention collective n'ayant pas bénéficié d'une déclaration d'application générale. Cette interprétation se fonde sur la nature particulière de la directive n° 96/71/CE : en droit international privé, auquel la directive emprunte ses techniques, la désignation d'un ordre juridique emporte la désignation de l'ensemble des sources de cet ordre juridique et n'entraîne aucune limitation aux sources législatives (*P. Mayer et V. Heuzé, Droit international privé, 9^e éd., p. 142, n° 191*). On se souviendra qu'une dernière interprétation est nécessairement exclue : les « conditions plus favorables » évoquées au paragraphe 7 de l'article 3 ne peuvent viser que les matières visées au paragraphe 1 de la même disposition, les conditions de travail et d'emploi portant sur d'autres matières étant envisagées par le paragraphe 10 de la même disposition (à ce propos, V. sous peu la décision de la Cour dans l'affaire C-319/06, *Commission d'Allemagne*, et les conclusions de l'avocat général Tizzano présentées le 13 septembre 2007).

La Cour refuse apparemment les deuxième et troisième interprétations au cours d'un raisonnement relativement confus (*pts 81 et 82*). Pour deux raisons différentes de celle avancées par la Cour, la deuxième interprétation nous semble erronée. Pour que le paragraphe 7 apporte une dérogation utile aux paragraphes 1 à 6, il doit porter sur une question traitée par les paragraphes 1 à 6. Or, la directive ne comportant aucune harmonisation matérielle, elle ne comporte pas de conditions minimales de protection. Les paragraphes 1 à 6 ne concernent pas un degré de protection auquel des règles de protection renforcées pourraient être ajoutées par l'effet du paragraphe 7. Le paragraphe 1 comporte simplement une *liste minimale de matières* à propos desquelles l'État est certain de pouvoir appliquer sa législation. La Cour argumente pourtant sur ce terrain en affirmant que « l'article 3, § 1 (...) prévoit expressément le degré de protection dont l'État membre est en droit d'imposer le respect » (*pt 81*) ou encore que « le niveau de protection qui doit être garanti aux travailleurs détachés sur le territoire de l'État d'accueil est limité à celui prévu à l'article 3, § 1 » (*pt 82*). Le paragraphe 1 de l'article 3 ne limite certainement pas le niveau de protection que peut octroyer l'État d'accueil aux travailleurs détachés, car il ne le règle pas. Il octroie simplement à l'État d'accueil la possibilité d'imposer ses conditions de travail et d'emploi dans un certain nombre de matières, indépendamment du niveau de protection sociale offerte, faible ou élevé, selon les standards de cet État (V. *CJCE, 18 juill. 2007, aff. C-490/04, Commission d'Allemagne* : *Rec. CJCE 2007, I, p. 6095, pt 19* : « la directive 96/71/CE n'a pas harmonisé le contenu matériel de ces règles nationales (...) Ce contenu peut dès lors être librement défini par les États membres, dans le respect du traité (...) »). La portée utile du paragraphe 7 de l'article 3 ne réside donc pas dans une distinction entre règles de protection minimale et règles de protection plus avancée. Elle aurait pu résider dans la troisième interprétation proposée ci-dessus qui dans l'affaire Laval, revêtait une portée pratique évidente. Suivant cette interprétation selon laquelle le paragraphe 7 signifierait que les voies énumérées au paragraphe 1 de l'article 3 pour imposer l'application de conditions de travail et d'emploi de l'État d'accueil (législation ou convention collective d'application générale) ne sont pas

limitatives et que des conditions plus favorables pour le travailleur peuvent être encore imposées par une autre voie, les organisations syndicales auraient pu invoquer ce paragraphe pour justifier l'application de la convention collective du bâtiment. Sans l'évoquer explicitement, la Cour semble réfuter cette argumentation pour limiter définitivement la portée du paragraphe 7 à celle proposée par la première interprétation énoncée ci-avant (V. *pt 82 in fine*) : le paragraphe 1 de l'article 3 ne s'oppose pas à l'application de la loi normalement applicable au contrat lorsque le contenu de cette dernière est plus favorable au travailleur que celui de la loi de l'État d'accueil. Le récent arrêt *Rafferty* confirme l'interprétation restrictive de l'article 3, § 7, de la directive 96/71/CE (*CJCE, 3 avr. 2008, aff. C-346/06* concernant une législation relative à la passation de marché public imposant aux adjudicataires et à leurs sous-traitants de verser au travailleur détaché dans le cadre d'un marché public, au minimum la rémunération prévue dans la convention collective applicable au lieu d'exécution des prestations alors que cette convention n'est pas déclarée d'application générale).

C. – Une dernière considération de la Cour jette le trouble sur la portée qu'elle entend donner à la directive 96/71/CE. Elle considère que dans la mesure où les actions collectives tendant à imposer l'application d'une convention collective ne peuvent se prévaloir de la directive et y trouver leur justification, elles doivent être évaluées au regard de l'article 49 CE. Elles reçoivent ainsi le traitement réservé à ces dispositions législatives participant de la transposition d'une directive minimale qui, lorsqu'elles dépassent le prescrit de la directive, font l'objet d'une analyse de conformité au regard du traité (V. *pts 147 et 150 des conclusions de l'avocat général Mengozzi*). Les dispositions de transposition et toute mesure relevant du domaine d'application d'une directive maximale (ou d'harmonisation totale) sont, quant à elles, appréciées uniquement à la lumière de la directive. Cela étant, l'analyse effectuée ici au regard du traité se solde par une considération lapidaire : les actions collectives, en ce qu'elles tendent à forcer l'employeur à se soumettre à la convention collective du bâtiment, ne sont pas justifiées au regard de l'objectif de protection des travailleurs car ce dernier est tenu d'observer un noyau dur de règles de protection minimale de l'État membre d'accueil « par l'effet de la directive 96/71/CE » (*pt 108*). N'y a-t-il pas quelque contradiction à vouloir apprécier les actions collectives (et avec elles, la volonté d'appliquer la convention collective du bâtiment) au regard de l'article 49 CE, mais à tirer argument de l'existence de la directive pour les considérer comme privées de justification ? Car si les actions collectives doivent être appréciées au regard du traité, cela ne peut être que pour deux raisons : soit elles ne relèvent pas du domaine d'application de la directive (*quod non*), soit la directive, sans les légitimer, ne les interdit pas. Certes, l'existence de règles de l'État d'accueil relatives aux conditions de travail et d'emploi assure, dans une certaine mesure, la protection des travailleurs détachés. Mais cette mesure dépend du contenu de ces règles, contenu qui comme on l'a vu, n'est en rien réglé par la directive. Or selon l'avocat général Mengozzi, « il est constant que, en mettant en œuvre la directive 96/71/CE en droit interne, le législateur suédois a, suivant la tradition suédoise des relations collectives de travail et en

l'absence de déclaration d'application générale des conventions collectives, laissés aux partenaires sociaux le soin de déterminer l'essentiel des conditions de travail et d'emploi fixées par les conventions collectives, dont celles relatives à la rémunération, en Suède » (*par 164*). Ceci laisse entendre que la Suède n'a pas estimé devoir fixer un niveau de protection élevé dans les dispositions législatives adoptées à l'occasion de la transposition de la directive puisqu'elle a pour tradition de laisser les partenaires sociaux déterminer la véritable contenu de la protection sociale (V. également *par 131 et 1663*. – V. les explications de B. Mestre sur le système de transposition de la directive 96/71/CE dans les pays nordiques le conduisant à soutenir que les organisations syndicales doivent être considérées comme des parties au processus de transposition et à ce titre, disposer des moyens nécessaires pour assurer son application : *Some preliminary comments...*, *préc.*, p. 180). Aussi est-il probable que la Suède elle-même ne considèrerait pas les dispositions législatives portant sur les conditions de travail et d'emploi adoptées à l'occasion de la transposition de la directive comme assurant une protection suffisante des travailleurs détachés.

Ainsi, autant par l'analyse proposée de la directive (*point IV, B et C*) que par son raisonnement fondé sur l'article 49 CE (*supra* III-B *in fine*), la Cour incite le législateur suédois à se saisir, par la voie législative ou par la voie d'un système de déclaration d'application générale des conventions collectives, des questions de protection sociale, plutôt qu'à les déléguer aux partenaires sociaux. Si cette requête d'« adaptation » était prévisible au regard des voies prévues par la directive 96/71/CE pour assurer les conditions de travail et d'emploi de l'État d'accueil aux travailleurs détachés, on comprend que la Suède ait, dans un premier temps, refusé de s'y soumettre car il s'agit d'un changement légal autant que culturel.

Libre prestation de services et enseignement. – Déductibilité des frais de scolarité liés à la fréquentation d'un établissement privé localisé dans un autre État membre que celui de la résidence des parents. – Articles 49 CE, 18 CE, 39 CE et 43 CE.

CJCE. – Grande ch. – 11 sept. 2007. – aff. C-318/05. – Commission c/ Allemagne. – C. Six-Hackl, avocat général.
CJCE. – Grande ch. – 11 sept. 2007. – aff. C-76/05. – Schwarz. – C. Six-Hackl, avocat général.

En intervenant de manière absolue, à des contribuables allemands résidant en Allemagne, la déductibilité des frais scolaires liés à la fréquentation d'un établissement localisé dans un autre État membre, l'Allemagne viole l'article 49 CE s'il s'agit d'un établissement dont le financement est essentiellement assuré par des fonds privés et l'article 18 CE s'il s'agit d'un établissement financé entièrement ou principalement par des fonds publics. Une telle législation peut également entraîner la violation des articles 39 CE et 43 CE.

NOTE. – Réunie en chambre plénière, la Cour déploie l'artillerie lourde du droit communautaire à l'encontre d'une disposition fiscale allemande, en l'occurrence l'article 10, § 1, point 9 de la loi relative à l'impôt sur le revenu (Einkommensteuergesetz, ci-après « EStG »). Cette disposition autorise la

déduction d'une portion du montant acquitté par le contribuable pour la fréquentation par ses enfants d'une école privée « agréée » par l'État ou autorisée par le droit du Land », ce qui conduit à exclure automatiquement de cet avantage fiscal les parents dont les enfants fréquentent une école située dans un autre État membre. Elle fait l'objet d'une question préjudicielle (affaire Schwarz) dans un litige opposant des époux allemands dont les enfants fréquentent une école localisée en Écosse à l'administration fiscale allemande et d'une action en manquement (affaire Commission c/ Allemagne). Ces deux affaires ainsi que trois autres affaires présentées brièvement ci-dessous engendrent pour l'Allemagne la nécessité d'effectuer certains réajustements financiers dans le domaine de l'éducation en général. Ensemble, elles offrent une image, partiellement renouvelée, des domaines d'application respectifs des articles 49 CE (I), 18 CE et 39 CE (II).

I. – La décision rendue sur question préjudicielle s'astreint à départager le domaine d'application des articles 18 CE et 49 CE dans le domaine de l'enseignement. L'Allemagne prétendait en effet qu'aucune disposition du traité ne s'appliquait en l'occurrence, l'article 49 CE étant exclu en particulier puisque l'établissement écossais n'exercerait pas d'activité économique. La Cour reprend et précise la distinction établie dans les arrêts *Humbel et Edel* (CJCE, 27 sept. 1988, aff. C-263/86 ; *Rec. CJCE* 1986, p. 5365) et *Wirth* (CJCE, 7 déc. 1993, aff. C-109/92 ; *Rec. CJCE* 1993, I, p. 6447), sur lesquels se fondaient d'ailleurs l'Allemagne et la prolonge à la lumière de la citoyenneté.

La Cour commence par rappeler que l'article 18 CE trouve une expression spécifique dans les dispositions relatives aux libertés fondamentales et dans l'article 49 CE, en particulier, qu'il convient donc d'envisager par priorité (*par 34*). À cet égard, elle est appelée à déterminer si les cours dispensés par la Cademur School constituent « des prestations fournies normalement contre rémunération ». Tel est le cas d'un établissement financé essentiellement par des fonds privés, sans qu'il importe que ces fonds soient assurés principalement par les élèves et leurs parents puisque l'article 49 CE n'exige pas que le service soit payé par ceux qui en bénéficient (*par 40 et 41 et la jurisprudence citée au par 41*). La Cour constate que les frais engagés par les époux Schwarz dont les enfants fréquentent une école écossaise sont élevés, ce qui semble indiquer que l'école en question fonctionne sur fonds privés, mais à défaut d'information précise sur le mode de financement de cet établissement, il reviendra au juge national d'appliquer les critères dégagés par la Cour. L'Allemagne soulignait encore le défaut de comparabilité entre l'école écossaise et les écoles visées par l'article 10, § 1, point 9 de l'EStG. Ces dernières doivent répondre à des critères, établis notamment dans l'article 7 de la loi fondamentale allemande, les empêchant, en règle générale, d'exercer leur activité à titre lucratif. Cet argument de comparabilité importe dans une affaire où le principe de non-discrimination, on l'a vu compris, est appelé à jouer un rôle important. Pourtant, au stade de l'applicabilité de l'article 49 CE, la Cour le rejette formellement : l'applicabilité de l'article 49 CE dépend de la question de savoir si l'école écossaise preste des services sans qu'il importe « de savoir si les écoles établies dans l'État du

bénéficiaire de la prestation (...) qui sont agréées, autorisées ou reconnues dans cet État au sens de l'article 10, paragraphe 1, point 9 de l'ESG, fournissent ou non des prestations de services » (pt 44). Elle confirme ici l'approche adoptée dans l'arrêt *Watts* (CJCE, 16 mai 2007, aff. C-372/04 : *Rec. CJCE* 2007, I, p. 4325, pts 90 et 91 ; *JD* 2007, p. 643 à 650), où elle avait écarté, en vue d'envisager l'application de l'article 49 CE à une prestation de service en matière de santé fournie à l'étranger, la nécessité d'une comparaison avec le système national. En l'occurrence, le système national était fondé sur la gratuité des soins et le Royaume-Uni qui était en cause, considérait que cette circonstance suffisait à exclure la situation du domaine d'application de l'article 49 CE. La Cour maintient, en matière d'enseignement, l'attitude adoptée l'année passée, alors que l'avocat général Stix-Hackl l'incitait explicitement à renverser cette jurisprudence (*Conclusions déposées le 21 sept. 2006 dans les affaires C-76/05 et C-318/05, non encore publiées au Recueil, points 37 à 40* invoquant le risque d'une large obligation de libéralisation pour l'État en cause et d'une atteinte aux systèmes nationaux de solidarité).

Ayant établi l'applicabilité de l'article 49 CE, la Cour constate que la disposition fiscale allemande en cause constitue une entrave, en ce qu'elle a pour effet de dissuader les contribuables résidant en Allemagne d'inscrire leurs enfants dans une école privée localisée dans un autre État membre (libre prestation de service passive) et qu'elle complique l'offre de formation émanant d'établissements localisés dans d'autres États membres à destination des contribuables établis en Allemagne (libre prestation de service active). Nulle part elle ne se prononce explicitement sur le caractère discriminatoire de cette entrave. Pourtant, elle fonde son raisonnement sur le fait que la déductibilité des frais scolaires est exclue lorsque l'école est établie hors d'Allemagne alors que cette possibilité existe pour les frais versés à une école établie en Allemagne (pts 64 et 65). L'avocat général Stix-Hackl concluait clairement au caractère discriminatoire de la disposition allemande (pt 58 de ses conclusions). Quoiqu'il en soit, le cœur de l'argumentation porte sur la possibilité de justifier objectivement cette différence de traitement et la Cour s'emploie à répondre aux arguments avancés par l'Allemagne dont deux seulement présentent un certain intérêt. Premièrement, s'agissant de la comparabilité des situations, l'Allemagne avançait que la déductibilité des frais scolaires ne s'expliquait qu'au regard des obligations imposées par l'Allemagne aux écoles visées à l'article 10, § 1, point 9 de l'ESG. En particulier, elle démontrait que les écoles soumises à cette disposition étaient tenues de ne pas exercer une sélection fondée sur la fortune des parents, ce qui impliquait la modération des frais scolaires. La Cour constate que l'exclusion d'une école étrangère dépend simplement de la localisation de son établissement « indépendamment de la question de savoir si elle respecte ou non des critères tels que la perception de frais de scolarité d'un montant ne permettant pas une sélection des élèves fondée sur la fortune de leurs parents » (pt 73). Ensuite, l'Allemagne entendait tirer argument de l'arrêt *Bidlar* (CJCE, 15 mars 2005, aff. C-209/03 : *Rec. CJCE* 2005, I, p. 2119 ; *cette chronique par M. Luby*, 2006, p. 680 à 684) autorisant les États à veiller à ce que l'octroi d'une aide sociale (et

donc, selon l'Allemagne, d'un avantage fiscal) ne devienne une charge déraisonnable qui pourrait avoir des conséquences sur le niveau global de l'aide pouvant être accordée (pt 56 de l'arrêt *Bidlar*). Sans se prononcer sur le parallélisme proposé par l'Allemagne entre les aides sociales et les avantages fiscaux (« À supposer même qu'un raisonnement identique à celui suivi dans l'arrêt *Bidlar* trouve à s'appliquer dans une situation telle que celle à l'origine du litige au principal (...) », pt 79), la Cour souligne que si l'objectif de la limitation de cet avantage fiscal était d'éviter une charge déraisonnable pour l'État (sachant que la prévention de la réduction des recettes fiscales ne constituerait pas un motif acceptable, pt 77), un tel objectif pourrait être atteint par des moyens moins contraignants et fondés sur des critères objectifs, par exemple en limitant le montant déductible en fonction de certaines valeurs propres à l'État allemand (pts 80 et 81).

B. — La Cour envisage ensuite les autres dispositions du traité (18 CE dans le cadre de la procédure préjudicielle, 18 CE, 39 CE et 43 CE dans le cadre de la procédure en manquement). La législation fiscale allemande est condamnée, sur le fondement de chacune de ces dispositions, en raison du fait qu'elle exclut la possibilité de déduire les frais scolaires liés à la fréquentation d'un établissement localisé à l'étranger, uniquement en raison de sa localisation et indépendamment du point de savoir si cette école remplit des critères objectifs fixés sur la base de principes propres et permettant de déterminer quels types de frais de scolarité ouvrent droit audit abatement fiscal (pt 97 de l'arrêt C-76/05 renvoyant au pt 81 ; pt 120 de l'affaire C-318/05, renvoyant aux pts 85 à 99), alors que cette possibilité existe pour la fréquentation d'un établissement localisé en Allemagne.

Dans l'arrêt en manquement (aff. C-318/05), la Cour relate les observations de l'avocat général en soulignant qu'une telle législation désavantage les travailleurs salariés et indépendants qui ont transféré leur domicile en Allemagne ou qui y travaillent et dont les enfants continuent à fréquenter une école payante située dans un autre État membre (pt 116). Elle est également susceptible de désavantager les ressortissants allemands qui transfèrent leur domicile dans un autre État membre dans lequel leurs enfants fréquentent une école payante (point 118 reprenant la définition du domaine d'application de l'article 39 CE proposée dans l'arrêt *Hartmann* infra). Conformément à son statut subsidiaire, la Cour se tourne en dernier lieu vers l'article 18 CE (pts 86 et suivants de l'affaire C-76/05 ; pts 124 et suivants de l'affaire C-318/05). Reprenant la désormais célèbre formule de l'arrêt *Grzelczyk* (CJCE, 20 sept. 2001, aff. C-184/99 : *Rec. CJCE* 2001, I, p. 6193, pt 31), la Cour rappelle que le statut de citoyen a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres permettant aux individus se trouvant dans le domaine d'application du traité de jouir d'un traitement égal à celui des ressortissants de l'État où ils se trouvent et de ne pas faire l'objet de la part de leur État d'origine d'un traitement moins favorable que celui dont ils bénéficieraient s'ils n'avaient pas fait usage des libertés offertes par le traité (pts 86 et 87). Or les enfants des époux Schwarz font usage de la liberté de circuler et de séjourner sur le territoire d'un autre État membre prévue par l'article 18 CE. Ainsi la réglementation allemande, en ce

qu'elle désavantage les contribuables en raison du seul fait que leurs enfants ont fait usage de leur liberté de circuler, apporte une restriction aux libertés reconnues par l'article 18 CE (V. déjà à propos des entraves imposées par l'État d'origine du particulier dans des domaines liés à l'éducation *CJCE*, 31 mars 1993, *aff. C-19/92, Kraus* ; *Rec. CJCE* 1993, I, p. 1663 – *CJCE*, 11 juill. 2002, *aff. C-224/98, D'Hoop* ; *Rec. CJCE* 2002, I, p. 6191). Cette restriction n'est par ailleurs pas justifiée par des critères objectifs et n'apparaît pas proportionnée pour les raisons expliquées ci-dessus.

Des conclusions de la Cour dans ces deux affaires, il résulte que toute famille dont les enfants sont scolarisés dans un autre État membre est, pour les situations liées à cette scolarité, couverte par le traité, en vertu des articles 39 CE, 43 CE, 49 CE ou 18 CE en fonction de la situation de la famille et du mode de financement de l'établissement scolaire. Les développements liés à l'article 18 CE à propos des établissements scolaires financés essentiellement par des fonds publics et organisés par l'État qui assume ainsi sa mission dans les domaines social, culturel et éducatif, selon la formule établie déjà dans l'arrêt *Humbel et Edel* précité colimate ainsi utilement les brèches mises en lumière par l'arrêt *Wirth* par exemple (*aff. C-109/9, préf.*, *pts 21 à 26*) à propos des situations ne relevant des grandes libertés communautaires. Enfin, bien que la Cour, dans l'arrêt *Schwarz*, se préoccupe d'un parallélisme automatique entre le raisonnement tenu en matière d'avantages sociaux dans l'arrêt *Bidlar* et celui qu'il faut appliquer en matière fiscale, la teneur du raisonnement est identique dans les deux matières : elle consiste à condamner le refus automatique de l'octroi d'un avantage (social ou fiscal) pour favoriser l'établissement de critères clairs et objectifs qui permettraient à l'État de limiter ses dépenses et à la Cour d'exercer son contrôle. Complétée par les affaires *Morgan*, d'une part, *Hartmann et Gengen*, d'autre part (ci-après), elle offre une illustration claire de ce parallélisme et de l'état de la jurisprudence dans le domaine de l'éducation au sens large.

Avantage social. – Allocation d'éducation. – Condition de résidence. – Activité professionnelle dépassant le seuil de l'emploi mineur. – Article 39 CE et article 7, § 2, du règlement (CEE) n° 1612/68.

Avantage social. – Portabilité des bourses d'étude. – Condition liée à la continuation d'une formation entamée en Allemagne pendant un an au moins. – Articles 17 et 18 CE.

CJCE. – Grande ch. – 18 juill. 2007. – *aff. C-212/05*. – Hartmann. – L. A. Geldhoed, avocat général.

CJCE. – Grande ch. – 18 juill. 2007. – *aff. C-213/05*. – Gengen. – L. A. Geldhoed, avocat général.

CJCE. – Grande ch. – 23 oct. 2007. – *aff. C-11/06 et aff. C-12/06*. – Morgan. – D. Ruiz-Jarabo Colomer, avocat général.

L'article 7, § 2, du règlement (CEE) n° 1612/68 s'oppose à ce que le conjoint sans emploi d'un travailleur migrant exerçant une activité professionnelle dans un État membre, résidant dans un autre État membre soit exclu du bénéfice d'un avantage social ayant les caractéristiques de l'allocation d'éducation allemande, au motif qu'il n'a établi ni domicile, ni résidence habituelle dans le premier État.

La même disposition ne s'oppose pas à l'exclusion, par la réglementation nationale d'un État membre, d'une ressortissante d'un autre État membre, résidant dans son pays d'origine mais exerçant dans le premier État une activité professionnelle mineure, du bénéfice d'un avantage social ayant les caractéristiques de l'allocation d'éducation allemande, au motif qu'elle n'a dans le premier État ni son domicile, ni sa résidence habituelle.

L'Allemagne viole les articles 17 et 18 CE lorsque elle lie l'octroi d'une bourse d'étude en vue de poursuivre une formation dans un autre État membre à la condition que ces études consistent la continuation d'une formation suivie pendant au moins une année sur le territoire allemand.

NOTE. – Ces trois affaires ont en commun de porter sur la conformité au droit communautaire de conditions mises à l'octroi d'un avantage social dans une situation de mobilité relevant du traité. Dans le respect du principe de proportionnalité, la Cour accepte, dans les trois affaires, qu'une condition de proximité vienne restreindre l'octroi des bourses ou allocations en cause (1). On notera avec intérêt le choix de la base légale, la circulation des travailleurs faisant dans l'affaire Hartmann l'objet d'une extension annoncée l'année passée dans l'affaire Ritter-Coulais, au détriment de la citoyenneté, alors que la citoyenneté donne lieu à d'intéressants développements dans l'affaire Morgan (2).

Que l'allocation d'éducation allemande constitue un avantage social au sens du règlement (CEE) n° 1612/68, ne fait plus de doute depuis l'arrêt *Martinez Sala* (*CJCE*, 12 mai 1998, *aff. C-85/96* ; *Rec. CJCE* 1998, I, p. 2691, *pt 26*). Elle est accordée automatiquement à toute personne ayant un enfant chargé et n'exerçant pas d'activité professionnelle ou ne l'exerçant pas à temps plein à condition soit que cette personne ait en Allemagne son lieu de domicile ou de résidence habituelle, soit qu'elle y exerce une activité professionnelle dépassant le seuil de l'emploi mineur (c'est-à-dire inférieur à 15 heures par semaine et dont le montant de la rémunération ne dépasse pas un certain seuil). Dans les affaires *Hartmann* et *Gengen*, les protagonistes étaient domiciliés hors d'Allemagne. La possibilité de solliciter l'octroi de l'allocation pour les frontaliers ou les ressortissants communautaires qui n'ont pas leur résidence habituelle en Allemagne mais y exercent une activité professionnelle dépassant le seuil de l'emploi mineur n'était, à l'époque de l'affaire *Hartmann*, pas ouverte aux fonctionnaires allemands ou aux conjoints de travailleurs migrants. M^{me} Hartmann est une ressortissante autrichienne mariée à un fonctionnaire allemand qui depuis son mariage, réside avec elle en Autriche. Elle sollicite une allocation d'éducation pour ses deux premiers enfants et se la voit refusée au motif qu'elle ne réside pas en Allemagne et n'y exerce aucune activité professionnelle. M^{me} Gengen est une ressortissante néerlandaise qui réside avec son mari aux Pays-Bas, tout en travaillant en Allemagne entre 3 et 14 heures par semaine. Elle sollicite une allocation d'éducation à la suite de la naissance de son premier enfant et se la voit refusée au motif qu'elle ne possède ni domicile, ni résidence habituelle en Allemagne et n'est pas liée par un contrat de travail prévoyant au moins 15 heures de travail par semaine. La Cour juge le refus opposé à

M^{me} Hartmann contraire à la règle de non-discrimination contenue dans l'article 7, § 2, du règlement (CEE) n° 1612/68, mais non celui opposé à M^{me} Geven.

La décision relative aux bourses d'étude oppose une étudiante de nationalité allemande à l'État allemand à propos du refus d'une aide à la formation en vue de poursuivre des études dans un autre État membre. M^{me} Morgan, après avoir fait ses études secondaires en Allemagne, avait passé une année en tant que jeune fille au pair au Royaume-Uni où elle a ensuite entamé des études de génétique appliquée. Le refus de l'aide est motivé par le fait que la formation entamée au Royaume-Uni ne constitue pas le prolongement d'une formation suivie en Allemagne pendant une année au moins. La Cour estime que cette condition est de nature à dissuader les citoyens de l'Union de faire usage des libertés qui leur sont conférées par l'article 18, § 1, CE et n'est pas apte à remplir les objectifs avancés par l'État allemand, ni proportionnée par rapport à ces objectifs.

I. – Les affaires *Hartmann*, d'une part, et *Morgan*, d'autre part, relancent le débat sur la portée respective des articles 18 et 39 CE. La Cour donne dans l'arrêt *Hartmann* une définition extensive du domaine d'application de l'article 39 CE qui n'a pas l'heur de plaire aux avocats généraux (A) et dont l'utilité à l'époque du développement des droits liés à la citoyenneté, n'apparaît pas clairement (B). Les faits des deux affaires conduisent à réfléchir à la nature des obligations imposées à l'État par l'article 18 CE.

A. – Si la situation de M^{me} Geven relevait clairement des dispositions applicables à la libre circulation des travailleurs, il n'en allait pas de même de celle de M^{me} Hartmann. Celle-ci prétendait à l'octroi d'un droit dérivé en tant qu'épouse d'un travailleur. Or M. Hartmann, ressortissant allemand, avait toujours travaillé en Allemagne et n'avait déplacé son domicile qu'à des fins privées. La Cour considère néanmoins que « l'installation de M. Hartmann en Autriche à des fins non professionnelles ne justifie pas que lui soit dénie la qualité de travailleur migrant qu'il a acquise à partir du moment où, à la suite du transfert de son domicile en Autriche, il a exercé pleinement son droit à la libre circulation des travailleurs en se rendant en Allemagne pour y exercer une activité professionnelle » (pt 18). Cette position s'oppose à celle défendue par l'Allemagne, le Royaume-Uni, la Commission et l'avocat général Geelhoed qui soutenaient que la libre circulation des travailleurs concerne exclusivement le déplacement d'une personne vers un autre État membre à des fins professionnelles (V. point 16 de l'arrêt et points 28 à 44 des conclusions de l'avocat général). Sans répondre aux arguments avancés par l'avocat général, la Cour se fonde uniquement sur la jurisprudence *Ritter-Coulais* (CJCE, 21 févr. 2006, aff. C-152/03 ; *Rec. CJCE* 2006, I, p. 1711. – V. nos remarques critiques, *cette chronique*, 2006, p. 639 à 642) en vertu de laquelle, comme l'expose l'avocat général Geelhoed, « dès qu'il est établi qu'une personne est résidente dans un État membre, mais employée dans un autre, cela suffit pour entraîner l'application de l'article 39 CE » (pt 32 de ses conclusions). Cette position avait, on s'en souvient, elle-même été adoptée contre l'avis de l'avocat général Léger (Conclusions déposées le 1^{er} mars 2005 dans l'affaire C-152/03 ; *Rec. CJCE*

2006, I, p. 1711) et s'opposait clairement à la jurisprudence Werner selon laquelle un dentiste allemand exerçant son activité professionnelle en Allemagne ne pouvait se réclamer de la protection offerte par l'article 43 CE pour contester une disposition fiscale allemande du simple fait qu'il avait déplacé sa résidence aux Pays-Bas (CJCE, 26 janv. 1993, aff. C-112/91 ; *Rec. CJCE* 1993, I, p. 429). L'avocat général Geelhoed invitait donc la Cour à se distancier d'une approche qu'elle n'aurait, selon lui, jamais dû adopter (pt 38) et à se souvenir des objectifs de base des règles fondamentales du marché commun « conçues pour libéraliser le mouvement des produits du cycle économique (biens et services) mais aussi des facteurs du cycle économique (travail et capital) » et appelant ainsi une dissociation entre les situations dans lesquelles une personne se déplace pour des raisons professionnelles qui seules relèvent de l'article 39 CE (pt 41) et celles où elle se déplace pour des motifs non économiques qui relèvent aujourd'hui de la citoyenneté (pts 33 et 42). Ces considérations pourraient étoffer et cohérentes n'ont manifestement pas convaincu la Cour qui applique l'article 39 CE à M. Hartmann (et par ricochet à son épouse) et se fonde, entre autres, sur cette interprétation de la libre circulation des travailleurs pour condamner la législation fiscale allemande relative à la déduction des frais de scolarité encourus dans un autre État membre dans l'affaire C-318/05 (*commentaire ci-dessus*). – V. point 116 de l'affaire *Commission c/ Allemagne*).

Autre était la question de savoir si l'article 18 CE était applicable à l'espèce d'une part et si Monsieur Hartmann subissait une entrave dans l'exercice des droits découlant de cette disposition d'autre part. L'avocat général Geelhoed souligne que la situation en cause dans l'affaire Hartmann relève a priori de la citoyenneté (pt 42) mais conclut que l'article 18 CE ne s'oppose pas au refus de l'octroi de l'allocation d'éducation dans cette affaire. Selon lui, cette disposition n'impose qu'une obligation négative à l'État d'origine du citoyen faisant usage de sa liberté de circuler pour des fins non économiques, à savoir celle de ne pas le désavantager en raison du seul fait qu'il a fait usage de cette liberté. Or en l'occurrence, la situation de M. Hartmann n'est pas altérée du fait de son déplacement en Autriche. S'il avait maintenu sa résidence en Allemagne, ni lui ni son épouse n'auraient, de toute façon, pu bénéficier de l'allocation (pt 83). En effet, disposant d'un emploi à temps plein, il n'aurait apparemment pas pu solliciter l'allocation d'éducation en son nom propre. Son épouse n'y aurait probablement pas eu droit ni en son nom propre (car elle ne résidait pas en Allemagne), ni par un droit dérivé de son époux par l'effet du droit communautaire (car en l'absence d'aucun déplacement de la résidence de ce dernier, il ne serait pas tombé dans le champ d'application du droit communautaire). Ainsi, M. Hartmann ne peut se plaindre de faire l'objet, en raison du déplacement de sa résidence vers l'Autriche, d'un traitement moins favorable que s'il avait conservé celle-ci en Allemagne. Faut-il considérer, avec l'avocat général, que l'article 18 CE n'impose que des obligations négatives à l'État d'origine du citoyen communautaire ? J.-Y. Carlier s'interroge de cette distinction qui introduirait une différence de traitement entre les citoyens qui circulent selon qu'ils relèvent d'une obligation négative ou positive de l'État et conduirait le

juge à une appréciation très factuelle de la portée exacte de la législation nationale en cause (*La libre circulation des personnes dans l'Union européenne* [1^{er} janvier-31 décembre 2007] : *JDE* 2008, p. 82, n° 10). L'affaire *Morgan* pose cette question avec acuité.

B. – À voir la portée reçue par l'article 18 CE dans les affaires *Morgan* et *Schwartz*, on comprend d'autant moins pourquoi la Cour a tenu à fonder son raisonnement sur l'article 39 dans l'affaire *Hartmann* (si ce n'est en raison des difficultés liées au domaine d'application *ratione temporis* des dispositions relatives à la citoyenneté, V. en ce sens les conclusions de l'avocat général Geelhoed dans l'affaire *Hartmann*, *pts 37 et 79*). Dans l'affaire *Morgan*, la Cour fonde tout son raisonnement sur l'article 18 CE. Il est vrai que c'est en ces termes que lui était posée la question préjudicielle. On se souviendra néanmoins qu'il fut une époque où les droits des étudiants étaient consacrés soit dans le cadre de l'accès non discriminatoire à la formation professionnelle sur le fondement des articles 12 CE et 150 CE (*CJCE*, 13 févr. 1985, *aff. 293/83, Granier* : *Rec. CJCE* 1985, p. 593), soit dans le cadre des articles 39 CE et 7, § 2 du règlement (CEE) n° 1612/68, soit dans le cadre de l'article 49 CE (comme l'illustre encore l'affaire *Schwartz* commentée ci-avant). La combinaison des articles 12 CE et 150 CE aurait peut-être pu constituer le fondement légal de cette affaire portant sur l'accès à une formation dispensée à l'étranger mais inexistant sur le territoire de l'État en cause (point 19 de l'arrêt *Morgan*). Mais il semble que l'article 18 CE ait définitivement pris le pas sur ces dispositions pour les situations relatives à un déplacement ne relevant ni de la circulation des travailleurs, ni de la libre prestation de services (ou en fonction de la configuration des faits, d'une autre liberté communautaire). L'article 18 CE implique que « dès lors qu'un État membre prévoit un système d'aides à la formation qui permet à des étudiants de bénéficier de telles aides dans le cas où ils effectuent des études dans un État membre, il doit veiller à ce que les modalités d'octroi de ces aides ne créent pas une distinction injustifiée audit droit de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres » (*pt 28*). Or en l'occurrence, la législation allemande impose aux étudiants d'avoir suivi une formation en Allemagne pendant une année au moins et de continuer uniquement cette même formation dans un autre État membre. Cette double obligation est de nature à dissuader les étudiants de quitter le territoire allemand en vue d'effectuer des études dans un autre État membre et constitue à ce titre une entrave dont les effets ne sont ni trop aléatoires, ni trop insignifiants (*pts 30 à 32*). Aucun des motifs invoqués par l'Allemagne n'est de nature à justifier le contenu de cette double condition (*pts 35 à 50*) qui soit ne correspond pas à l'objectif avancé (par exemple la condition relative à la continuation d'une formation entamée en Allemagne n'est pas apte à assurer une absence de cumul d'aides, *pt 50*), soit paraît disproportionnée par rapport à cet objectif (par exemple s'agissant de formations qui ne sont pas dispensées en Allemagne, cette condition qui conduit les étudiants soit à renoncer à la formation, qu'ils souhaitaient entreprendre à l'étranger, soit à renoncer à l'aide à la formation ne peut être considérée comme proportionnée par rapport à l'objectif de faciliter un

choix judicieux de la formation, *pt 39*). La Cour condamne ainsi la condition mise par l'Allemagne à la portabilité des bourses d'étude au regard de l'article 18 CE.

Une partie de l'intérêt de l'affaire *Morgan* réside dans ce que la Cour ne dit pas... Elle établit clairement que dès lors qu'il existe un système permettant la portabilité des bourses d'étude, les conditions de ce système doivent éviter d'entraver le déplacement du citoyen européen. Mais l'État est-il pour autant obligé d'instaurer un système de portabilité des bourses ? Ou peut-il décider de ne subventionner que les étudiants qui poursuivent leur formation sur son territoire ? Autrement dit, l'État tire-t-il une obligation positive de l'article 18 CE ? Comme le relève A.-C. Simon dans une étude fouillée consacrée à la portabilité des bourses d'étude (*La portabilité des bourses d'étude dans l'Union européenne* : *JDE* 2008, p. 2 à 7, *spéc. p. 6*), « une lecture large de l'arrêt *Morgan* » semble devoir s'imposer au regard de la portée donnée par la Cour à l'article 18 CE. En effet, si cette disposition s'oppose à toute mesure susceptible de dissuader les citoyens de faire usage de leur liberté de circuler (V. déjà *CJCE*, 11 juill. 2002, *aff. C-224/98, D'Hoop* : *Rec. CJCE* 2002, I, p. 6191 et dernièrement *CJCE*, 26 oct. 2006, *aff. C-192/05, Tas-Hagen* : *Rec. CJCE* 2006, I, p. 10451), ainsi en est-il de l'absence de possibilité de solliciter une bourse d'étude pour poursuivre sa formation dans un autre État membre, alors qu'une telle possibilité existe si l'étudiant n'envisage pas de quitter le territoire. Sans doute la réponse réside-t-elle dans le type d'obligation qui pourrait être imposé à l'État. S'il existe un système de bourse permettant aux étudiants de poursuivre leur formation dans un État membre, il serait sans doute délicat de justifier, au regard de l'article 18 CE, que les mêmes étudiants ne puissent solliciter une telle bourse pour étudier dans un autre État membre. Encore faudrait-il s'entendre sur la définition des conditions requises pour solliciter la portabilité des bourses puisqu'il la Cour laisse entendre qu'une condition relative à l'intégration de l'étudiant dans la société de l'État en cause serait parfaitement acceptable (*pt 45*). Par contre, si l'État membre en cause n'offre aucun système de soutien aux étudiants qui souhaitent poursuivre leur formation sur son territoire, on voit mal comment il pourrait se voir imposer d'établir un tel système à destination des seuls étudiants qui souhaitent étudier dans un autre État membre. Ainsi, les silences de l'arrêt *Morgan* incitent-ils à poursuivre la réflexion entamée par l'avocat général Geelhoed dans l'arrêt *Hartmann* autour des obligations positives et négatives pouvant découler pour l'État de l'article 18 CE, et peut-être à raffiner cette distinction... Comment qualifier en effet, l'obligation potentiellement imposée à l'État qui possède un système de bourse pour les situations internes d'ouvrir ce système aux étudiants souhaitant se rendre dans un autre État membre ? Elle est positive au sens où l'État se voit imposer une nouvelle obligation de faire, mais négative au sens où en excluant toute possibilité de bourse à destination d'un autre État membre et en dissuadant ainsi les étudiants de se déplacer vers un autre État, cet État imposerait sans doute une entrave contraire à l'article 18 CE.

II. – On se souvient que dans l'affaire *Bidar*, la Cour a admis que les États, en vue d'éviter que l'octroi d'avantages sociaux ne devienne une charge déraisonnable pouvant conduire à une baisse globale de leurs prestations, soumettent l'octroi d'un tel avantage à la démonstration d'un certain degré d'intégration de la personne dans leur société (CJCE, 15 mars 2005, aff. C-209/03 : *Rec. CJCE*, 2005, I, p. 2119, pts 56 et 57 ; cette chronique par M. Luby : *IDI* 2006, p. 680). Cette jurisprudence, en passe de devenir un classique, est invoquée dans les trois affaires sous rubrique (explicitement dans l'affaire *Morgan*, pts 42 et s. ; par l'avocat général et la Commission dans l'affaire *Hartmann*, pts 17 et 70 et s. ; implicitement dans l'affaire *Geven*, pts 25, 26, 28 et 29 portant sur le lien de rattachement requis pour l'octroi de l'allocation d'éducation) ainsi que dans les affaires *Schwartz* et *Commission c/ Allemagne* commentées plus haut. Il est certain que la nature et le degré d'intégration pouvant être requis doivent respecter les conditions du principe de proportionnalité. L'appréciation des conditions mises par l'État à l'octroi d'un avantage social et relatives au degré d'intégration de la personne concernée appelle donc une appréciation de la proportionnalité, qui s'effectue bien souvent *in concreto*, ce qui ne va pas sans difficultés.

Dans l'affaire *Morgan*, la Cour relève que « le degré d'intégration dans sa société qu'un État membre pourrait légitimement exiger doit, en tout état de cause, être considéré comme établi du fait que les requérantes au principal ont été élevées en Allemagne et y ont accompli leur scolarité ». Dans les affaires *Hartmann* et *Geven*, la Cour estime que les conditions mises à l'octroi de l'allocation d'éducation ne peuvent conduire à réserver cette allocation aux personnes disposant d'une résidence ou d'un domicile en Allemagne (*Hartmann*, pt 38 ; *Geven*, pt 28), mais sont légitimes dans la mesure où elles conduisent à réserver cette allocation aux personnes qui présentent un lien de rattachement suffisant avec l'Allemagne pouvant se manifester soit par le lieu de résidence, soit par une contribution significative au marché du travail allemand (*Geven*, pts 25, 28 et 29). Idéalement, à la faveur des arrêts successifs de la Cour portant sur les conditions auxquels les États soumettent l'octroi d'avantages sociaux dans une situation relevant du traité, une image claire de la nature du lien de rattachement que ces derniers sont en droit d'exiger devrait se dégager. Les États, qui sont appelés à réaliser un effort législatif important en abandonnant les présomptions et autres mesures « trop générales », ont grand besoin de directives claires en vue de la rédaction des conditions pouvant à l'avenir accompagner l'octroi d'avantages sociaux (ou fiscaux). L'opération est néanmoins délicate, car la Cour procède au cas par cas et apprécie la proportionnalité au vu des faits de l'espèce alors même qu'elle ne dispose pas toujours de tous les éléments pertinents (V. à ce propos J.-Y. Carlier, *chron. préc.*, pt 10). La détermination du caractère approprié du lien de rattachement requis peut d'ailleurs différer : dans l'affaire *Hartmann*, l'avocat général Geelhoed jugeait la condition de résidence imposée aux époux Hartmann justifiée au regard de l'objectif poursuivi par l'allocation d'éducation (pts 74 et 76 des conclusions). Le critère de la résidence en matière d'avantages sociaux (et fiscaux) ne manquera pas de susciter encore de nombreuses questions préjudicielles (V.

déjà, outre l'affaire *Bidar* précitée, CJCE, 23 mars 1984, aff. C-138/02, *Collins* ; *Rec. CJCE* 2004, I, p. 2703. – CJCE, 18 juil. 2006, aff. C-406/04, *De Cuyper* ; *Rec. CJCE* 2006, I, p. 6947. – comp. par exemple avec la solution retenue dans l'affaire *Tas-Hagen* précitée).

Fiscalité directe. – Mesure anti-abus. – Sous-capitalisation. – Montage purement artificiel. – Coherence du système fiscal. – Société établie dans États tiers contrôlant une société établie dans un État membre. – Articles 43, 49 et 56 CE.

CJCE – Grande ch. – 13 mars 2007. – aff. C-524/04. – *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*. – L.A. Geelhoed, avocat général.

Une législation régulant les intérêts versés en bénéfices distribués qui ne vise que des relations au sein d'un groupe de sociétés affecte de manière prépondérante la liberté d'établissement. Néanmoins, cette législation ne relève pas de l'article 43 CE dans la mesure où elle vise une situation dans laquelle une société résidente se voit accorder un prêt par une société résidente d'un autre État membre ou d'un État tiers qui ne contrôle pas la société emprunteuse et lorsque ces deux sociétés sont contrôlées par une société apparentée commune résidente dans un État tiers. Une législation fiscale visant à combattre la sous-capitalisation pour être justifiée par un objectif de lutte contre les montages purement artificiels lorsque certaines conditions sont remplies.

NOTE. – Cette décision, troisième d'une série d'affaires pilotes soumises par les juridictions du Royaume-Uni à la Cour de justice (CJCE, 12 déc. 2006, aff. C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*. – CJCE, 12 déc. 2006, aff. C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* ; *Rec. CJCE*, 2006, I, respectivement p. 11753 et p. 11673) pourrait être commentée sous bien des aspects. Elle ouvre la voie d'une nouvelle série de questionnements portant sur les implications des libertés communautaires en matière fiscale dans des situations partiellement localisées dans un État tiers (I). Elle rappelle et précise, en matière fiscale, les conditions de responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire en reprenant les termes de l'arrêt *Test Claimants in the FII Group Litigation* sur lesquelles nous ne reviendrons pas (pts 210 et s.). Elle poursuit le développement de la notion de lutte contre les « montages purement artificiels » qui trouve définitivement sa place parmi les raisons impérieuses d'intérêt général permettant de justifier une entrave. Cette décision apporte d'importantes précisions (quoique liées aux faits de la cause) sur la manière de poursuivre légitimement un tel objectif (II). À ce titre, elle prolonge utilement les enseignements de l'affaire *Cadbury Schweppes* (CJCE, 12 sept. 2006, aff. C-196/04 : *IDI* 2007, *chron.* 5, p. 653 à 659).

L'affaire *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* porte en particulier sur la pratique de sous-capitalisation (*thin capitalisation*) par laquelle un groupe de sociétés cherche à réduire l'imposition sur les bénéfices générés par l'une de ses filiales en finançant cette dernière par des prêts (plutôt que par des fonds propres), ce qui permet à ladite filiale de déduire, lors du calcul de ses bénéfices imposables, les intérêts liés au remboursement de ces prêts. La filiale transfère ainsi ses bénéfices à la société prêteuse, sous forme d'intérêts déductibles, plutôt que de lui verser des dividendes qui seraient imposables. L'opération est

particulièrement avantageuse lorsque la société prêteuse est localisée dans un État où le taux d'imposition est plus faible que celui pratiqué dans l'État de la filiale emprunteuse. Le prêt peut être accordé par la société mère ou par une autre société du même groupe (pour plus de détails, V. les conclusions de l'avocat général Geelhoed, *pts 3 à 5*). Nombreux sont les États qui ont adopté des dispositions permettant de lutter contre cette forme d'abus en requilibrant les intérêts versés à la société prêteuse de bénéfices distribués et en les imposant comme des dividendes. C'est précisément ce type de législation qui était en cause dans l'affaire sous rubrique (N. déjà *CJCE, 12 déc. 2002, aff. C-324/00, Lambhorst-Hoborst* : *Rec. CJCE 2002, I, p. 11779*).

1. – La Cour choisit l'article 43 CE comme fondement légal de son analyse. La juridiction de renvoi s'interrogeait sur la compatibilité de la législation britannique avec les articles 43 CE, 49 CE et 56 CE. Or la législation en cause s'intéresse uniquement aux situations, typiques de la liberté d'établissement, dans lesquelles une société détient dans le capital d'une société établie dans un autre État membre (en l'occurrence le Royaume-Uni) une participation lui permettant d'exercer une influence certaine sur les décisions de cette société et d'en déterminer les activités (*par 28*). Les effets restrictifs sur la libre prestation de service et la libre circulation des capitaux ne seraient que la conséquence inéluctable d'une éventuelle entrave à la liberté d'établissement et n'appellent donc pas un examen au regard de ces dispositions (*par 34*). On renouve ici le « critère du contrôle » qui départage les domaines d'application respectifs des articles 43 CE et 56 CE, assorti souvent du critère « de cause à effet » par rapport aux autres libertés (*certe chron. JDI 2007, chron. 5, p. 655*).

Le choix fait de l'article 43 CE exerce inévitablement une influence sur le traitement des situations impliquant des sociétés établies dans des États tiers. À la différence de la libre circulation des capitaux qui étend son champ d'application à des situations transfrontières partiellement localisées dans des États tiers, le libre établissement concerne uniquement les situations impliquant l'établissement primaire d'une nouvelle société dans un État membre ou la création d'une filiale ou succursale dans un autre État membre (établissement secondaire) par une société mère établie dans un État membre. Or, parmi les situations factuelles ayant donné lieu à la contestation de la législation britannique, certaines impliquaient une société, soit société mère, soit société prêteuse, établie dans un État tiers. Puisque l'article 43 CE cherche à encourager l'établissement secondaire pour les sociétés établies dans un État membre (au sens de la définition large de la notion d'établissement donnée par l'article 48 CE), il est logique de considérer que l'application de l'article 43 CE requiert l'établissement dans l'Union européenne de la société emprunteuse et de la société exerçant le contrôle sur cette dernière (qui exerce son droit à l'établissement secondaire). Ainsi, l'article 43 CE s'applique-t-il « tant lorsque la société emprunteuse résidente se voit accorder un prêt par une société établie dans un autre État membre qui, directement ou indirectement, détient dans le capital de la société emprunteuse une participation lui permettant d'exercer une influence certaine sur les décisions de cette société et d'en déterminer les activités, que

lorsque la société emprunteuse se voit accorder un prêt par une autre société non-résidente qui, indépendamment de son lieu de résidence, est elle-même contrôlée par une société qui réside dans un autre État membre et qui détient, directement ou indirectement, une telle participation dans le capital de la société emprunteuse » (*par 95*). Ceci exclut du domaine de cette disposition un certain nombre de situations soumises aux juridictions britanniques (*pts 98 et 100*).

Avec ces considérations, la Cour entame un processus important, celui de la précision de la portée des libertés de circulation en matière fiscale dans les situations présentant des liens avec des États tiers. L'année 2007 est à cet égard exemplaire. Le 10 mai 2007, dans une problématique de sous-capitalisation, conformément à l'attitude adoptée dans l'affaire *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, la Cour a considéré que devait être appréhendée sur le fondement de l'article 43 CE une législation nationale traitant comme des bénéfices occultes distribués les intérêts d'emprunt versés par une société emprunteuse établie sur le territoire d'un État membre à un actionnaire non-résident détendant une participation importante dans le capital de la première. Mais cette disposition ne saurait être invoquée dans une situation impliquant une société d'un pays tiers exerçant une influence déterminante sur les décisions et activités d'une société d'un État membre et ne s'oppose donc pas, en l'occurrence, à l'application de la législation allemande (*CJCE, 10 mai 2007, aff. C-492/04, Laeterec* : *Rec. CJCE 2007, I, p. 3775*). À la même date (*CJCE, 10 mai 2007, aff. C-102/05, Skatverket c. A et B* : *Rec. CJCE 2007, I, p. 3871*), la Cour s'est prononcée sur une disposition suédoise portant sur l'imposition de dividendes versés aux actionnaires d'une société qui sont en même temps employés de cette société. En Suède, les revenus du capital font l'objet d'une taxation plus favorable que les revenus du travail. Afin d'éviter que les actionnaires qui sont en même temps employés d'une société ne transfèrent artificiellement leurs revenus du travail en revenu du capital, les dividendes qui leur sont versés ne sont imposés comme des revenus du capital que jusqu'à concurrence d'un montant limite correspondant au rendement normal du capital investi dans la société. Ce rendement est calculé forfaitairement par l'application d'un pourcentage donné à une assiette comprenant essentiellement le capital investi par l'actionnaire-employé dans la société, mais aussi un montant correspondant à une fraction des salaires versés aux employés de cette société en Suède ou dans un autre État membre. Sont seuls exclus de cette assiette les salaires versés aux employés d'une succursale ou filiale localisée dans un État tiers. L'autorité fiscale suédoise avait jugé que cette règle enfreignait l'article 56 CE en imposant une discrimination entre les sociétés suédoises dont la filiale se situe dans un État membre et celles dont la filiale se situe dans un État tiers. Mais la Cour de justice, saisie à titre préjudiciel sur la question du fondement légal approprié, estime qu'en « dissuadant la création de succursales en dehors de l'Union, la mesure en cause au principal affecte de manière prépondérante la liberté d'établissement » (*par 26*). Or les dispositions relatives au libre établissement ne concernent pas l'établissement d'une société d'un État membre dans un pays tiers. Dans une autre affaire, tranchée le 24 mai 2007

(CJCE, 24 mai 2007, aff. C-157/05, *Holböck* : *Rec. CJCE* 2007, I, p. 4051 ; *Europe* 2007, *comm.* 183, *obs. F. Mariatte*), la Cour a estimé qu'une mesure concernant l'imposition de dividendes dans le chef de l'actionnaire et imposant un taux différent en fonction de l'origine, nationale ou non, du dividende, mais indépendamment de l'ampleur de la participation de l'actionnaire dans la société distributrice, était susceptible de relever autant de la libre circulation des capitaux que du libre établissement. Que des dividendes provenant d'une société établie dans un État tiers fassent l'objet d'un traitement fiscal moins avantageux n'est cependant interdit, en l'occurrence, par aucune disposition du traité CE. L'article 43 CE ne saurait être invoqué à propos de tels dividendes. À supposer qu'il soit applicable, l'article 56 CE, en raison des limitations de son champ d'application *ratione temporis*, ne s'oppose pas à une législation existant au 31 décembre 1993 établissant un traitement fiscal moins favorable pour les dividendes provenant de sociétés établies dans un État tiers. Ces arrêtés appelleraient une étude d'ampleur portant tant sur la qualification matérielle opérée par la Cour dans ces affaires (V. les remarques critiques de Ph. E. Parrish, *Chronique de droit bancaire et financier européen* : JTDE 2008, p. 15 et s., n° 24 à 27 – comp. en faveur d'une approche prudente de l'article 56 CE, en raison de son impact dans les relations avec les États tiers M. Schwauf, *Die Auswirkungen der Konkurrenz zwischen Niederlassungs- und Kapitalverkehrsfreiheit auf Drittstaatenbesonderheiten im Steuerrecht* : *Recht der internationalen Wirtschaft*, 2007, p. 603 à 606 – pour un ouvrage général récent M. Lang, P. Pison (ss la dir.), *The EU and Third Countries : Direct Taxation*, Linde, Vienne, 2007. – R. Lyal, *Free Movement of Capital and Non-Member Countries – Consequences for Direct Taxation* in D. Weber (ss la dir.), *The Influence of European Law on Direct Taxation*, Kluwer, 2007), que sur la portée spatiale attribuée aux libertés de circulation (comp. à propos de mesures de droit dérivé fondées sur les libertés de circulation et visant des situations internationales présentant des liens avec des États tiers S. Franz, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé* : *Bruglanti, LGD*, 2005).

II. – À la lecture des critères dégagés dans l'affaire *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, l'on pourrait croire que les sociétés mères ont tout intérêt à s'établir dans la Communauté (en choisissant un pays dont le taux de fiscalité est favorable), pour tirer avantage de l'article 43 CE et pratiquer la sous-capitalisation. Il n'en est rien. Pour les rapports entre société mère et société emprunteuse établies dans l'Union européenne, la législation britannique portant sur la sous-capitalisation, si elle est constitutive d'entrave, est néanmoins, à certaines conditions, jugée légitime et proportionnée.

La législation britannique, lorsqu'elle est applicable, alourdit la charge fiscale de la société emprunteuse et introduit une différence de traitement entre sociétés emprunteuses résidentes selon que la société apparentée prétenduse est ou non établie au Royaume-Uni (pts 29 et 40). À ce titre, elle introduit une restriction à la liberté d'établissement puisqu'elle rend moins attrayant l'exercice du libre établissement secondaire (pt 61). La Cour souligne qu'il n'est nul besoin de prouver qu'une telle législation a effectivement découragé certaines sociétés

d'établir une filiale au Royaume-Uni, il suffit que la législation en cause soit de nature à restreindre l'exercice de la liberté d'établissement pour constituer une entrave (pt 62). Cette législation dépasse la mise en œuvre des compétences en matière fiscale telles que les États se les répartissent dans les conventions relatives à la double imposition qui prévoieraient que l'État de la société emprunteuse est compétent pour imposer les intérêts si la transaction diffère d'une transaction réalisée entre tiers. En effet, le fait de requalifier dans certaines circonstances les intérêts versés en bénéfices distribués reflète « un choix unilatéral du législateur du Royaume-Uni » (pt 51). « Plutôt que de chercher à éviter la double imposition de bénéfices générés au Royaume-Uni, ces dispositions reflètent le choix fait par cet État membre d'organiser son système fiscal afin de prévenir que de tels bénéfices soient soustraits à l'impôt dans ledit État au moyen d'un système de sous-capitalisation » (pt 52). Quoi qu'il en soit, même dans les domaines relevant de leur compétence, les États sont tenus de se conformer au droit communautaire (pt 52).

Des deux raisons invoquées par l'État pour se justifier, la Cour n'en retient qu'une. La première, portant sur la nécessité d'assurer la cohérence du système fiscal, est écartée au motif que le Royaume-Uni n'a pas établi que « en vertu d'une application combinée de la législation en vigueur au Royaume-Uni et des CDI conclues par cet État membre, tout ajustement à la hausse des bénéfices impossibles de la société emprunteuse auquel conduit la requalification d'intérêts versés à une société apparentée non-résidente est neutralisé par l'octroi d'un avantage fiscal à cette dernière société dans son État de résidence » (pt 69). Ce motif requiert en effet la preuve de l'existence d'un lien direct entre l'avantage fiscal concerné et la compensation de cet avantage par un prélèvement fiscal (pt 68).

C'est sur le fondement de la lutte contre les montages purement artificiels que le Royaume-Uni parvient à justifier certains aspects de sa législation.

La Cour rappelle les deux éléments constitutifs du montage purement artificiel dégagés dans l'arrêt *Cadbury Schweppes* (pt 55 de l'arrêt C-196/04 ; *IDI* 2007, *chron.* 5, *spéc.* p. 657 et 658. – S. Whitehead, *CFC Legislation and Abuse of Law in the Community* in D. Weber (ss la dir.), *The Influence of European Law on Direct Taxation* : Kluwer 2007) : il s'agit d'un comportement dépourvu de réalité économique (élément objectif) et adopté uniquement en vue d'étudier l'impôt normalement dû (élément subjectif). La sous-capitalisation est susceptible de constituer un montage purement artificiel puisque le prêt n'est octroyé qu'en vue d'étudier l'impôt normalement dû sur les bénéfices réalisés par la filiale et de les transférer, sous forme d'intérêts, dans un autre État membre pratiquant un taux d'imposition moins élevé (élément subjectif), alors qu'en l'absence d'un tel objectif, la société mère financerait sa filiale par un apport de capitaux propres (élément objectif) : le prêt est dépourvu de réalité économique). Seule la législation visant spécialement ce type de pratique peut être éventuellement justifiée au regard de cette raison impérieuse d'intérêt général. Une présomption générale consistant à assimiler tout prêt octroyé par une société mère non-

résidence à une pratique de sous-capitalisation, comme c'était le cas dans l'affaire *Lankhorst-Hobors* précitée, ne pourrait donc se réclamer de cette justification.

S'il est permis de lutter contre les pratiques abusives tendant à établir des montages purement artificiels, encore faut-il prouver que la législation est apte à atteindre cet objectif sans aller au-delà de ce qui est nécessaire. À cet égard, l'identification des éléments objectifs et subjectifs proposés ci-dessus permettra de préciser les conditions de la proportionnalité d'une mesure luttant contre la sous-capitalisation. La Cour est en effet confrontée à une toute autre pratique que celle envisagée dans l'affaire *Cadbury Schweppes*. Cette dernière portait sur l'établissement de sociétés dites « boîtes aux lettres », dont on pouvait établir le caractère fictif par des éléments concrets comme des données relatives aux locaux, au personnel et aux équipements (point 67 de l'affaire *Cadbury Schweppes*). Dans cette nouvelle affaire, trois critères sont dégagés pour apprécier la proportionnalité de la mesure anti-abus. Premièrement, l'État doit se fonder sur des éléments objectifs et vérifiables par des tiers pour déterminer si la transaction en cause constitue un montage purement artificiel (pt 81). En l'occurrence, cet élément objectif est apporté par le critère « des conditions de pleine concurrence », utilisé par la législation britannique, qui consiste à vérifier si en l'absence de relations spéciales entre les sociétés concernées, le prêt n'aurait pas été accordé ou s'il aurait été accordé pour un montant ou à un taux d'intérêt différents (pt 81 in fine). Ensuite, dans l'hypothèse où un tel montage est soupçonné, le contribuable doit être mis en mesure de produire les éléments concernant les données commerciales de la transaction, sans être soumis à des contraintes administratives excessives (pt 82). Cette seconde condition traduit le refus, traditionnel, de toute présomption générale irréfragable. Enfin, en vue de se restreindre à ce qui est absolument nécessaire, la requalification des intérêts en dividendes doit se limiter à la fraction des intérêts qui dépasse ce qui aurait été convenu en l'absence de relation spéciale entre les parties (pt 83). En l'occurrence, la législation britannique passe relativement aisément l'ensemble de ces tests, avec des résultats variables toutefois en fonction de son évolution chronologique (pts 84 à 87). La Cour précise encore que les précautions imposées par le test de proportionnalité ne vont pas jusqu'à contraindre le Royaume-Uni de prendre des mesures afin d'éviter que les dividendes requalifiés ne soient imposés une seconde fois dans l'État de résidence de la société bénéficiaire. Il en irait autrement s'il décidait d'exercer sa compétence fiscale non seulement à l'égard de la société emprunteuse résidente, mais également à l'égard de cette société bénéficiaire non résidente sur le revenu perçu par cette dernière (pt 90).

C'est donc définitivement au stade de la justification de l'entrave qu'intervient la notion de montage purement artificiel, alors que dans l'affaire *Cadbury*, la question se posait de savoir si cette notion devait intervenir au stade de l'applicabilité de l'article 43 (JDI 2007, chron. 5, spéc. p. 655 à 657). On notera enfin qu'à la faveur de l'abandon des présomptions et de l'adoption de critères objectifs (tels que ceux énoncés ci-dessus), la charge de la preuve de l'existence d'une fraude semble désormais imposée, par priorité, à l'État.

IV. – CONCURRENCE

Ententes. – Carrel dans le secteur des produits vitaminiques. – Chlorure de choline. – Calcul de l'amende. – Durée. – Notion d'infraction unique et continue. – Dissuasion. – Impact de la taille de l'entreprise. – Récidive.

TPICE. – 2^e ch. – 12 déc. 2007. – aff. T-101/05. – BASF et Commission.

Le calcul de l'amende est révisé par le juge qui ne retient pas, en l'espèce, la notion d'infraction unique et continue en raison d'un défaut de preuve sur le lien entre des arrangements mondiaux entre 1992 et 1994 et des arrangements européens entre 1994 et 1998 qui n'impliquaient que des opérateurs européens. En revanche, les modalités de calcul ne sont pas remises en cause par le juge au titre de la dissuasion, ni au titre de la récidive.

NOTE. – C'est sur la base de deux demandes de clémence émanant d'un producteur américain et d'un producteur canadien que la Commission a ouvert une enquête sur le secteur du chlorure de choline, vitamine B4 utilisée dans l'industrie de l'alimentation animale pour volailles et porcs, pour une période allant de 1992 à 1998. Le producteur américain, les producteurs canadiens, d'une part, et cinq sociétés du groupe Akzo et BASF, d'autre part, ont participé à des pratiques anticoncurrentielles visant à augmenter les prix à l'échelle mondiale et à contrôler les transformateurs. Les producteurs nord-américains se sont retirés du marché européen et, en contrepartie, les producteurs européens ont cantonné leurs activités sur leur territoire. Ces pratiques ont bien été établies entre 1992 et 1994. Par la suite, les producteurs européens (Akzo, BASF et UCB) auraient tenu des réunions pour assurer l'augmentation des prix par une répartition des marchés et un contrôle des transformateurs. La Commission a considéré que les arrangements mondiaux et les arrangements européens étaient imbriqués dans le cadre d'un projet global avec un objectif économique anticoncurrentiel unique. Elle a donc retenu que tous ces arrangements constituaient une infraction complexe et continue à laquelle les producteurs nord-américains avaient participé pendant un certain temps et les producteurs européens pendant l'intégralité de la période en cause. N'ayant pas de preuve que les producteurs américains avaient confirmé ultérieurement leurs engagements, et étant donné que le premier acte de la Commission datait de plus de cinq ans après la fin de leur participation établie, la Commission n'a imposé aucune amende à ces producteurs, conformément à l'article 1^{er} du règlement (CEE) n° 2988/74 du Conseil, du 26 novembre 1974, relatif à la prescription en matière de poursuites et d'exécution dans les domaines du droit des transports et de la concurrence de la Communauté économique européenne (JOCE n° L 319, 29 nov. 1974 p. 1). En revanche, elle a condamné pour toute la période les producteurs européens à des amendes s'élevant globalement à plus de 66 millions d'euros (déc. n° 2005/566/CE, 9 déc. 2004, aff. COMP/E-237/53 – *chlorure de choline, résumé au JOUE* n° L 190, 22 juill. 2005, p. 22). Cette décision fait l'objet d'un premier recours par BASF et UCB (le second recours par les cinq sociétés Akzo sera étudié dans le commentaire suivant qui porte sur l'imputabilité des infractions). Le présent recours porte sur le calcul de l'amende au regard de la durée, puis de la dissuasion et de la récidive et même de la coopération.