

III. – CIRCULATION DES PERSONNES ET DES SERVICES

Libre prestation de services. – Détachement de travailleurs. – Interprétation de la directive n° 96/71 et de l'article 49 CE. – Salaire minimal. – Convention collective non déclarée d'application générale. – Marché public. – Législation d'un Land allemand.

Libre prestation de services. – Détachement de travailleurs. – Interprétation de la directive n° 96/71 et de l'article 49 CE. – Ordre public et lois de police. – Équivalence des législations après transposition de directive.

CJCE. – 3 avr. 2008. – aff. C-346/06. – Ruffert. – W.A. Timmemans, président et juge rapporteur. – Y. Bot, avocat général.

CJCE. – 1^{re} ch. – 19 juin 2008. – aff. C-319/06. – Commission c/ Luxembourg. – P. Jaan, président. – E. Levits, rapporteur. – V. Tiesenjak, avocat général.

Le taux de salaire minimal prévu dans une convention collective non déclarée d'application générale auquel renvoie la législation d'un Land allemand dans le cadre de la passation de marchés publics ne saurait être considéré comme une condition d'emploi et de travail plus favorable au sens de l'article 3, paragraphe 7, de la directive n° 96/71. Une telle législation ne peut être justifiée par l'objectif de protection des travailleurs dans la mesure où elle vise les seuls marchés publics à l'exclusion des marchés privés.

La réserve de l'article 3, paragraphe 10, de la directive n° 96/71 (permettant à l'État d'accueillir d'imposer sa législation sur des points autres que ceux visés au paragraphe premier dans la mesure où il s'agit de dispositions d'ordre public) constitue une exception au système mis en place par la directive et au principe fondamental de la libre prestation de services et doit faire l'objet d'une interprétation stricte. L'ordre public ne peut être invoqué qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société.

NOTE. – La chronique consacrée à l'année 2007 nous avait donné l'occasion de commenter les arrêts *Viking* et *Laval* et d'annoncer l'adoption prochaine de deux décisions importantes relatives à la directive 96/71 consacrée au détachement de travailleurs dans l'Union européenne (*Dir. n° 96/71, 16 déc. 1996 concernant le détachement des travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services* : JOCE n° L 18, 21 janv. 1997, p. 1). Les arrêts *Ruffert*, d'une part (A), et *Commission contre Luxembourg*, d'autre part (B), viennent ainsi compléter la première interprétation de cette directive donnée dans l'arrêt *Laval* et les arrêts plus anciens consacrés à l'impact du droit primaire sur le détachement des travailleurs. Les affaires ont en commun de porter sur la mise en œuvre de mécanismes de conflit de lois. Sans surprise, le thème du dumping social se trouve au cœur de l'argumentation des gouvernements impliqués. Les arrêts offrent à nouveau l'occasion d'explorer les relations ambiguës de la directive détachement avec les libertés du Marché intérieur (D). D'autres problématiques, comme l'impact de la structure fédérale d'un État sur la formulation d'une législation constitutive d'entrave ainsi que l'impact de la reconnaissance mutuelle sur l'invocation de l'ordre public, s'y révèlent. La législation du Land de Basse Saxe, en cause de l'affaire *Ruffert*, est finalement condamnée en raison de son défaut de généralité, alors que la législation luxembourgeoise, en cause dans la seconde affaire, pêche par excès de généralité. Alors qu'elle est appelée à statuer sur différentes dispositions de la directive « détachement », la Cour

confirme, dans les deux affaires, l'interprétation restrictive annoncée dans l'arrêt *Laurl* (C).

A. – L'affaire *Reiffert* met en cause la législation du Land de Basse Saxe sur la passation de marché public dans le secteur de la construction (*Niedersächsisches Landesvergabegesetz*). Celle-ci oblige l'adjudicataire à verser à ses salariés au minimum la rémunération prévue par la convention collective applicable au lieu d'exécution desdites prestations. Ce dernier doit s'engager par écrit, au moment de la soumission, au respect de cette obligation pour lui-même et pour ses éventuels sous-traitants. Il lui appartient donc de s'assurer que ses sous-traitants versent également à leurs salariés la rémunération minimale prévue par la convention collective locale. Les sanctions attachées au respect de cette obligation sont lourdes : le pouvoir adjudicataire peut réclamer le paiement d'une pénalité contractuelle pouvant aller jusqu'à 10 % de la valeur du marché et résilier le contrat sans préavis.

Le Land *Niedersachsen* avait attribué à une société allemande (*Objekt und Bauregie*) un marché de gros oeuvre concernant la construction d'un établissement pénitentiaire. Cette dernière eut recours à un sous-traitant établi en Pologne (PKZ) soupçonné d'avoir versé à ses employés moins de la moitié du salaire minimal prévu par la convention collective locale. Sur ce fondement, le Land résilia le contrat et demanda l'application de la clause de pénalité. La juridiction allemande saisie du litige en appel (*Oberlandesgericht Celle*), doutant de la compatibilité de la législation en cause avec l'article 49 CE, décida de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle en interprétation. La formulation de la question appelle d'emblée deux remarques. Premièrement, la juridiction de renvoi semblait avoir déjà conclu à l'incompatibilité de la législation du Land avec le traité CE, à tel point qu'il est permis de s'interroger sur les motivations de la saisine de la CJCE. S. Robin-Olivier y voit une instrumentalisation du renvoi préjudiciel sous la forme d'une « offensive judiciaire contre la loi interne », le juge interne puisant dans les libertés communautaires l'occasion de s'opposer au législateur interne et de mettre en place une forme de « gouvernement des juges » (S. Robin-Olivier, *Libre prestation de services, marchés publics et régulation sociale : le droit européen privilégie la concurrence fondée sur le coût du travail*, RTD eur. 2008, p. 485, spéc. 487). Ensuite, la question posée par la juridiction porte uniquement sur la compatibilité de la législation relative aux marchés publics avec le traité CE et passe sous silence la directive n° 96/71 qui concerne pourant l'application du salaire minimal de l'État d'accueil dans le cas d'un détachement de travailleurs tel que celui effectué, en l'occurrence, par l'entreprise établie en Pologne. Cette erreur étonne dans le chef d'une juridiction nationale visible-ment avertie des réalités communautaires. La Cour estime que la réponse appelle la prise en considération de la directive n° 96/71 (pt 18 à 35) avant de considérer que l'interprétation fournie de la directive est « confirmée par une lecture de celle-ci à la lumière de l'article 49 CE » (pt 36). Cette interprétation de la directive « à la lumière de l'article 49 CE » appelle certaines précisions sur les rapports qu'entretiennent ces deux sources législatives (V. infra D).

B. – L'action en manquement introduite par la Commission contre le Luxembourg concerne directement la transposition de la directive n° 96/71 effectuée par la loi du 20 décembre 2002. Trois points essentiels sont reprochés à cette législation. En premier lieu, son article 1^{er} déclare que « constituent des dispositions de police relevant de l'ordre public national » toutes les dispositions légales, réglementaires, administratives ou provenant de conventions collectives déclarées d'application générale ou de décisions d'arbitrage ayant un champ d'application similaire à celui des conventions collectives déclarées d'application générale portant sur un nombre étendu de questions relatives au droit du travail. La liste des dispositions d'ordre public applicables à tous les travailleurs exerçant une activité sur le territoire du Grand-Duché dépasse, de loin, la liste des domaines dans lesquels l'État d'accueil est autorisé à appliquer sa propre législation en cas de détachement, établie par l'article 3, paragraphe 1, de la directive n° 96/71. En deuxième lieu, les indications données aux entreprises étrangères détachant des travailleurs sur le sol luxembourgeois relatives aux conditions d'accès aux indications essentielles en vue de contrôle par les autorités luxembourgeoises manqueraient de clarté et seraient donc incompatibles avec le principe de sécurité juridique. Il est en effet prévu que l'entreprise doit rendre les documents accessibles « avant le commencement des travaux » (L. 20 déc. 2002, art. 7). En troisième lieu, la loi luxembourgeoise de transposition de la directive « détachement » impose la conservation, au Luxembourg, d'une série de documents entre les mains d'un mandataire *ad hoc* résidant. Outre un reproche fondé sur une transposition incomplète de l'article 3 de la directive, admis par le Luxembourg et ne valant pas d'être commenté ici, la Commission soutient que ces trois aspects de la loi de transposition violaient la directive n° 96/71 ainsi que l'article 49 CE. La Cour donne raison à la Commission sur chaque point.

C. – Les deux affaires appelaient donc une interprétation de la directive n° 96/71 (sur cette directive, V. cette chronique, JDI 2008, p. 605 – deux arrêts antérieurs à l'arrêt *Laurl* portent sur la directive : CJCE, 12 oct. 2004, aff. C-60/03, *Wolff & 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 c/ Autriche* ; Rec. CJCE 2006, I, p. 9041 semblant considérer la directive inapplicable à la question soumise). En tant que directive de « coordination », elle ne comporte pas d'harmonisation du contenu matériel des législations des États membres en matière sociale. Elle porte uniquement sur la problématique des hypothèses d'application respective de la loi d'accueil et de la loi du lieu d'établissement de l'employeur (ou loi d'origine) qui correspond généralement au lieu d'exécution habituel des prestations de travail. On se souvient qu'établissant une dérogation à l'article 6 de la Convention de Rome (devenu article 8 du règlement « Rome I »), elle permet l'application de la loi de l'État d'accueil portant sur un certain nombre de problématiques dont la liste est énoncée à l'article 3, paragraphe 1, a) à g) (période maximale de travail et minimale de repos, durée minimale des congés annuels, taux de salaire minimal, sécurité, santé et hygiène, condition de travail des jeunes, femmes enceintes et femmes venant d'accoucher, non-discrimination). Quant à la forme, ces conditions de travail et d'emploi sont

garanties dans la mesure où elles sont contenues dans des dispositions législatives, réglementaires et administratives ou dans des conventions collectives déclarées d'application générale (*Dir. préc.*, art. 3, § 1). En l'absence de système de déclaration d'application générale des conventions collectives, ce qui n'était le cas ni en Allemagne, ni au Luxembourg, les États membres peuvent prendre pour base des conventions collectives largement suivies sur leur territoire (*Dir. préc.*, art. 3, § 8). Le paragraphe premier de l'article 3 ne fait pas obstacle à l'application de conditions d'emploi et de travail plus favorables pour les travailleurs (*Dir. préc.*, art. 3, § 7). Par ailleurs, l'État d'accueil peut imposer, « dans le respect du traité », des conditions de travail et d'emploi dans des matières autres que celles visées au paragraphe premier « dans la mesure où il s'agit de dispositions d'ordre public » (*Dir. préc.*, art. 3, § 10). Ces deux derniers paragraphes sont en cause dans les affaires sous rubriques.

1° L'affaire *Rüffert* permet à la Cour de confirmer l'interprétation des paragraphes 1^{er} et 7 de l'article 3 adoptée dans l'affaire *Laund* (*V. cette chronique*, JDI 2008, p. 605). La question concernait la possibilité d'appliquer des conditions salariales minimales plus favorables que celles prévues par la loi de transposition ou contenues dans une convention collective déclarée d'application générale.

Pour comprendre la réponse de la Cour et l'enjeu de l'interprétation retenue, il convient d'exposer brièvement les réalités allemandes relatives à la fixation des salaires minimaux (*V. conclusions de l'avocat général Bot préc.*, pt 18 à 34). Ceux-ci ne sont pas fixés par voie législative mais bien dans le cadre de conventions collectives. La loi allemande de transposition de la directive n° 96/71, l'*Arbeitszeitgesetz*, ne contient pas de précision à ce propos mais renvoie aux conventions collectives déclarées d'application générale dans le secteur du bâtiment. Il existe, au niveau fédéral, une convention collective déclarée d'application générale et fixant les salaires minimaux dans le secteur du bâtiment, la *TV-Mindestlohn*. Cette dernière précise qu'elle n'affecte pas le droit à des salaires plus élevés tirés de conventions collectives spécifiques. En effet, une série de conventions collectives spécifiques possédant un domaine d'application territorial limité fixent les niveaux de salaires minimum dans certains domaines. Ces conventions ne sont pas déclarées d'application générale. C'est le cas de la convention collective en cause dans l'affaire *Rüffert* : la loi du Land de Basse-Saxe, en imposant à l'adjudicataire et à ses sous-traitants le respect du salaire minimal prévu par la convention collective applicable au lieu d'exécution, se réfère à une convention collective spécifique non déclarée d'application générale et fixant un taux de salaire minimal nettement plus élevé que celui prévu par la *TV-Mindestlohn*.

Dans un tel cas de figure, l'application du paragraphe 8 de l'article 3 de la directive est inenvisageable. Il ne vise en effet que les systèmes ne connaissant pas de mécanisme de déclaration d'application générale des conventions collectives (*Arrêt*, pt 27). Par conséquent, l'application des conditions de salaires minimales ne peut s'effectuer que dans les formes prévues par le paragraphe premier de cette disposition. Or la législation du Land de Basse-Saxe ne détermine pas elle-même

le taux de salaire minimal. L'on ne peut donc considérer que cette condition soit fixée par voie législative (pt 24). En outre, la convention collective à laquelle se réfère la législation n'est pas déclarée d'application générale (pt 26). Aucune des conditions formelles fixées par le paragraphe premier de l'article 3 n'est donc jugée remplie (pt 30) et le taux de salaire minimal prévu par la convention collective spécifique ne peut s'imposer au titre de cette disposition (pt 31).

La Cour se tourne ensuite vers l'analyse du paragraphe 7 de la même disposition. Ce dernier réserve la possibilité d'appliquer aux travailleurs détachés des conditions de travail et d'emploi « plus favorables » que celles envisagées par le paragraphe premier. Des trois interprétations que pouvait recevoir cette disposition (*V. cette chronique*, JDI 2008, p. 605), la Cour confirme son choix pour l'interprétation la plus restrictive, en dépit des conclusions contraires de l'avocat général Bot (*V. spéc. pt 82, 83 et 90 à 98*). Ce choix avait déjà été formulé dans l'arrêt *Laund* (*préc.*, pt 81 et 82) et la Cour se contente, dans l'affaire *Rüffert*, de recopier les termes de la motivation, confus, proposée à l'époque. Le paragraphe premier de l'article 3 de la directive n° 96/71 fixerait « le degré de protection dont l'État membre d'accueil est en droit d'imposer le respect » aux entreprises étrangères, ce « niveau de protection » garanti aux travailleurs détachés est limité à « celui prévu à l'article 3, paragraphe 1 » (*Arrêt Rüffert*, pt 33 et 34). Le paragraphe 7 ne peut donc se référer qu'aux dispositions plus favorables de la loi d'origine de l'entreprise effectuant un détachement (pt 34). L'on s'est déjà expliqué sur l'impossibilité pour la directive n° 96/71 de fixer un « niveau » de protection puisqu'elle ne comporte aucune harmonisation matérielle (*V. cette chronique*, JDI 2008, p. 606). L'acte se contente d'établir une liste de matières pour lesquelles l'État d'accueil est en droit d'appliquer automatiquement sa législation et de fixer les modalités ou les formes que doivent revêtir les dispositions en question. L'argumentation de la Cour présente donc une image déformée de la réalité législative. Elle répond toutefois utilement à l'argumentation, intéressante mais selon nous erronée (*V. cette chronique*, JDI 2008, p. 606), de l'avocat général. Ce dernier considérait que le paragraphe 7 de l'article 3 de la directive autorisait la mise en œuvre d'une « protection nationale renforcée » (*V. concl. préc.*, pt 83 et 94), plaçant ainsi le débat sur le terrain du degré de protection offert par les paragraphes 1^{er} et 7 de l'article 3. Il nous semble plutôt que la portée utile du paragraphe 7, au-delà d'une référence à la loi d'origine de l'entreprise effectuant un détachement, se situe au niveau des modalités ou des formes que doivent revêtir les dispositions imposées à l'entreprise en détachement.

Le problème peut en effet être dédoublé : Quel est le sort de conditions de travail et d'emploi (en l'occurrence, le niveau de salaire minimal) de l'État d'accueil plus favorables que celles contenues dans les dispositions générales de cet État ? Cette question porte sur le niveau de protection assuré au travailleur détaché. Quel est le sort, ensuite, des dispositions relatives aux conditions de travail et d'emploi visées au paragraphe 1^{er} de l'article 3 de la directive mais qui ne sont pas contenues dans des dispositions législatives ou dans une convention collective déclarée d'application générale ? Cette question porte sur la forme que

doivent revêtir les dispositions de l'État d'accueil imposées à l'employeur étranger. La formulation de la directive ramène toute la problématique à l'analyse de la seconde question. En effet, elle considère qu'indépendamment du niveau de protection (faible ou élevé), les conditions de travail et d'emploi de l'État d'accueil visées dans la liste du paragraphe 1^{er} de l'article 3 peuvent être appliquées aux travailleurs détachés dans la mesure où elles prennent la forme annoncée au début de ce paragraphe : en résumé, il s'agit de dispositions législatives ou de conventions collectives d'application générale. Le paragraphe 7 pouvait trouver une portée utile en considérant que les formes énoncées au paragraphe premier ne devaient pas empêcher l'application de dispositions plus favorables contenues dans une convention collective non déclarée d'application générale par exemple. La Cour rejette définitivement cette interprétation du paragraphe 7, comme elle l'avait refusée dans l'arrêt *Laun*, avec pour résultat que les formes prévues au paragraphe premier de l'article 3 s'avèrent limitatives.

L'on pourrait bien sûr considérer qu'il appartenait à l'Allemagne d'intégrer les conditions relatives au salaire minimal dans la loi de transposition de la directive (l'*ArbZG*) ou dans la convention collective d'application générale dans le secteur du bâtiment (la *TV Mindelstlohn*). Mais ce serait négliger deux facteurs : l'adaptation de la culture législative et l'impact de la structure fédérale allemande. Dans le système allemand, le véritable salaire minimal est fixé par les conventions collectives spécifiques. Ces conventions collectives spécifiques sont typiquement négociées au niveau régional en fonction des réalités locales. Il paraît dès lors évident, tant aux yeux du législateur fédéral qu'à ceux du législateur régional, qu'une référence, contenue dans la convention collective d'application générale, aux conventions collectives spécifiques suffit. C'est ainsi que la *TV Mindelstlohn* réserve explicitement l'application de conventions collectives spécifiques plus favorables et que le législateur du Land de Basse Saxe pense pouvoir s'y référer à son tour. L'interprétation retenue par la Cour impose à l'Allemagne de revoir entièrement le système des conventions collectives spécifiques (et en amont, les structures syndicales organisées elles-mêmes au niveau régional ; V. *pt 41* de l'arrêt montrant que le Land allemand avait invoqué la préservation de ces structures) : il faut désormais que le niveau de salaire minimal soit intégré dans une convention collective générale négociée au niveau fédéral comme la *TV Mindelstlohn*. Comment saisir encore les différences régionales si le salaire minimal doit être fixé au niveau fédéral ? C'est sans doute en vue d'assurer la correspondance du salaire minimal aux réalités régionales que les conventions collectives spécifiques existent et que la *TV Mindelstlohn* s'y réfère explicitement. La Cour impose ainsi une révision de la culture de négociation des salaires en Allemagne : d'accords locaux, les accords doivent devenir fédéraux.

Il convient de relever que la Cour s'embarrasse peu des réalités fédérales. Certes, aucun État ne peut avancer sa structure interne de répartition des compétences pour justifier une infraction au traité CE (V. par ex. *CJCE*, 2^e *fév.* 1982, *aff. 71/81*, *Commission c/ Belgique* : *Rev. CJCE* 1982, p. 175, la Belgique évoquant des réformes institutionnelles en cours pour excuser le défaut partiel de

transposition d'une directive). Mais il faut reconnaître qu'en l'occurrence, elle place le législateur régional devant une impasse. L'avocat général relève que « sauf délégation, le Land Niedersachsen n'a pas de compétence pour déclarer une convention collective d'application générale » (*concl. préc.*, *pt 129*) ; ceci résulte de la combinaison des articles 74, paragraphe 1, n° 12 de la *Grundgesetz* et 5 de la *Tarifvertragsgesetz*. Ainsi, dans l'exercice de sa compétence en matière de marché public, l'intégration dans la législation d'une référence à la convention collective spécifique était, pour le Land allemand, le seul moyen de garantir à tous les travailleurs, exécutant une prestation dans le domaine du bâtiment sur son territoire, l'application d'un taux uniforme de salaire minimal. Si cette référence est privée d'efficacité, il ne lui reste que deux options : accepter que coexistent sur son territoire (voire sur un même chantier) des niveaux de salaires très variables (l'entreprise polonaise pratiquait un salaire équivalant à la moitié du salaire prévu par la convention collective spécifique), ou trouver le moyen de forcer les autorités fédérales à imposer les niveaux de salaires prévus dans les conventions spécifiques soit dans une législation fédérale, soit dans la *TV Mindelstlohn*. Si cette dernière voie était aisée, elle aurait sans doute déjà été empruntée (soulignant à ce propos l'argument de la subsidiarité : F. Dorssemont, *De collectieve arbeidsovereenkomstenwet [van het werkland] en de gedetacheerde werknemers na Riffert in Commissie versus Luxembourg* : *ARA* 2008, p. 67 à 104, *spéc. p. 89*). Il convient de noter que l'adoption d'une législation fédérale en ce domaine a échoué en 2002 ce qui a encouragé environ la moitié des Länder allemands à développer une législation similaire à celle du Land de Basse Saxe (*Gesetzentwurf der Bundesregierung zur tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen*, BT-Drs. 14/8285, cité par M. Bungenberg, « Tarifrecht » zwischen Bundesverfassungsricht und EUGH – *konträre oder komplementäre wirtschaftsverfassungsrechtliche Verständnisse* ? : *EurJ* 2008, p. 397, *spéc. 399*, note 12).

Comme l'arrêt *Laun* (V. cette chronique, *JD* 2008, p. 608 – pour le même constat, V. L. Driguez, note ss *CJCE*, 3^e *avr.* 2008, *aff. C-246/06*, *Riffert* : *Europe* 2008, p. 13 et 14), l'arrêt *Riffert*, s'il consacre une interprétation défendable de la directive n° 96/71, a pour résultat malheureux d'imposer la révision d'une culture législative.

On verra que la problématique de la structure fédérale allemande trouve également des prolongements dans le cadre de l'analyse de la législation du Land au regard du droit primaire (*infra* D, 1°).

2° L'affaire *Commission c/ Luxembourg* met en cause un autre paragraphe de l'article 3 de la directive n° 96/71. Le cœur de la décision est consacré à la mise en œuvre de l'article 3, paragraphe 10 réservant la possibilité pour l'État d'accueil d'imposer sa législation dans des matières non visées au paragraphe premier « dans la mesure où il s'agit de dispositions d'ordre public » et où l'application de ces dispositions s'effectue « dans le respect du traité ». En somme, la Commission reprochait au Luxembourg de détourner cette disposition de son objectif et de l'utiliser en vue « d'imposer unilatéralement toutes les dispositions obligatoires de son droit du travail aux prestataires de services établis dans un autre État membre » (*pt 16*). La Cour commence par énoncer le

de la libre prestation de services sur lequel se fonde ladite directive et doit faire l'objet d'une interprétation stricte », *arrêt préci.*, pt 49). Il est également possible que la Cour vise non seulement la dérogation apportée au paragraphe 1^{er} de la directive, mais aussi le motif d'intérêt général permettant une dérogation aux libertés du marché intérieur que peut constituer l'ordre public. Elle cite en effet différentes affaires dans le cadre desquelles elle avait exercé son contrôle sur l'invocation d'un motif d'intérêt général lié à l'ordre public (CJCE, 31 janv. 2006, *Commission c/ Espagne*, *préc.* – CJCE, 14 mars 2000, *Église de scientologie, préc.*) et rappelle les conditions auxquelles elle a soumis la mise en œuvre d'une telle « exception » : « l'ordre public ne peut être invoqué qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société » (pt. 50).

Le maniement du terme « exception » est évidemment délicat dans le contexte de la directive n° 96/71 : cette directive établit non seulement une exception à la désignation de la loi du lieu d'exécution habituelle des prestations effectuée par l'article 6 de la convention de Rome (et aujourd'hui par l'article 8 du règlement « Rome I ») en autorisant l'application de la loi du lieu du détachement, mais aussi une exception à l'application stricte des règles relatives à la libre circulation des services en autorisant l'application de la loi de l'État d'accueil de manière inconditionnelle. Il suffit pour s'en convaincre de comparer le résultat de la directive avec celui de l'arrêt *Manzoni* : la directive permet l'application des lois de police de l'État d'accueil indépendamment du niveau de protection déjà offert par la loi d'origine, c'est-à-dire, indépendamment du respect de la condition d'équivalence (à ce propos, V. *M. Fallon*, *L'exception d'ordre public face à la reconnaissance mutuelle*, *préc.*, p. 335. – V. toutefois, *infra* D). Dans ce contexte, le paragraphe 10 de l'article 3 apporte une exception à l'exception... Il permet à l'État d'accueil d'appliquer sa législation sur des points sortant de la liste limitative des matières énoncées au paragraphe premier, mais prend soin de préciser, à la différence du paragraphe premier, que cette application doit intervenir « dans le respect du traité ».

Sur l'interprétation du paragraphe 10 de l'article 3, l'on comprend donc parfaitement le choix de la Cour en faveur d'une interprétation stricte (sur cette interprétation, V. *infra* D). Mais à défaut d'identifier clairement la notion d'ordre public en cause et de distinguer clairement les concepts d'ordre public et de lois de police, l'on ne sait trop comment évaluer les acquis de l'arrêt pour le droit international privé (comp. *M. Fallon*, *L'exception d'ordre public face à la reconnaissance mutuelle*, *préc.*, p. 336). La déclaration n° 10 accompagnant la directive n° 96/71, citée par la Cour au point 32, ne fait que prolonger l'ambiguïté en proposant une définition des « dispositions d'ordre public » qui correspondrait parfaitement à la notion de lois de police (« dispositions obligatoires à l'égard desquelles il ne peut être dérogé et qui, par leur nature et leur objectif, répondent aux exigences impératives de l'intérêt public »). Sans doute faut-il retenir deux éléments. Premièrement, le paragraphe 10 de l'article 3 de la directive n° 96/71 établissant une dérogation à la liste limitative du paragraphe 1^{er} doit recouvrir une notion étroite de l'ordre public qui ne se

confond pas avec l'ordre public au sens du droit interne. Deuxièmement, cette notion étroite, qui constitue une « exception », n'échappe pas au contrôle communautaire des entraves, comme le prévoit d'ailleurs le texte de la disposition (« dans le respect du traité ») et sa mise en œuvre exige l'apport d'une « menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société » (pt 50). Cette exigence devrait s'imposer à chaque fois que l'ordre public intervient pour apporter une dérogation aux libertés communautaires. Ceci peut être le cas de l'ordre public interne comme cela a été expliqué plus haut, mais également de l'exception d'ordre public invoquée dans le cadre d'un conflit de lois lorsque l'on parvient à prouver que cette dérogation à la loi normalement applicable constitue une entrave. Autrement dit, du point de vue communautaire, c'est la qualification d'entrave qui importe et appelle un contrôle en termes de proportionnalité, contrôle qui s'applique indépendamment de la nature du mécanisme imposant l'entrave (ordre public interne ou exception d'ordre public au sens du droit international privé).

D. – Les deux arrêts analysent les dispositions nationales contestées au regard du traité (considérant que l'analyse des dispositions nationales au regard du traité ruine l'effet utile de la directive n° 96/71 ; V. *N. Moizand*, *La directive 96/71 du 16 décembre 1996 concernant le détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de service : un « noyau dur » protecteur ?*, *Dr. soc.* 2008, p. 866 à 872, *spéc.* p. 871). Dans le cadre de l'arrêt *Commission c/ Luxembourg*, la raison de ce contrôle est simple : l'article 3, paragraphe 10, renvoie au traité. Elle est moins claire dans le cadre de l'arrêt *Rüffert*. La Cour considère que son interprétation de la directive est « confirmée par une lecture de celle-ci à la lumière de l'article 49 CE » (*Arrêt Rüffert*, pt 36. C'est l'auteur qui souligne). Outre la question du caractère exhaustif ou minimal de la directive n° 96/71 (V. *cette chronique*, JDI 2008, p. 607), l'analyse effectuée par la Cour au regard de l'article 49 CE souligne, à nouveau, la difficulté entourant la conciliation des divers objectifs poursuivis par cette directive. La Cour ne manque pas de souligner que la directive n° 96/71 vise « notamment à réaliser la libre prestation des services » (*Arrêt Rüffert*, pt 36). En effet, pour des raisons historiques (V. *M. Fallon*, *Le détachement européen des travailleurs, à la croisée de deux logiques conflictualistes*, *Rev. crit. DIP* 2008, p. 781 à 818, *spéc.* p. 807), l'adoption de la directive se fonde sur l'article 57, paragraphe 2, du traité CEE (devenu article 47, paragraphe 2 CE) relatif à la coordination des législations concernant l'accès aux activités non salariales et l'exercice de celles-ci. Les considérants de la directive font référence à l'établissement de la libre prestation de services (*consid. 1 à 5*), mais c'est pour souligner aussitôt que la « promotion de la prestation de services dans un cadre transnational nécessite une concurrence loyale et des mesures garantissant le respect des droits des travailleurs ». En réalité, la directive tend à éviter les effets de dumping social liés au détachement de travailleurs rendus possibles par la mise en œuvre de l'article 49 CE. Cette dualité d'objectifs transparaît peu dans l'arrêt *Rüffert*. Elle n'est pas mentionnée dans l'analyse de la loi du Land au regard des dispositions de la directive et la préoccupation du législateur communautaire par rapport au maintien d'une concurrence loyale ne

trouve aucun écho dans l'analyse de l'article 49 CE. Ce n'est évidemment pas sans paradoxe que la directive évoque la lutte contre le dumping social lors de la mise en œuvre de l'article 49 CE. Marc Fallon a clairement montré que l'établissement de conditions de concurrence loyale – poursuivie par la directive – mène à un résultat inverse par rapport à l'établissement d'une concurrence efficace – poursuivie par le traité (*M. Fallon, Le détachement européen des travailleurs, à la croisée de deux logiques conflictualistes, préc.*, p. 809 à 815). L'on comprend le malaise de la Cour qui pourrait prétendre par ailleurs que ces deux objectifs « peuvent être poursuivis concomitamment » (*CJCE, 12 oct. 2007, aff. C-60/03, Wolff & Müller* : *Rec. CJCE 2004, I, p. 9553, pt 42*). Des arrêts sous rubriques, il ressort que si la préoccupation du maintien d'une concurrence loyale conserve quelque légitimité en matière de prestation de services, c'est uniquement sous le couvert de la protection des travailleurs (comp. les conclusions de l'avocat général qui distingue les objectifs de protection des travailleurs et de maintien d'une concurrence loyale, *pt 108 et s.*, et l'arrêt *Rüffert* qui n'évoque pas ce motif), motif traditionnellement accepté par la Cour comme justification possible d'une entrave.

1° Dans l'affaire *Rüffert*, après avoir qualifié la législation du Land de Basse-Saxe d'entrave (*pt 37*), la Cour considère qu'elle ne peut trouver sa justification dans l'objectif de protection des travailleurs (*pt 38*), pas plus que dans l'objectif de protection de l'organisation autonome de la vie syndicale (*pt 41*), ni dans l'objectif de sauvegarde de la stabilité financière des régimes de sécurité sociale (*pt 42*). Le raisonnement relatif à la protection des travailleurs donne lieu aux développements les plus intéressants. Cet objectif ne serait pas adéquatement poursuivi par une législation ne portant que sur les marchés publics et non sur les marchés privés : le Land ne fournit, selon elle, « aucun indice permettant de conclure que la protection résultant d'un tel taux de salaire (...) n'est nécessaire à un travailleur actif dans le secteur de la construction que lorsque ce dernier est employé dans le cadre d'un marché public de travaux et non lorsqu'il travaille dans le cadre d'un marché privé » (*pt 40*). C'est donc l'étroitesse du champ d'application de la législation qui la condamne (comp. avec les conclusions de l'avocat général considérant qu'il convient d'analyser si la législation en cause apporte aux travailleurs détachés « un avantage réel qui contribue de manière significative à leur protection sociale », ce qui serait le cas en l'espèce, *pts 114 à 119*, et sur le caractère sectoriel de la mesure, *pts 129 à 132*). Le Land eût-il adopté une législation imposant, de manière générale, pour tous travaux entrepris sur son territoire, l'application de la convention collective spécifique, ses chances de passer le test de compatibilité au regard du traité s'en seraient trouvées renforcées. Cela étant, le Land se trouvait sans doute dans l'impossibilité d'adopter le type de mesures envisagé par la Cour. D'une part, on a déjà expliqué que le Land ne peut déclarer une convention collective d'application générale (*supra* C, 1°). D'autre part, la réglementation du droit du travail applicable aux marchés privés échappe au législateur du Land dès qu'elle est, comme c'était le cas en l'occurrence, réglée au niveau fédéral (*art. 74, § 1, n° 12, Grundgesetz*). Ce n'est que dans le secteur des travaux publics qui ressort de sa

compétence que le Land pouvait légitimement imposer des conditions identiques relatives au salaire minimum à tous les salariés occupés sur un chantier localisé sur son territoire. Comme nous l'avons déjà souligné, il est normal que la Cour ne s'embarrasse pas des réalités fédérales. Mais l'arrêt conduit à analyser sous un autre jour le partage des compétences marquant les États fédérés. En somme, la compétence des deux entités est limitée. L'État fédéral ne peut légiférer en matière de travaux publics, l'autorité locale ne peut réguler les chantiers de construction privés, de sorte que ni l'un, ni l'autre, n'est capable d'adopter une législation satisfaisant au critère de généralité annoncé par la Cour dans l'affaire *Rüffert*. Certes, les deux autorités pourraient se concerter et réaliser la protection souhaitée, chacune dans leur sphère de compétence. La Cour devrait alors (idéalement) considérer chaque acte législatif dans son contexte, c'est-à-dire comme formant un tout avec son équivalent fédéral ou fédéré. Mais il faut reconnaître que cette obligation de concertation, et même d'action commune, relativise le principe d'autonomie de chaque entité dans sa sphère de compétence. Il est intéressant de noter que, parallèlement, la Cour constitutionnelle allemande, appelée à se pencher sur la conformité à la constitution allemande d'une législation similaire à celle en cause dans l'affaire *Rüffert*, n'avait pas envisagé l'impact du traité CE et avait conclu à la validité de la législation, pour des motifs repris quasiment mots à mots dans la défense présentée par le Land allemand dans l'affaire sous rubrique (*BVerfG, NJW, 2007, p. 51. – M. Bungenberg, « Tarifstreue » zwischen Bundesverfassungsgericht und EUGH – konträre oder komplementäre wirtschaftsverfassungsrechtliche Verständnisse? – EuR 2008, p. 397, spéc. p. 400 et 408*). Les systèmes de pensée, fédéraux et communautaires, resteraient-ils, dans certains États, étrangers l'un à l'autre (comp. la formulation de la question préjudicielle posée par la Cour constitutionnelle de Belgique à la CJCE dans l'affaire *Assurance-soins flamande* : *CJCE, 1^{re} avr. 2008, Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon, préc.*) ?

2° Les dispositions luxembourgeoises sont également condamnées au regard du droit primaire. Mais c'est cette fois leur généralité qui conduit la Cour à conclure à leur incompatibilité au regard du traité. Comme nous l'avons déjà précisé, la Cour condamne la législation luxembourgeoise sur chacun des points soulevés par la Commission. Elle considère que la disposition imposant de rendre certains documents accessibles avant le commencement des travaux manque de clarté (*pt 82*) et que l'obligation de conservation de certains documents auprès d'un mandataire résidant au Luxembourg après la fin des travaux est incompatible avec la directive (*pt 92*, confirmant sur ce point l'arrêt *Arblade, préc.*, *pt 34*) et contraire au principe de proportionnalité (d'autres moyens moins attentatoires à la libre prestation de services étant envisageables, *pt 94*). Elle condamne également l'assimilation par le Luxembourg d'une série de dispositions de droit du travail à des dispositions d'ordre public. Cette partie de l'arrêt est la plus originale, en ce sens qu'elle déduit de l'existence d'une harmonisation minimale, l'équivalence entre les législations d'origine et d'accueil. En somme, les dispositions luxembourgeoises problématiques sont

refoulées sur la base de deux arguments : il est reproché au Luxembourg soit de ne pas prouver de manière circonstanciée en quoi la disposition doit relever de l'ordre public et appelle un statut particulier (V. *pts 51 à 53* à propos de la disposition relative à l'adaptation automatique des salaires à l'évolution du coût de la vie ; *pts 65 et 66* à propos des dispositions prévoyant que les dispositions ayant trait aux conventions collectives de travail et que les dispositions issues de conventions collectives de travail relèvent de l'ordre public), soit de chercher à imposer une obligation qui existe déjà dans l'État dont provient l'entrepreneur effectuant le détachement. Ce dernier argument est clairement développé à propos de l'obligation imposée aux prestataires de services établis sur le territoire d'un autre État membre de respecter les exigences de forme prévues par la directive n° 91/533 (*Dir. n° 91/533*, 14 oct. 1991 relative à l'obligation pour l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail : JOCE n° L 288, 18 oct. 1991, p. 32). La loi luxembourgeoise se contente apparemment de classer la transposition de la directive n° 91/533 parmi ses dispositions d'ordre public sans que l'on sache si la transposition en question fait usage de la possibilité réservée aux États membres de prévoir des dispositions plus favorables envers les travailleurs (*Dir. n° 91/533*, *préc.*, art. 7). L'article 9 de cette directive prévoyant que les États membres doivent adopter les dispositions de transposition nécessaires, la Cour en déduit que tous les employeurs établis dans un État membre sont déjà soumis aux obligations découlant de cette directive (*pts 38 et 39*). Cette constatation possède un double impact. Premièrement, elle révèle l'idée que se fait la Cour du champ d'application spatial de la directive et des transpositions qui l'accompagnent (V. *M. Fallon, L'exception d'ordre public face à la recommandation mutuelle*, *préc.*, p. 338). Le critère d'applicabilité mis en lumière par la Cour concerne l'établissement de l'employeur dans la Communauté (*pt 39*). Ensuite, elle permet à la Cour de conclure à l'incompatibilité de la législation luxembourgeoise avec le test de proportionnalité dans son aspect relatif à l'équivalence des législations. En effet, la législation de l'État d'accueil constituant une entrave n'est acceptable que « dans la mesure où cet intérêt n'est pas sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'État membre où il est établi » (*pt 4*, citant l'arrêt *Arblade*, *pt 43*). En l'occurrence, le prestataire étant, dans l'État n° 91/533, il n'y a pas lieu de lui imposer à nouveau cette obligation de la directive d'accueil (pour un raisonnement similaire à propos de la réglementation du travail à temps partiel et à durée déterminée, *pt 60*). La constatation semble parfaitement logique. Elle soulève toutefois deux questions.

En premier lieu, faut-il, comme la Cour semble l'indiquer, déduire, de toute directive prévoyant que les États membres prennent les mesures de transposition nécessaires, que les prestataires de services établis sur leur territoire seront automatiquement soumis à ces mesures de transposition ? La Cour propose, dans l'arrêt sous rubrique, une sorte de généralisation du « *home country control* » à propos d'une directive qui ne repose pas explicitement sur ce principe (comp. par ex. *Dir. n° 89/646*, 15 déc. 1989 visant la coordination des dispositions

législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, et modifiant la directive n° 77/780 : JOUE n° L 71, 15 mars 1989, p. 20, art. 13). L'article 9 de la directive n° 91/533 concerne l'obligation faite aux États de mettre en œuvre la directive (c'est-à-dire la force obligatoire de la directive), mais ne porte pas sur la description des situations qui y sont soumises (c'est-à-dire l'applicabilité de la directive). — sur les notions de force obligatoire et d'applicabilité, V. S. Franck, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé* : *Brylant, LGDJ 2005*, *spéc. p. 50*). La Cour assimile les deux concepts en considérant que l'établissement de l'employeur constitue un critère d'applicabilité. Il est possible que ce critère ne résume pas adéquatement l'entité des situations soumises à la directive. En effet, la directive évoque son domaine d'application en termes autrement plus complexes que la simple référence à l'établissement de l'employeur. L'article 1^{er} de la directive n° 91/533 dispose que « la présente directive s'applique à tout travailleur salarié ayant un contrat ou une relation de travail défini par le droit en vigueur dans un État membre et/ou soumis au droit en vigueur dans un État membre » (sur cette disposition, V. *CJCE*, 30 avr. 1996, aff. C-214/94, *Bouhalifa* : *Rec. CJCE 1996*, I, 2253 ; S. Franck, *préc.*, p. 391 à 393 et p. 400 à 404).

En second lieu, que faut-il comprendre de l'absence de prise en considération du caractère minimal de la directive n° 91/533 (art. 7) ? L'équivalence doit-elle être considérée comme automatique entre transpositions, alors que l'une d'elles pourrait avoir adopté des dispositions nettement plus protectrices ou progressistes que l'autre ? Il semble évidemment logique de considérer qu'un acte d'harmonisation établit un certain degré d'équivalence entre les législations des États membres, c'est bien le sens du terme « rapprochement ». Mais quelle est encore la portée utile de l'acte d'harmonisation minimal si toute législation de transposition faisant usage de la possibilité de prévoir des dispositions plus protectrices est automatiquement considérée comme contraire au traité lorsqu'elle est appliquée à un prestataire établi dans un autre État membre ? À suivre la Cour, cette transposition ne pourrait légitimement s'appliquer qu'à des situations purement internes. Or une directive, fondée sur l'article 95 CE par exemple, n'est pas sensée viser les situations purement internes (V. les termes de l'article 95 CE). Par conséquent, la clause portant sur le caractère minimal de la directive ne peut avoir pour ambition de couvrir uniquement ce type de situations. Sous une apparence de logique parfaite, la Cour soulève, à propos des directives minimales, une question bien délicate qui n'est pas sans évoquer le problème des « faux conflits » au sens du droit international privé...

Citoyenneté. — Politique migratoire. — Séjour. — Membre de la famille ressortissant d'un pays tiers. — Ressortissant de pays tiers entré dans l'État membre d'accueil avant de devenir conjoint d'un citoyen. — Directive n° 2004/38.

CJCE. — Grande ch. — 25 juill. 2008. — aff. C-127/08. — Metock. — V. Skouris, président. — M. Ilesić, rapporteur. — M. Poitars Maduro, avocat général.

La directive n° 2004/38 du 29 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union, et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, s'oppose à la réglementation d'un État membre qui exige du ressortissant d'un pays tiers, conjoint d'un citoyen de l'Union séjournant dans cet État membre dont il n'a pas la nationalité, d'avoir au préalable séjourné légalement dans un autre État membre avant son arrivée dans l'État membre d'accueil pour bénéficier des dispositions de cette directive. Le conjoint d'un citoyen membre ressortissant d'un pays tiers, est visé par la directive indépendamment du lieu et de la date du mariage ainsi que de la manière dont il est entré dans l'État membre d'accueil.

NOTE. – L'affaire *Metock* porte le nom de l'un des nombreux protagonistes d'un contentieux pendant devant la High Court concernant la contestation du refus de délivrance d'une autorisation de séjour à des ressortissants de pays tiers mariés à des citoyens de l'Union établis en Irlande. L'affaire avait pris en Irlande des proportions qui justifient le recours à une procédure accélérée devant la Cour de justice. Par ailleurs, elle consacre un revirement de jurisprudence. Ces deux points relatifs au développement du contentieux communautaire méritent un mot d'explication (A). Mais c'est surtout sur le fond que l'affaire révèle tout son intérêt, en complétant les enseignements des arrêts *Jia* et *Eind* relatifs au droit de séjour des ressortissants de pays tiers membres de la famille d'un citoyen de l'Union (B).

A. – 1° La « procédure accélérée » visée à l'article 104 bis du règlement de procédure de la Cour de justice vise les questions préjudicielles toutes matières confondues, à la différence de la « procédure d'urgence » visée à l'article 104 ter CE. L'article 104 bis exige que soit établie « l'urgence extraordinaire » justifiant que la question préjudicielle soit traitée, en priorité, dans un bref délai. En l'espèce, c'est dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme que le président de la Cour trouve la motivation de cette urgence (N. *CJCE*, ord., 17 avr. 2008, aff. C-127/08). Le droit au respect de la vie familiale, consacré par l'article 8 de la CEDH, fait partie intégrante des droits fondamentaux protégés par le droit communautaire (N. *CJCE*, ord., pt. 14). Or empêchant de mener une vie familiale normale, sera levée par la réponse de la Cour (N. *CJCE*, ord., pt. 15). Ces circonstances caractérisent, selon le président, « l'urgence exceptionnelle » (et non « extraordinaire ») requise par l'article 104 bis du règlement de procédure (N. *CJCE*, ord., pt. 16). Pour les quatre couples impliqués, le refus de délivrer une autorisation de séjour au ressortissant d'un pays tiers conjoint d'un citoyen européen perturbait gravement la vie familiale. Dans un cas, le conjoint ressortissant d'un pays tiers avait été expulsé et la famille était privée de toute vie familiale (N. *CJCE*, ord., pt. 13) et dans les trois autres cas, en l'absence de titre de séjour, les époux ne bénéficiaient pas du droit d'occuper un emploi et la famille se trouvait dans une situation d'incertitude quant à son avenir (N. *CJCE*, ord., pt. 13). Comme le souligne A. Jaume, il ressort de cette ordonnance que l'éloignement physique ne constitue pas une condition indispensable à l'établissement de l'urgence dans le cadre des atteintes à la vie familiale (A. Jaume, Arrêt *Metock* : le séjour des ressortissants de pays tiers entrés sur le territoire communautaire avant de devenir

conjoint d'un citoyen de l'Union : *JDE* 2008, p. 271, spéc. p. 271). Sous réserve de confirmation dans la jurisprudence future relative à l'article 104 bis du règlement de procédure, il semble que l'urgence soit liée au caractère fondamental des droits affectés, d'une part, combiné à la possibilité pour la Cour de remédier à cette atteinte du simple fait de sa réponse à la question préjudicielle, d'autre part. Le président de la Cour se dispense, sur le fondement de cette double constatation, de la nécessité d'examiner d'autres circonstances avancées par la juridiction de renvoi. En l'occurrence, la juridiction semblait soumise à un contentieux croissant relatif au droit de séjour de ressortissants de pays tiers conjoints d'un citoyen communautaire et à des demandes de dommages et intérêts qui pouvaient imposer au gouvernement des frais considérables accrus au gré de l'allongement de la procédure préjudicielle (N. *CJCE*, ord., pt. 11).

2° Autre particularité de l'arrêt, il consacre un revirement jurisprudentiel. La Cour annonce que la conclusion de l'arrêt *Akrich* « doit être reconsidérée » (pt. 58 ; *CJCE*, 23 sept. 2003, aff. C-109/01, *Akrich* : *Rec. CJCE* 2003, I, p. 9607. – sur cette affaire V. M. Luby, cette chronique : *JDI* 2004, p. 580 et 581). La motivation est lapidaire. La Cour se contente de citer d'autres arrêts pour justifier que les droits du conjoint d'un citoyen communautaire ne peuvent être soumis à la condition de la légalité d'un séjour préalable imposée dans l'arrêt *Akrich*. Sans entrer à ce stade dans le fond de l'analyse, on soulignera l'aisance avec laquelle la Cour de justice se détache d'une jurisprudence ancienne. Certes, ce revirement avait été annoncé dans différents arrêts (N. *CJCE*, 25 juill. 2002, aff. C-459/99, *MRAX* : *Rec. CJCE* 1999, I, p. 6591. – *CJCE*, 9 janv. 2007, *Jia*, aff. C-110/5 : *Rec. CJCE* 2007, I, I. – *CJCE*, 11 déc. 2007, aff. C-291/05, *Eind* : *Rec. CJCE* 2007, I, p. 10719), mais l'on s'étonne de la brièveté de la motivation. Là où les juridictions de *common law* expliqueraient, avec force détails, les circonstances factuelles qui distinguent la nouvelle affaire de la jurisprudence ancienne et justifient la différence de décision, la Cour de justice annonce tout simplement que la jurisprudence antérieure ne peut être suivie. Voici qui donne matière à réflexion relative à la nature du système communautaire. Quelle est la place exacte du précédent dans la jurisprudence communautaire ? Etc en fonction de celle-ci, dans quelle mesure le revirement jurisprudentiel est-il autorisé ? Ces questions, longuement débattues à propos des juridictions nationales (N. N. Mofkiss (ss la dir.), *Les revirements de jurisprudence, Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Cantet* : *Livres*, 2008. – I. Rottier, *Le revirement de jurisprudence, Étude de droit anglais et de droit belge* : *Bryllant*, 2003), méritent une étude systématique dans le cadre communautaire.

B. – La Cour était appelée à répondre à deux questions préjudicielles, impliquant toutes deux l'interprétation de la directive n° 2004/38 du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres (JOUE n° L 158, 30 avr. 2004, p. 77). Cette directive s'applique « au citoyen de l'Union européenne qui se rend ou séjourne dans un État membre autre que celui dont il a la nationalité, ainsi qu'aux membres de sa famille (...) qui l'accompagnent ou le rejoignent » (Dir. préc., art. 3, § 1). L'Irlande avait transposé cette directive dans

les termes suivants : la présente réglementation « ne s'applique à un membre de la famille que si ce membre de la famille séjourne légalement dans un autre État membre et a) s'il entend entrer dans l'État en compagnie d'un citoyen dont il est un membre de la famille, ou b) s'il entend rejoindre un citoyen de l'Union dont il est un membre de la famille, qui est légalement présent dans l'État » (*European Communities (Free Movement of Persons) (n° 2) Regulations 2006*, art. 3, § 2 – traduction libre des services de la Cour de justice). Les protagonistes de la procédure devant la High Court ne remplissaient pas ces conditions. Premièrement, aucun ne disposait d'un titre de séjour valable. Les époux des quatre couples en cause avaient tous introduit une demande d'asile avant le mariage, puis une demande de titre de séjour en qualité de citoyen après le mariage, les deux demandes ayant été rejetées. Ensuite, tous avaient rencontré leur épouse sur le territoire irlandais et y demeuraient avant le mariage, de sorte qu'aucun ne cherchait à « entrer » en Irlande ou à « rejoindre » le citoyen européen en Irlande.

1° La première question préjudicielle tend donc à déterminer si la directive n° 2004/38 s'oppose à une réglementation nationale qui exige du ressortissant d'un pays tiers, conjoint d'un citoyen de l'Union séjournant dans cet État membre, d'avoir au préalable séjourné légalement dans un autre État membre avant son arrivée dans l'État membre d'accueil pour y bénéficier des dispositions de cette directive (pt 48). La Cour condamne la législation irlandaise sur ce point. Elle tire d'abord argument des dispositions de la directive, dont aucune ne subordonne le séjour des membres de la famille à un séjour légal préalable dans un autre État membre ou n'établit de distinction en fonction de l'existence ou non d'un tel séjour (pts 49 à 54), et se penche ensuite sur la jurisprudence antérieure (pt 55 à 59). C'est à cette occasion qu'elle annonce que la jurisprudence *Akrich* « doit être reconsidérée » (pt 58). La Cour avait, dans cette affaire, estimé que pour accompagner le citoyen européen dans le pays vers lequel il se déplace, le conjoint de ce dernier, ressortissant d'un pays tiers, devait séjourner légalement sur le territoire d'un État membre avant ce déplacement. Elle considère aujourd'hui que « le bénéfice d'un tel droit ne saurait dépendre d'un séjour légal préalable dans un autre État membre » (pt 58). Il est vrai que cette conclusion découle directement d'arrêtés rendus avant et après l'arrêt *Akrich*. Dans l'arrêt *MRAX*, rendu en 2002, la Cour avait établi que le droit d'entrer sur le territoire d'un État membre pour un ressortissant d'un État tiers conjoint d'un ressortissant d'un État membre « découle, conformément au droit communautaire, du seul lien familial » (*CJCE, MRAX, préc.*, pt 59 – dans le même sens, *V. CJCE, 14 avr. 2005, aff. C-157/03, Commission d'Espagne v. Rec. CJCE 2005, I, p. 2911*, pt 28), que s'il pouvait être soumis à des formalités administratives, telle que l'obtention d'un visa, celles-ci doivent intervenir dans les plus brefs délais (pt 60) et que des mesures de refoulement sont interdites si le ressortissant de pays tiers est à même de prouver son identité et le lien conjugal (pt 61). Dans l'affaire *Jia*, la Cour de justice avait simplement précisé qu'à la suite de l'affaire *Akrich*, le droit communautaire « n'imposait pas de soumettre le droit de séjour des ressortissants de pays tiers, membre de la famille d'un citoyen, à la condition d'un séjour préalable légal sur le territoire d'un autre État membre

(*CJCE, Jia, préc.*, pt 33). Dans l'affaire *Eind* enfin (*CJCE, 11 déc. 2007, préc.*), elle avait avancé que, même si l'État membre vers lequel un citoyen souhaite retourner après avoir exercé son droit de libre circulation n'est pas tenu de reconnaître le titre de séjour obtenu sur le territoire de l'État d'accueil par un membre de la famille, ressortissant d'un pays tiers (pt 26), le citoyen communautaire pourrait être dissuadé d'exercer ses droits s'il n'était pas certain de pouvoir revenir dans son pays d'origine en compagnie des membres de sa famille qui l'auraient rejoint sur le territoire de l'État d'accueil (pts 35 et 36). Par conséquent, un ressortissant néerlandais s'est vu reconnaître le droit de retourner aux Pays-Bas en compagnie de sa fille qui l'avait rejoint au Royaume-Uni en provenance du Suriname (pt 38). Ces différents arrêts, et l'arrêt *MRAX* de la manière la plus claire, témoignent du fait que les droits du ressortissant d'un pays tiers, membre de la famille d'un citoyen, découlent essentiellement du lien de parenté, indépendamment de conditions liées à la légalité éventuelle du séjour. Les arrêts suivants l'arrêt *Akrich* paraissent embarrassés par cette jurisprudence. Comment expliquer dès lors la décision rendue dans l'affaire *Akrich* ? Même si elle s'en défend explicitement (pts 55 et 56 de l'arrêt *Akrich*), la Cour aurait-elle, à l'époque, été influencée par les circonstances de fait particulières de l'affaire laissant entendre que les libertés communautaires (en l'occurrence, le déplacement de l'épouse vers un autre État membre où l'avait rejointe son épouse, ressortissant d'un pays tiers et expulsé du Royaume-Uni, État membre d'origine de la citoyenne) avaient été mises en œuvre dans le seul objectif de contourner la législation du Royaume-Uni ? Ou aurait-elle embrassé, à l'époque, une vision de la répartition des compétences entre la Communauté et les États membres explicitement formulée par les États dans l'affaire *Metock* ?

Les États impliqués ou ayant présenté des observations dans l'affaire *Metock* avançaient, en effet, un argument relatif à la répartition des compétences. Selon eux, les États membres seraient compétents « en matière d'admission des ressortissants de pays tiers en provenance de l'extérieur du territoire de la Communauté », alors que la Communauté serait compétente pour régir la circulation des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles à l'intérieur de l'Union. Il existerait ainsi une compétence relative à l'entrée dans l'Union des ressortissants d'États tiers, réservée aux États, et une compétence relative à la circulation à l'intérieur de l'Union des citoyens et des membres de leur famille (qu'ils soient ou non ressortissants d'États tiers), apanage de la Communauté (sur la possibilité d'une division des compétences en fonction du statut des intéressés ou des frontières franchies – internes ou externes – *V. A Jaume, préc.*, p. 272). La Cour de justice se fonde sur l'effet utile de sa compétence relative à la circulation des citoyens pour rejeter cette vision, sans doute simpliste, de la répartition des compétences. La Communauté est compétente pour assurer la circulation des ressortissants d'États tiers et leur entrée sur le territoire communautaire, dans la mesure où celle-ci affecte la circulation des citoyens en risquant de les dissuader de faire usage des libertés qui leur sont octroyées par le traité (pt 64 à 66) et en risquant de soumettre leur droit de circuler en famille à des variations en fonction des États membres (pt 67). L'argument n'est pas sans

rappeler celui présenté dans l'affaire *Tabac II* pour justifier l'application d'une directive communautaire à des produits purement destinés à l'exportation vers des pays tiers : c'est le danger d'affectation du marché communautaire, par l'effet d'une potentielle réimportation des dits produits, qui avait justifié l'application de l'acte communautaire (CJCE, 10 déc. 2002, aff. C-491/01, *British American Tobacco (Tabac II)* : *Rec.* 2002, I, p. 11453, pt 84 à 90). Il va de soi que cet exercice de la compétence communautaire peut donner lieu à des discriminations à rebours. Les ressortissants communautaires n'ayant jamais exercé leur droit de circuler ne tiennent pas, du droit communautaire, des droits pour les membres de leur famille provenant de pays tiers (pts 76 et 78).

2° La seconde question préjudicielle porte plus précisément sur le sens des termes « accompagnement » ou « rejoignant » énoncés dans l'article 3 de la directive n° 2004/38. En l'occurrence, les couples concernés étaient rencontrés en Irlande et souhaitaient y demeurer. Les ressortissants de pays tiers ayant épousé en Irlande un citoyen d'un autre État membre peuvent-ils être considérés comme accompagnant ou rejoignant ce citoyen ? On a mentionné que les dispositions de transposition irlandaises étaient encore plus précises à cet égard que la directive exigeant que le membre de la famille « entre » en Irlande en même temps que le citoyen communautaire ou vienne le « rejoindre ». Se fondant à nouveau sur l'effet utile du droit de circuler reconnu au citoyen communautaire, la Cour considère que le lieu et la date du mariage, ainsi que la manière dont ce ressortissant est entré dans l'État membre d'accueil sont indifférents (pt 99). Ceci implique que le citoyen européen peut avoir fondé une famille avant ou après son déplacement (pt 90). Il est libre d'établir dans l'État communautaire. Ceci implique également que le ressortissant d'un pays tiers conjoint d'un citoyen européen est protégé par le droit communautaire dès que ce dernier exerce ses droits tirés du traité, indépendamment de la question de savoir s'il est entré dans la Communauté avant ou après le mariage et s'il y est entré de manière licite ou non (pts 92 et 93). Dans ce dernier cas, l'État d'accueil reste en droit d'adopter des sanctions à l'encontre du ressortissant de pays tiers entré de manière illicite sur son territoire dans la mesure elles ne sont pas attentatoires à la liberté de circulation et sont proportionnées (pt 97). On comprend mal la double condition imposée à la sanction puisqu'au regard du droit communautaire, une sanction ne doit être proportionnée que parce qu'elle porte atteinte aux libertés de circulation. Il faut sans doute y voir le rappel d'arrêts antérieurs relatifs au refoulement et une référence aux faits de l'une des situations en cause où l'époux ressortissant d'un pays tiers avait été expulsé. Une mesure d'éloignement est considérée par la Cour comme portant atteinte « à la substance même du droit de séjour directement conféré par le droit communautaire » et comme « manifestement disproportionnée » lorsqu'elle est fondée exclusivement sur un motif lié au non-accomplissement de formalités légales relatives à la police des étrangers (CJCE, *MRAx*, *pt* 78). À l'inverse, une telle atteinte est envisageable lorsque le comportement personnel de l'intéressé porte atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique ou à la santé publique, ou

encore en cas d'abus de droit ou de fraude, tels que les mariages de complaisance (*Dir.* n° 2004/35 *pt* 4, art. 27 et 35. – *Arrêt*, pts 74 et 75). En l'occurrence, aucun des couples en cause n'était soupçonné d'avoir conclu un mariage de complaisance (pt 46).

Liberté d'établissement. – Transfert du siège dans un État membre autre que celui de sa constitution. – Perte de nationalité d'origine. – Critère du siège réel. – Articles 43 et 48 CE.

CJCE. – Grande ch. – 16 déc. 2008. – aff. C-210/06. – *Cartesio*. – V. Skouris, président. – A. Timmermans, rapporteur. – M. Poiares Maduro, avocat général.

Un État membre dispose de la faculté de définir tant le lien de rattachement qui est exigé d'une société pour que celle-ci puisse être considérée comme constituée selon son droit national et susceptible, à ce titre, de bénéficier du droit d'établissement, que celui requis pour maintenir cette qualité ultérieurement. Cette faculté englobe la possibilité, pour cet État, de ne pas permettre à une société relevant de son droit national de conserver cette qualité lorsqu'elle entend se réorganiser dans un autre État membre par le déplacement de son siège sur le territoire de ce dernier. Un tel cas de transfert, sans changement du droit dont relève la société, doit être distingué de celui relatif au transfert avec changement de droit national applicable, la société se transformant en une forme de société relevant du droit national de l'État membre dans lequel elle se déplace. L'État membre d'origine de la société ne saurait, en imposant la dissolution et la liquidation de cette société, empêcher celle-ci de se transformer en une société de droit national de l'État d'accueil pour autant que le droit de ce dernier État le permette.

NOTE. – Chaque arrêt de la Cour de justice rendu en matière de droit des sociétés semble appeler une réflexion complète de la conception des rapports entre le droit communautaire et le droit international privé des sociétés que l'on tente progressivement d'élaborer. Les enseignements sont parfois mystérieux, souvent critiqués, toujours discutés. L'arrêt *Cartesio* n'échappe pas à ces constatactions. S'il éclaire dans un premier temps la relation qu'entretenait la société avec la législation de l'État en vertu de laquelle elle a été créée, c'est pour la nuancer aussitôt et abandonner le lecteur aux affres de l'interprétation. Le sujet est sensible, certes. Et comme elle ne manque pas de le faire remarquer, la Cour ne dispose pas de toutes les pièces de l'échiquier.

La société *Cartesio* est une société en commandite simple de droit hongrois. Pour qu'une société puisse être constituée en vertu du droit hongrois, la législation hongroise exige que le siège de la société, au sens du centre de direction de ses affaires (ou administration centrale), soit localisé en Hongrie (article 1, paragraphe 1, de la loi relative aux sociétés commerciales, article 16, paragraphe 1, de la loi relative à l'enregistrement des sociétés et points 11 et 17 de l'arrêt). *Cartesio* souhaitait transférer son administration centrale en Italie, elle saisit l'autorité compétente pour obtenir une modification du registre hongrois des sociétés concernant son siège. *Cartesio* envisageait de déplacer son administration centrale en Italie tout en restant constituée conformément au droit hongrois. La demande de modification du registre fut rejetée « au motif que le droit hongrois en vigueur ne permet pas à une société constituée en Hongrie de transférer son siège à l'étranger tout en continuant à être soumise à

la loi hongroise en tant que loi personnelle » (pt 24). Dans ce cadre, la juridiction de renvoi estima nécessaire de poser une série de questions préjudicielles dont la dernière seule nous intéressera ici. Les trois premières questions portent sur la possibilité pour l'autorité nationale saisie de poser une question préjudicielle (V. sur ce point *A.-L. Maderbucker, Europe 2009, comm. 63*). La quatrième est résumée par la Cour dans les termes suivants : les articles 43 CE et 48 CE s'opposent-ils à une réglementation d'un État membre qui empêche une société constituée en vertu du droit national de cet État membre de transférer son siège dans un autre État membre tout en gardant sa qualité de société relevant du droit national de l'État membre selon la législation duquel elle a été constituée (arrêt, pt 99 ; concl. avocat général, pt 23) ? La réponse apportée par la Cour est ventile entre un dispositif relativement clair (A) et un obiter dicta dont la portée paraît plus difficile à cerner (B).

A. – 1° La Cour considère qu'en l'état actuel du droit communautaire (on verra que cette formulation importe, *infra* 2°, le traité ne s'oppose pas à la réglementation d'un État qui empêche une société constituée en vertu de son droit national de transférer son siège dans un autre État membre tout en gardant sa qualité de société relevant du droit national de l'État en cause (pt 124). Ceci confronte Carasso au choix suivant : soit conserver en Hongrie son administration centrale et ouvrir une simple filiale en Italie ; soit accepter de perdre sa « personnalité » de société de droit hongrois et se reincorporer en Italie comme une société de droit italien. La portée de l'arrêt dans cette seconde hypothèse n'est pas certaine (*infra* B, 3°).

Le dispositif de l'arrêt repose sur l'établissement d'une distinction rarement évoquée aussi clairement par la Cour : l'identification des bénéficiaires ou des titulaires de droits ne se confond pas avec l'étendue des droits conférés. Ainsi, en matière d'établissement des sociétés, l'identification des titulaires des droits conférés par le traité CE s'apparente à une « question préalable » et relève du droit national (pts 109 et 123) : « en l'absence d'une définition uniforme donnée par le droit communautaire des sociétés qui peuvent bénéficier du droit d'établissement en fonction d'un critère de rattachement unique déterminant le droit national applicable à une société, la question de savoir si l'article 43 CE s'applique à une société invoquant la liberté fondamentale consacrée par cet article (...) constitue une question préalable qui, dans l'état actuel du droit communautaire, ne peut trouver une réponse que dans le droit national applicable » (pt 109). La première étape consiste donc à vérifier si, en vertu du droit national de l'un des États membres, la société peut être assimilée aux « personnes physiques ressortissantes d'un État membre » aux termes des articles 43 et 48 CE. À cet égard, on sait que l'article 48 CE exige seulement que la société soit constituée en conformité avec la législation d'un État membre et qu'elle dispose au moins d'un siège statutaire, d'une administration centrale ou de son principal établissement dans la Communauté. En soi, cette disposition n'établit aucune hiérarchie entre ces trois critères et laisse les États parfaitement libres de déterminer à quelles conditions ils soumettent les sociétés désirant se constituer en conformité avec leur législation, acquiescer et conserver leur « nationalité ».

Cette partie de l'arrêt ne constitue pas une nouveauté. La Cour a constamment répété, selon des formulations diverses, les deux points qui se dégagent du dispositif de l'arrêt Carasso. Premièrement, il convient de vérifier que la société existe avant de pouvoir lui octroyer le bénéfice des droits prévus par le traité (CJCE, 27 sept. 1988, aff. 81/87, *Daily Mail* : Rec. CJCE 1988, p. 5483, pt 19, (CJCE, 27 sept. 1988, aff. 81/87, *Daily Mail* : Rec. CJCE 1988, p. 5483, pt 19, précisant que les sociétés n'ont d'existence qu'à travers les différentes législations nationales qui en déterminent la constitution et le fonctionnement. – CJCE, 9 mars 1999, aff. C-212/97, *Centros* : Rec. CJCE 1999, I, p. 1459, pt 17, expliquant que la situation d'une société constituée selon le droit d'un État membre dans lequel elle a son siège statutaire et désirant créer une succursale sur le territoire d'un autre État membre relève du droit communautaire. – CJCE, 5 nov. 2002, aff. C-208/00, *Überseering* : Rec. CJCE 2002, I, p. 9919, pts 52, 63 et 72, insistant sur le fait qu'il s'agit, en l'occurrence, d'une société légalement constituée selon le droit néerlandais dont l'existence n'est pas remise en cause selon la loi de cet État, ce qui la qualifie pour bénéficier de la protection des dispositions du traité). Ensuite, l'existence de cette société dépend du droit national en vertu duquel elle a été constituée et le traité n'ayant pas réglé cette question, cet État est parfaitement libre de soumettre la constitution aux critères qu'il choisit (siège statutaire, administration centrale, principal établissement) (V. en particulier CJCE, *Daily Mail*, préc., pts 20 et 21. – CJCE, *Überseering*, préc., pt 70). À ces deux points, l'on peut en ajouter un troisième : une fois l'existence de cette société constatée au regard du droit national en vertu duquel elle a été constituée, les autres États membres doivent (sauf dans le cas d'une entrave admissible car dûment justifiée et proportionnée) lui octroyer les droits découlant du libre établissement, notamment celui d'être en justice (CJCE, *Überseering*, préc., pt 76) ou d'ouvrir une succursale (CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, préc., pts 20 et 21).

2° La Cour ne semble pas pour autant juger la situation satisfaisante. Elle insiste sur l'impact de l'absence d'harmonisation et, ce faisant, confronte le législateur à ses responsabilités. Elle insiste sur l'absence d'harmonisation et la diversité des solutions législatives (pts 105, 106, 108 et 109). Elle indique que la solution vaut « dans l'état actuel du droit communautaire » (pt 123). La Commission, qui avait entre-temps abandonné les travaux relatifs à la proposition de 14^e directive sur le transfert de siège statutaire (parmi les raisons justifiant l'arrêt des travaux, figurait la clarification attendue de l'arrêt Carasso, l'affaire étant pendante mais non tranchée à l'époque ; sur ce point, V. A. Aulente et E.-J. Naez, Carasso – Les contours de la mobilité transfrontière des sociétés revisités : CDE, 2009, n° 1/2), proposait à la Cour un raisonnement analogue au départ des règlements portant sur les différentes formes de société européenne (le règlement (CEE) n° 2137/85 sur le Groupement européen d'intérêt économique ; le règlement (CEE) n° 2157/2001 relatif à la société européenne et le règlement (CE) n° 1435/2003 relatif à la société coopérative européenne ; V. pt 115). La Cour refuse nettement cette proposition. Ces dispositions, qui lorsqu'elles autorisent un transfert du siège statutaire et du siège réel (ces deux sièges devant se trouver sur le territoire du même État), organisent

ce transfert avec maintien de la personnalité juridique, ne peuvent servir de base de raisonnement dans l'affaire en cause car elles impliquent nécessairement un changement de la loi applicable à la société (*pt 117*). Or en l'espèce, la société souhaiterait transférer son siège vers l'Italie tout en restant soumise à la législation hongroise, c'est-à-dire sans changement de loi applicable. La différence instituée par la Cour entre ces deux situations appelle de plus amples commentaires.

B. – Les points 111 à 113 de l'arrêt *Cartesio* feront sans doute couler beaucoup d'encre. La Cour y développe la distinction entre le transfert de siège avec changement de loi applicable et sans changement de loi applicable et précise que le dispositif de l'arrêt ne vaut que pour la première situation (1^o). Les conséquences pratiques de cette distinction ainsi que sa compatibilité avec les solutions jurisprudentielles antérieures méritent d'être envisagées (2^o). Enfin, si la distinction proposée par la Cour suggère des directives claires pour bon nombre de situations, elle repose sur un critère purement subjectif qui n'est pas sans ambiguïté (3^o).

1^o Après avoir précisé que l'État membre en vertu de la législation duquel la société est constituée dispose de la faculté de définir le lien de rattachement requis pour l'acquisition de sa nationalité ou de l'existence de la société en vertu de son droit et pour le maintien ultérieur de celle-ci, la Cour précise que cette faculté « englobe la possibilité (...) de ne pas permettre à une société relevant de son droit national de conserver cette qualité lorsqu'elle se réorganise dans un autre État membre par le déplacement de son siège sur le territoire de ce dernier, rompant ainsi le lien de rattachement que prévoit le droit national de l'État membre de constitution » (*pt 110*). Il ne faudrait pas pour autant en déduire que l'État d'origine dispose du droit de « vie » et « mort » sur les sociétés constituées en fonction de son droit en toute situation (V. *concl. avocat général, pt 26* in fine). La Cour nuance en effet la première affirmation en distinguant deux situations : le transfert de siège avec changement de loi applicable et le transfert de siège sans changement de loi applicable. La faculté, pour l'État membre de constitution de la société, de disposer de l'existence de celle-ci en cas de transfert de siège serait limitée à l'hypothèse, caractérisant les faits de l'affaire *Cartesio*, où la société souhaite transférer son siège tout en conservant sa qualité de société de l'État membre de constitution. Dans l'hypothèse où une société souhaiterait transférer son siège en vue de se transformer en une forme de société de l'État vers lequel elle se déplace et donc changer de loi applicable, l'État de constitution initiale de cette société ne pourrait imposer de restriction à cet exercice normal de la liberté d'établissement en imposant la dissolution et la liquidation de cette société (*pt 112*). Comme plusieurs commentateurs l'ont relevé, la Cour « communautarise » l'opération de transfert de siège avec changement de loi applicable (*M. Menyucq, Les possibilités de transfert de siège social au sein de la Communauté européenne : JCP G 2009, II 10027* – G. Goddin et B. Goddin, *Arrêt « Cartesio » : l'étendue de la liberté d'établissement pour les sociétés « émigrantes » : JDE 2009, p. 77, spéc. p. 78*).

En établissant cette distinction qui influence la marge de manœuvre dont dispose l'État de constitution, la Cour de justice répond clairement à son avocat

général. Ce dernier avait montré que l'une des explications généralement retenues de la jurisprudence communautaire relative au droit des sociétés consistait à distinguer les droits et obligations de l'État d'accueil, des droits et obligations de l'État d'origine, ce dernier ne se voyant imposer aucune limite par le droit communautaire quant au maintien de l'existence d'une société (*pt 28*). Selon lui, la jurisprudence de la Cour et, surtout, le traité ne s'accrochent pas de cette distinction, la liberté d'établissement impliquant des droits à l'entrée (c'est-à-dire vis-à-vis de l'État membre d'accueil), comme à la sortie (c'est-à-dire vis-à-vis de l'État membre de constitution) (*pt 28*). Il en déduit que les faits de l'affaire *Cartesio* relèvent bien de l'article 43 CE (*pt 25*). La formulation choisie par la Cour démontre qu'elle reprend à son compte une partie de l'argumentation de l'avocat général (« la faculté évoquée au point 110 (...), loin d'impliquer une quelconque immunité de la législation nationale en matière de constitution et de dissolution de sociétés au regard des règles du traité CE (...) ne saurait en particulier justifier que l'État membre de constitution, en imposant la dissolution et la liquidation de cette société, empêche celle-ci de se transformer en une société de droit national de l'autre État membre (...) », *pt 112*). C'est nous qui soulignons). Ainsi, elle indique que l'article 43 CE peut avoir des conséquences pour l'État de constitution de la société en cause. Toutefois, sans aller aussi loin que l'avocat général qui estimait que *Cartesio* faisait l'objet d'une restriction de son droit d'établissement, elle estime que les obligations imposées par le traité ne visent que l'hypothèse du transfert de siège avec changement de nationalité ou de droit applicable et non l'hypothèse de l'affaire *Cartesio*. Ceci s'explique au regard de la distinction entre titulaire de droit et étendue des droits établies dans la première partie de l'arrêt (V. *supra* A).

2^o Les points 111 à 113 de l'arrêt comportent sans doute des conséquences pour les deux États impliqués dans un transfert de siège, l'État membre de constitution de la société (a) et l'État membre d'accueil vers lequel la société souhaite déplacer son siège (b).

a) La Cour évoque explicitement les conséquences subies par l'État de constitution de la société. Si celle-ci souhaite déplacer son siège et se réorganiser pour devenir une société constituée en vertu du droit d'un autre État membre, l'État membre de constitution initiale de la société ne peut soumettre ce transfert à une obligation de dissolution préalable de la société. On connaît, en effet, les inconvénients d'une telle opération qui implique, entre autres, la liquidation des actifs. Cette interdiction évoquée par la Cour est-elle cohérente avec la première partie de l'arrêt qui évoque explicitement la liberté pour l'État de constitution de déterminer les critères requis pour continuer à considérer la société comme l'une de ses « ressortissantes » (*pt 110*; comp. *M. Menyucq, préc.*, montrant la rupture logique entre la première et la seconde partie de l'arrêt). La suite logique de la première partie de l'arrêt aurait, selon cet auteur, été de considérer le transfert de siège avec changement de loi applicable comme une question relevant de la coordination des législations nationales ? La réponse est affirmative d'un point de vue pragmatique. En effet, en évoquant les obligations imposées à l'État de constitution dans le cas d'un changement de siège avec changement de loi

applicable, la Cour n'impose pas le maintien de la « nationalité » d'origine de la société. L'État de constitution reste libre de considérer qu'après ce changement de siège, la société perd le lien de rattachement suffisant avec son territoire ainsi qu'avec sa législation et cesse donc d'être une société relevant de son droit. En termes peut-être un peu simplistes, la société peut perdre la « nationalité » de l'État de constitution. Mais cette perte éventuelle de nationalité devrait intervenir *à la suite* du transfert de siège, de manière à permettre le maintien de la personnalité juridique de la société durant toute l'opération, jusqu'à ce qu'elle ait acquis une nouvelle existence au regard d'un autre droit.

La réponse est-elle pour autant affirmative sur le plan conceptuel ? Autrement dit, la différence de traitement du transfert de siège avec changement de loi applicable et du transfert de siège sans changement de loi applicable recoupe-t-elle la distinction entre titulaire de droits et étendue des droits ? Lorsque la société souhaite transférer son siège sans changer de droit applicable, la question qui se pose est bien celle de son existence. Peut-elle continuer à exister (et à fonctionner dans l'État B) en tant que société de l'État A si elle ne remplit plus les critères de ce dernier État ? Seul l'État de constitution peut répondre à cette question, non réglée par le traité, d'identification des sociétés constituées conformément au droit d'un État membre et titulaires du droit d'établissement. Concernant le transfert de siège avec changement de loi applicable, on peut proposer la lecture suivante. Lorsque la société constituée en vertu du droit de l'État A souhaite déplacer son siège vers le territoire d'un autre État (État B) et se soumettre à sa législation, il est constant qu'elle existe au regard du droit d'un État membre (État A) et qu'à ce titre, elle est titulaire des droits prévus par le traité. Ainsi, alors qu'elle existe selon son droit, l'État de constitution ne peut l'empêcher de faire usage des droits qui lui sont offerts par le traité, et donc de se réorganiser en vertu d'un autre droit, en imposant sa dissolution. Comme cela a été précisé ci-avant, la Cour considère le droit de se réorganiser en fonction d'une nouvelle législation comme un droit dérivant de la liberté d'établissement.

Une autre clé de lecture permet sans doute de mieux percevoir la portée de la distinction. Pour l'État membre de constitution, il est probable que l'arrêt n'importe pas de conséquence au niveau de ses règles de rattachement, mais influence uniquement ses règles matérielles (voire ses règles matérielles de droit international privé ; contra V. G. *Goddin et B. Goddin, préc.*, p. 78. — A. *Autenne et E.-J. Navez, Carrizio* — *Les contours de la mobilité transfrontière des sociétés revisités, à paraître*, pt III, 3, (ii)). L'État de constitution reste libre de déterminer quelles sont les sociétés qui relèvent de sa législation et donc de déterminer la portée internationale de sa législation. Que le transfert de siège s'opère avec ou sans changement de la loi applicable, il lui appartient de décider si une société perd ou conserve la qualité de société relevant de sa législation. Autrement dit, il conserve toute latitude dans la détermination de ses critères de rattachement (ou plutôt d'applicabilité) en matière de droit des sociétés. Par contre, si le changement de siège s'effectue avec changement de loi applicable, c'est-à-dire si la société transfère son siège en vue de se transformer en une société de droit national d'un autre État membre, même si cette société est appelée à

perdre la qualité de société de l'État membre de constitution, ce dernier État devrait prévoir que la personnalité juridique de la société est maintenant, en vertu de sa législation, jusqu'à l'acquisition de la nouvelle « nationalité » de la société. Ainsi l'État de constitution devrait-il insérer une disposition matérielle relative au maintien de la personnalité juridique durant l'opération de transfert, inspirée probablement des dispositions relatives au transfert de siège se trouvant dans les règlements relatifs au groupement d'intérêt économique européen (V. par ex., l'article 7 du règlement (CE) n° 1435/2003 du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne : *JOUE* n° L 207, 18 août 2003, p. 1).

On soulignera enfin que, pour l'État de constitution initial de la société, l'arrêt *Carrizio* innove par rapport à l'arrêt *Daily Mail*. Dans l'arrêt *Daily Mail*, la Cour avait considéré que « les modalités d'un transfert de siège, statutaire ou réel, d'une société de droit national d'un État membre à l'autre » comme une question non résolue par le traité (pt 23). Dans cette perspective, elle n'avait pas estimé utile de répondre explicitement à la question de savoir si l'État membre d'origine pouvait faire dépendre le droit de transférer le siège d'une autorisation d'origine pouvant faire dépendre le droit de transférer le siège d'une autorisation (*2^e branche de la première question*, pt 11, de l'arrêt *Daily Mail, préc.*), cette question étant automatiquement réglée par la simple constatation que le droit communautaire ne confère pas un droit aux sociétés de droit national de transférer leur siège dans un autre État membre tout en gardant leur qualité de société de l'État membre selon la législation duquel elles ont été constituées. Ainsi l'arrêt *Daily Mail* semblait conférer, à l'État de constitution, « l'immunité » évoquée au point 112 de l'arrêt *Carrizio*, en assimilant la définition des titulaires de droits et toutes les modalités d'exercice du droit.

b) Les points 111 à 113 ont-ils un impact pour l'État d'accueil de la société ? Certes, la formulation de cette partie de l'arrêt semble entièrement tournée vers la législation de l'État de constitution de la société. Mais l'État d'accueil n'opposerait-il pas une entrave à la société qui souhaite se réorganiser en vertu de sa législation et déplace son siège vers le territoire de cet État, s'il exigeait la dissolution préalable de la société dans son État de constitution ? L'État d'accueil dispose sans doute de la même faculté que l'État de constitution initial pour déterminer les conditions auxquelles il soumet la volonté d'une société de devenir une société relevant de son droit national. En réalité, l'État d'accueil devient un État de constitution... Il reste probablement libre de déterminer si c'est l'administration centrale ou le siège statutaire de la société qui doit se localiser sur son territoire pour que la société puisse acquiescer sa « nationalité ». Mais à nouveau, la logique conduit à déduire de l'arrêt *Carrizio* l'impossibilité, pour l'État d'accueil, d'exiger une dissolution préalable de la société et donc une perte temporaire de personnalité juridique à moins que cette entrave ne soit pleinement justifiée et proportionnée (comp. A. *Autenne et E.-J. Navez, Carrizio* — *Les contours de la mobilité transfrontière des sociétés revisités, à paraître*, pt II, 3, (ii) in fine).

3° Le critère de distinction, entre transfert de siège avec ou sans changement de loi applicable, proposé par la Cour repose sur une approche purement

subjectiviste. Il consiste à analyser le projet de la société : cette dernière souhaite-t-elle transférer son siège tout en maintenant sa qualité de société de l'État membre selon la législation duquel elle a été constituée ou souhaite-t-elle transférer son siège en vue de se constituer en vertu d'une autre législation ? Mais indépendamment de la volonté de la société, il est des hypothèses où le changement de loi applicable s'impose à celle-ci. Le premier cas de figure est celui de l'affaire *Cartesio*. La société, s'exposant à la perte de sa qualité de société de droit hongrois si elle transfère son siège, doit choisir entre les deux voies d'action suivantes : soit ouvrir une simple succursale en Italie, soit perdre sa qualité de société de droit hongrois pour devenir une société de droit italien. Dans ce cas de figure, le changement de loi applicable est indirectement imposé par l'État de constitution. Dans le second cas de figure, le changement de loi applicable est imposé par la législation de l'État d'accueil. À l'image du droit allemand appliqué dans le cas de l'affaire *Überseering* précitée, il est possible que le droit de l'État d'accueil considère que toute société transférant son siège (statutaire ou réel) sur son territoire relève de sa législation et lui impose donc de se réorganiser en vertu de sa législation. Ces deux cas sont-ils réglés par la jurisprudence *Cartesio*, voire par des décisions antérieures ? Le second cas semble résolu par les arrêts *Centros* et *Überseering*. Dès lors que la société est valablement constituée en vertu du droit d'un État membre, elle devrait avoir la possibilité de voir son existence juridique reconnue par l'État membre d'accueil. L'État d'accueil ne peut « nier » l'existence de la société (comme il le faisait dans l'arrêt *Überseering* en lui interdisant d'ester en justice ce qui équivaudrait à la négation même de la liberté d'établissement, *pt 93 de l'arrêt Überseering*). Par contre, il demeure libre de soumettre l'implantation du siège à certaines modalités tant que ces éventuelles « entraves » sont justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général et proportionnées (*pt 92 de l'arrêt Überseering*). L'arrêt *Cartesio* nous apprend simplement que l'exigence d'une dissolution préalable, imposée par l'État d'accueil, serait difficilement justifiable. Le premier cas, celui du changement de loi applicable imposé à la suite de la perte de la qualité de société de l'État membre de constitution, par contre, relève *a priori* de la marge de discrétion reconnue, dans les affaires *Cartesio* et *Daily Mail*, à l'État de constitution. Il appartient à l'État de constitution de décider si la société conserve ou non sa qualité de société relevant de sa législation et cette décision conditionne, pour la société, la jouissance des droits tirés du traité. Si cette dernière décide de transférer son siège, tout en souhaitant conserver sa qualité de société de l'État de sa constitution initiale alors que celui-ci l'interdit, elle commet une forme de « suicide » juridique.

Ce dernier point révèle la difficulté inhérente à la distinction effectuée par la Cour entre les transferts de siège avec et sans changement de loi applicable. Cette difficulté est liée au fait que la distinction proposée repose sur la volonté de la société. Comment distinguer les transferts de siège avec adoption volontaire d'une nouvelle législation, des transferts de sièges impliquant un changement de loi applicable contraint comme ce serait le cas de la société *Cartesio* si elle choisit cette voie ? Dans les deux cas, il y a un élément volontaire, qui soit marque le

projet initial de la société, soit résulte de son choix face aux contraintes imposées par l'État de constitution. Comment des lois faire varier la marge de manœuvre de l'État de constitution de la volonté de la société qui envisage son transfert de siège ?

De l'arrêt *Cartesio*, on retiendra avant tout la confirmation de la jurisprudence antérieure consistant à faire dépendre le bénéfice des droits du traité de l'existence de la société au regard de la législation d'un État membre et à laisser à l'État membre de constitution le choix libre des critères de rattachement requis. La conception et la portée pratique exacte de la distinction entre transfert de siège avec changement de loi applicable ou sans changement de loi applicable, tant du point de vue de l'État d'accueil que du point de vue de l'État de constitution de la société, devront encore être précisées, les lignes qui précèdent ne constituant qu'une première ébauche de réflexion.

IV. – CONCURRENCE

Notion d'entreprise. – Notion d'activité économique. – Champ d'application. – Articles 82 et 86 CE. – Participation au processus de décisions administratives. – Activité parallèle. – Organisation de manifestations sportives. – Contrats de parrainage et de publicité.

CJCE – Grande ch. – 1^{er} juill. 2008. – aff. C-49/07. – MOTOE. – V. Skouris, président. – J. Klucka, rapporteur. – Juliane Kokort, avocat général.

Il y a lieu de distinguer la participation d'une personne morale au processus décisionnel des autorités publiques, d'un côté, des activités économiques exercées par cette même personne morale, de l'autre. Ainsi, le pouvoir de cette personne morale de donner son avis conforme sur les demandes d'autorisation présentées en vue de l'organisation de compétition ne fait pas obstacle à ce qu'elle soit considérée comme une entreprise au sens du droit communautaire de la concurrence pour le reste de ses activités. Le fait qu'elle ne pourrât pas de but lucratif, n'est pas davantage un obstacle dès lors qu'elle offre des biens et services, car cette offre peut se trouver en concurrence avec d'autres opérateurs poursuivant un but lucratif.

NOTE. – Le présent litige opposait la Fédération grecque de motocyclisme (MOTOE) à l'État grec en raison d'un droit exclusif consenti à Club hellénique d'automobilisme et de tourisme (ELPA). Il était né à l'occasion d'une banale demande d'autorisation présentée par MOTOE au ministre en vue de la coupe panhellénique de motocycle qu'il organisait. ELPA devait donner un avis conforme aux fins de l'octroi de cette autorisation. A défaut d'avoir obtenu satisfaction, MOTOE engagea la responsabilité de l'État en invoquant l'illicéité du dispositif national d'autorisation au regard des articles 82 et 86 CE. Saisie d'une question préjudicielle, la Cour reprend sans mal les jalons de la jurisprudence antérieure.

La notion d'entreprise est subordonnée à la qualification d'activité économique (CJCE, 23 avr. 1991, aff. C-41/90, *Höfner et Elser*, *pt 21* : Rec. CJCE 1991, I, p. 1979. CJCE, 16 mars 2004, AOK aff. C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, *Bundesverband et al.*, *pt 46* : Rec. CJCE 2004, I, p. 2493 ; CJI 2005). Or l'activité économique consiste à offrir des biens ou des services sur un marché donné (CJCE, 18 juin 1998, aff. C-35/96, *Commission c/ Italie*, *pt 36* : Rec. CJCE