

LIBRE PRESTATION DE SERVICES ET DROIT
D'ÉTABLISSEMENT : LES STRATÉGIES DES
ENTREPRISES

PAR

ANNE-LISE SIBONY

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE LIÈGE

Dans la catégorie du *shopping* juridique, on connaît le *forum shopping*, qui consiste à choisir pour un contentieux la juridiction la plus favorable et le *law shopping*, qui consiste à choisir la loi applicable qui convient le mieux. Dans l'un et l'autre cas, les spécialistes de droit international privé sont les meilleurs *personal shoppers* dont les entreprises – ou parfois les personnes physiques – peuvent s'entourer. Ici, c'est une troisième catégorie de shopping juridique que l'on voudrait envisager, ce qu'on pourrait appeler le *freedom shopping*. Il s'agit en effet de s'intéresser aux choix ouverts aux entreprises entre deux libertés de circulation, plus précisément la liberté d'établissement et la libre prestation de services. Le spécialiste de droit de l'Union peut-il à son tour se faire le styliste des stratégies d'entreprises et leur conseiller la combinaison optimale de libertés fondamentales qui met le mieux en valeur leurs activités transfrontalières ? De quelles lignes directrices dispose-t-il dans cette tâche ?

Qu'il y ait, du point de vue des entreprises souhaitant développer leur activité économique au-delà des frontières de leur État d'origine, place pour un choix entre la liberté d'établissement et la libre prestation de services ne fait aujourd'hui aucun doute. Certes, un tel choix n'avait-il pas été envisagé par les rédacteurs du traité, qui voyaient avant tout dans la liberté d'établissement une extension aux travailleurs indépendants de la libre circulation prévue pour les travailleurs salariés et dans la libre prestation de services une extension de la libre circulation des marchandises (812). Toutefois, c'est le traité lui-même qui prévoit, dès

(812) Voy. la contribution de Stéphane DE LA ROSA dans ce volume.

l'origine, que la liberté d'établissement bénéficie aussi aux sociétés et non seulement aux travailleurs indépendants (813). Par la suite, ce sont des textes de droit dérivé qui organisent, dans certains secteurs, une option entre liberté d'établissement et libre prestation de services. Ainsi, les avocats qui exercent dans deux ou plusieurs États membres peuvent – et doivent – opter pour le régime de la libre prestation de services ou celui de l'établissement (814), option aujourd'hui encadrée par deux directives (815). Dans la directive services, l'affirmation d'un choix entre les deux libertés est particulièrement nette (816). Il y est en effet précisé que : « Les prestataires devraient être en mesure de choisir entre ces deux libertés, en fonction de leur *stratégie* de développement dans chaque État membre » (817). La jurisprudence n'est pas en reste et donne de nombreuses illustrations du jeu entre ces deux libertés. Ainsi, le groupe britannique Stanley, dont les activités en Italie ont donné lieu à plusieurs arrêts de la Cour (818), a pu se prévaloir tantôt de la liberté d'établissement, lorsqu'il opérait via des agences (819), tantôt de la libre prestation de services, notamment lorsqu'il opérait via internet, ces deux hypothèses étant parfois présentes simultanément, comme dans l'affaire *Gambelli* (820). En somme, les entreprises peuvent influencer par leur volonté sur les qualifications juridiques données à leurs activités (821). À n'en pas douter, la possibilité d'utiliser stratégiquement les libertés de circulation existe.

(813) Article 58 du traité de Rome (repris sans changement autre que terminologique à l'article 54 TFUE) disposait : « les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté, sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissant des États membres ».

(814) L'arrêt *Gebhard* (CJCE, 30 novembre 1995, *Gebhard*, C-55/94, *Rec.* I-4165) illustre cette obligation. L'avocat allemand qui réside de manière permanente en Italie, y a créé son cabinet et y exerce de manière continue une activité de conseil relève des dispositions sur la liberté d'établissement et non de celles sur la libre prestation de services.

(815) Directive 77/249/CEE du 22 mars 1977, tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats *J.O.* L 78 du 26.3.1977, p. 17-18 ; et directive 98/5/CE du 16 février 1998 visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un État membre autre que celui où la qualification a été acquise, *J.O.* L 77 du 14.3.1998, p. 36-43.

(816) Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *J.O.* L 376 du 27.12.2006, p. 36-68 (ci-après « directive services »).

(817) Directive services, préc., cinquième considérant, nous soulignons.

(818) CJCE, 6 novembre 2003, *Gambelli e.a.*, C-243/01, *Rec.* p. I-13031 ; CJCE, 6 mars 2007, *Placanica*, C-338/04, p. I-1891 ; CJUE, 16 février 2012, *Costa*, C-72/10, non encore publié au Recueil.

(819) *Gambelli*, préc., pt. 49.

(820) *Gambelli*, préc., pt. 54.

(821) FR. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, L.G.D.J., 1957.

Le choix de structurer des activités transfrontalières de telle sorte qu'elles ressortissent soit de l'établissement soit de la prestation de services est intimement lié aux stratégies de *law shopping*. En effet, l'enjeu principal pour une entreprise sera, en règle générale, de se soumettre à la réglementation de l'État d'accueil, dans le cas de l'établissement, ou bien à la réglementation d'un État d'origine, dans le cas de la prestation de services. Ainsi, les groupes n'hésitent pas à créer spécialement une société dans l'État dont le droit est choisi afin de créer un bénéficiaire de la libre prestation de services qui portera – plus ou moins formellement – l'activité ainsi soustraite à la réglementation de l'État de la prestation. Tel est par exemple le cas lorsqu'un opérateur audiovisuel belge établit au Royaume-Uni une société en vue d'émettre à partir de cet État, sous couvert de la libre prestation de services, des émissions de télévision destinées exclusivement au public belge néerlandophone (822).

Toutefois, le *freedom shopping* ne se ramène pas au *law shopping*. En effet, opter pour la libre prestation de services n'a pas automatiquement pour effet d'éviter l'application du droit de l'État de la prestation. Dans deux cas de figure au moins, un prestataire peut être soumis aux règles de cet État : lorsqu'une entrave est justifiée (823) – hypothèse qui inclut les dispositifs anti-abus conformes au droit de l'Union (824) et le refus justifié de reconnaissance mutuelle (825) – et lorsque des règles spéciales de droit de l'Union le prévoient (826). C'est donc en tenant compte des pos-

(822) CJCE, 5 juin 1997, *VT4*, C-56/96, *Rec. p.* I-3143.

(823) Selon une jurisprudence constante, « les mesures nationales susceptibles de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité doivent remplir quatre conditions : qu'elles s'appliquent de manière non discriminatoire, qu'elles se justifient par des raisons impérieuses d'intérêt général, qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre » (voy. arrêt du 31 mars 1993, *Kraus*, C-19/92, *Rec. p.* I-1663, pt. 32).

(824) Sur ce point, voy. dans ce volume la contribution d'A. ILIOPOULOU et, en matière fiscale, celle d'A. MAITROT DE LA MOTTE.

(825) CJCE, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa*, C-42/07, *Rec. p.* I-7633, pt. 69 et, plus explicitement encore : CJCE, 8 septembre 2010, *Stoß*, C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-409/07 et C-410/07, *Rec. p.* I-08069, pt. 112 et CJCE, 15 septembre 2011, *Dickinger et Omer*, C-347/09, n.e.p., pt. 96.

(826) Ainsi, la directive 77/249, préc., applicable aux activités d'avocats exercées en prestation de services distingue selon la nature de l'activité exercée. Elle soumet les activités de défense exercées par un avocat aux règles de l'État membre d'accueil, sans préjudice des obligations qui lui incombent dans l'État membre de provenance, tandis que toutes les autres activités restent soumises aux règles de l'État membre de provenance, sous préjudice des règles qui régissent la profession dans l'État membre d'accueil (article 4).

sibilités offertes aux États de déjouer les stratégies de *law shopping* des entreprises qu'il faut aborder le phénomène du *freedom shopping*.

Les stratégies de choix entre liberté d'établissement et libre prestation de services gagneraient certainement à être analysées à partir d'études de cas portant sur des prises de décision concrètes dans des entreprises. À défaut d'une telle approche empirique, on peut s'attacher à cerner les éléments de droit de l'Union qui encadrent les choix stratégiques des opérateurs économiques et les possibilités pour les États d'interférer avec ces choix. Pour ce faire, il convient tout d'abord de clarifier les enjeux respectifs des qualifications d'établissement et de prestation de services. C'est dans cette perspective que les libertés de circulation seront envisagées en tant qu'éléments des stratégies d'entreprises (I). La mise en œuvre de ces stratégies doit aussi tenir compte de certaines contraintes, issues tant des droits nationaux que du droit européen. En ce sens, les stratégies retenues par les entreprises pour optimiser la forme juridique de leurs activités transfrontalières se déploient dans un espace modelé par le droit (II).

§ I. – LES LIBERTÉS DE CIRCULATION COMME ÉLÉMENTS DES STRATÉGIES D'ENTREPRISES

Quel intérêt y a-t-il à s'établir dans un État membre pour y déployer son activité ? Quel intérêt y a-t-il au contraire à ne pas s'y établir et à y développer une activité en tant que simple prestataire de services ? Les attraits de chacune des libertés apparaissent comme l'avvers et le revers d'une même médaille. La liberté d'établissement est un instrument qui permet de mettre en œuvre un choix de loi (A), tandis que la libre prestation de services permet au contraire d'éviter l'application d'une loi défavorable et constitue en ce sens un instrument des stratégies de contournement (C). À ces attraits avouables de chaque liberté de circulation, s'ajoute un usage moins glorieux : la liberté d'établissement peut aussi – et bien que, sans doute, l'hypothèse soit plus marginale – être l'instrument du choix du non-droit (B).

A. – La liberté d'établissement comme instrument du choix de loi

Opter pour la liberté d'établissement se justifie, positivement, pour un opérateur lorsque le droit de l'État d'accueil présente pour lui des avantages. Un exemple emblématique de *law shopping* par le biais de la liberté d'établissement est donné dans l'affaire *Centros* (827). Les fondateurs danois exercent leur liberté d'établissement et créent une société au Royaume-Uni, ce qui présente l'avantage de leur épargner le versement d'un capital social minimal. Le bénéfice de cette faveur du droit des sociétés applicable en Angleterre et aux Pays de Galles leur est acquis en vertu de la liberté d'établissement et rien n'empêche que, dans un second temps, la société de droit anglais exerce à son tour sa liberté d'établissement en créant au Danemark une succursale. Ni la circonstance que le montage répond à la volonté de contourner l'exigence de capital social minimal applicable au Danemark ni l'absence d'activité de la société anglaise ne suffisent à caractériser un abus (828). Le double usage de la liberté d'établissement (par les fondateurs danois puis par la société créée au Royaume-Uni) permet de jouir des avantages qui s'attachent à l'un et l'autre ordre juridique : les conditions attractives de création d'une société prévues par le droit anglais et, pour le reste, la familiarité du système danois. La liberté d'établissement apparaît donc pour les entreprises comme un outil particulièrement robuste de *law shopping*.

Notons que c'est là tout l'enseignement que l'on peut tirer de l'arrêt *Centros* pour notre propos. En effet, à l'instar de beaucoup d'arrêts, cette affaire n'illustre pas un cas de *freedom shopping*. Tant les époux Bryne que la société Centros exercent leur liberté d'établissement sans que cela résulte d'une option qu'ils auraient eue entre cette liberté et la libre prestation de services. L'absence de choix tenait en l'espèce au fait que l'activité envisagée ne relevait pas du secteur des services, puisqu'il s'agissait d'import/export de vins (829).

(827) CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, Rec. I-1459.

(828) *Centros*, préc. pts. 27 et 29.

(829) Conclusions de l'A.G. La Pergola sous l'arrêt *Centros*, préc. pt. 2. Une option aurait pu exister dans la mesure où l'objet social de la société immatriculée au Royaume-Uni incluait une activité dans le secteur du crédit, soit une activité de services, mais elle restait toute théorique puisque la société anglaise n'avait aucune activité. Il ressort des conclusions que les fondateurs avaient l'intention de limiter l'activité réelle de la succursale à l'import/export de vins.

Toutefois, l'enseignement de l'arrêt *Centros* a une portée très générale. L'intérêt stratégique majeur qui s'attache pour les entreprises à la liberté d'établissement est celui de choisir le droit applicable le plus favorable, qu'il s'agisse non seulement de droit des sociétés, mais aussi de droit fiscal (830) de régulation sectorielle comme en matière audio-visuelle (831) ou encore de droit du travail (832). À cet égard, l'arrêt *Viking* est particulièrement emblématique (833). La Cour y juge en effet que l'entreprise finlandaise, qui souhaite faire passer un de ses navires sous pavillon estonien afin de pouvoir bénéficier du droit social plus favorable aux employeurs dans cet État, subit une entrave à sa liberté d'établissement lorsqu'elle se heurte à l'action collective déclenchée par un syndicat au titre de sa lutte contre les pavillons de complaisance (834). En d'autres termes, la liberté d'établissement s'entend d'un droit pour une entreprise de choisir son pavillon au mieux de ses intérêts, au sens propre comme au figuré. Par cette jurisprudence, la Cour permet donc aux entreprises de sélectionner de manière stratégique un État d'établissement en créant des situations dites en « U ». Celles-ci sont caractérisées par le fait que, comme dans l'affaire *Centros* ou dans l'affaire *Viking*, une entreprise « originnaire » d'un État membre (Danemark, Finlande), s'établit dans un autre (Royaume-Uni, Estonie), puis déploie son activité dans le premier État évitant ainsi sa législation.

La neutralité du droit de l'Union à l'égard du lien de rattachement d'une société à un droit national (système de l'incorporation ou du siège réel) joue à cet égard un rôle essentiel. Cette neutralité implique en effet qu'un État dont le droit des sociétés repose, comme celui du Royaume-Uni, sur un système d'incorporation ne contrôle pas la réalité de l'activité d'une entreprise établie sur son

(830) CJCE, 12 septembre 2006, *Cadbury Schweppes*, C-196/04, I-7995, pt. 38, jugeant que la circonstance qu'un groupe décide d'établir une société dans un État membre dans le but avoué de bénéficier du régime fiscal favorable que procure un tel établissement ne constitue pas, par elle-même, un abus.

(831) Par exemple CJCE, 5 octobre 1994, *TV10*, C-23/93, *Rec. p.* I-4795 (où la société TV10 cherchait à contourner la législation des Pays-Bas en s'établissant au Luxembourg) ; *VT4*, cité *supra* note 11 (où la société TV4 cherchait à contourner la réglementation de la région flamande en s'établissant au Royaume-Uni).

(832) CJCE, 27 mars 1990, *Rush Portuguesa*, C-113/89, *Rec. p.* I-1417, pt. 12, jugeant qu'un État membre ne peut pas interdire à un prestataire de services établi dans un autre État membre de se déplacer sur son territoire avec l'ensemble de son personnel.

(833) CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union contre Viking Line (« Viking »)*, C-438/05, *Rec. I*-10779.

(834) *Viking*, préc. pts. 72-73.

territoire, laissant ainsi la porte ouverte aux sociétés « boîte aux lettres » ou « écran ». Dans une telle configuration, on peut dire que l'usage stratégique de la liberté d'établissement par les entreprises est protégé par le droit de l'Union. L'usage opportuniste de la liberté d'établissement pour profiter d'un droit favorable mérite d'être distingué de l'exercice de cette même liberté en vue de tirer partie d'une situation de non-droit.

B. – La liberté d'établissement au service du non-droit

L'établissement dans un État membre peut correspondre non à la volonté de bénéficier du droit de cet État, mais plutôt de son laxisme ou de la non-application du droit européen par les autorités nationales. Un exemple de ce type est fourni par l'affaire *Kralowetz*, du nom d'une société autrichienne établie au Luxembourg. Les pratiques de cette société de transports avaient été qualifiées « d'esclavage moderne » par le Parlement européen dans une résolution de 2002 (835). Par la suite, une commission d'enquête parlementaire luxembourgeoise avait établi que les routiers employés par cette société, tous originaires des pays de l'Est, avaient été payés au kilomètre et non à l'heure, contrairement à ce que prévoit la réglementation européenne. L'enquête a également révélé des dysfonctionnements importants au sein du ministère luxembourgeois des transports à l'époque des faits, notamment une allocation imprécise des responsabilités et relevé qu'un premier conseiller du gouvernement disposait « d'un pouvoir discrétionnaire en matière de répartition des autorisations de transport » (836). Dans cette affaire, la concurrence entre droits nationaux n'était pas en cause, les temps de travail et de repos des chauffeurs routiers étant largement harmonisés par une directive (837), du reste dument transposée en droit luxembourgeois. Seules les faiblesses des contrôles

(835) Résolution du Parlement européen sur la situation des chauffeurs routiers bloqués au Grand-Duché de Luxembourg du 4 février 2002, B5-0049/2002, *J.O.* C 284E du 21.11.2002, pp. 310-311.

(836) Rapport parlementaire cité par Maurice FICK, « Les affaires Kralowetz, de la « valise » et de Mondorf-lès-Bains », *Wort* du 12 juin 2012, article accessible à l'url : <http://www.wort.lu/fr/view/les-affaires-kralowetz-de-la-valise-et-de-mondorf-les-bains-4fd78848e-4b0a56cda0dcf01> [consulté le 1^{er} novembre 2012].

(837) Directive 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, *J.O.* L 307 du 13.12.1993, pp. 18-24, modifiée par Directive 2000/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 2000, *J.O.* L 195 du 1.8.2000, pp. 41-45.

opérés à l'époque des faits rendaient l'établissement dans cet État membre attractif pour une entreprise peu scrupuleuse.

Si l'on peut espérer que ce type de stratégie d'évitement, non du droit mais de l'application du droit, n'est pas le plus fréquent, ce serait sans doute pécher par naïveté que d'en ignorer l'existence. À cet égard, le fait que les mécanismes de surveillance mutuelle se développent depuis quelques années en droit de l'Union (voy. *infra*) suggère que ce problème n'est pas anecdotique.

Les raisons de recourir à la libre prestation de services s'inscrivent dans la droite ligne de celles qui conduisent à opter pour la liberté d'établissement. On retrouve en effet les deux composantes qui viennent d'être évoquées à propos de la liberté d'établissement : choix de loi et évitement. Ainsi, la liberté de prester des services se présente comme un instrument dont disposent les entreprises pour contourner des règles de droit national qui leur apparaissent défavorables.

C. – La libre prestation de services comme instrument de contournement du droit

On laissera ici de côté les cas, certainement fréquents, dans lesquels la liberté de prestation de services est choisie simplement parce qu'elle convient au type d'activité qu'une entreprise déploie à titre temporaire dans un État membre autre que celui dans lequel elle est établie. Dans ce cas en effet, l'utilisation de cette liberté n'a rien de particulièrement stratégique. Pour le présent propos, ce sont les raisons de choisir la libre prestation de services dans le cadre d'un montage juridique plus élaboré qui doivent retenir l'attention. À cet égard, la propriété juridique de la libre prestation de services qui intéresse le plus les entreprises tient au fait que le recours à cette liberté permet d'éviter, dans une mesure certaine, les règles de l'État de la prestation. En écho à l'arrêt *Viking* déjà évoqué, l'arrêt *Laval* illustre ce point de manière emblématique (838). Société de droit letton active dans le secteur de la construction, *Laval* disposait d'un établissement en Suède, lequel devait mener à bien le chantier de construction d'une école. Pour réduire les coûts du groupe, la société suédoise n'employait pas les travailleurs qui devaient travailler sur le chantier. C'est la filiale

(838) CJCE, 8 décembre 2007, *Laval un Partneri*, C-341/05, Rec. I-11767.

lettonne qui les engage, puis les détache en Suède pour la durée du chantier, dans lequel elle intervient donc comme prestataire de services. En jugeant que les actions de blocus des syndicats suédois à l'encontre du groupe Laval entravent l'exercice de sa liberté de prester de service, la Cour confirme, s'il en était besoin, que la libre prestation de services permet de contourner le droit de l'État de la prestation, ici le droit social suédois, pris en ses diverses normes, d'origine étatique et non étatique. Dans certains secteurs, comme le transport – aérien, routier ou maritime – de telles stratégies de réduction des coûts par semblent particulièrement fréquentes (839). La liberté de prester des services apparaît alors comme l'instrument permettant aux entreprises de faire jouer le dumping social.

L'utilisation stratégique de la liberté de prester des services ne se limite pas au contournement des règles de droit social. Toutes sortes de règles, notamment fiscales et de régulation sectorielle peuvent être contournées en veillant à prester des services dans un État membre à partir d'un établissement situé dans un autre État membre. De la jurisprudence ressort l'impression qu'il est assez facile pour une entreprise de structurer ses activités de telle sorte qu'elles tombent sous le coup de la libre prestation de services. Cela tient au fait que la Cour semble accorder une importance déterminante à l'existence de contrats, existence qui relève par principe de l'autonomie de la volonté des entreprises concernées. Un exemple issu du secteur des jeux et paris illustrera ce propos.

L'affaire *Dickinger et Ömer* (840) concernait l'entreprise Bet At Home, active dans le secteur des jeux de hasard en ligne en Autriche. La stratégie de cette entreprise visait à contourner une loi autrichienne particulièrement restrictive. En effet, cette loi prévoyait un système d'agrément aux exigences taillées sur mesure pour la loterie nationale, de sorte qu'il existait, en fait, un monopole (841). Selon une jurisprudence bien établie, un tel monopole, quoi que par nature restrictif de la liberté d'établissement, peut néanmoins être compatible avec le droit Union dans l'hypothèse où l'État qui restreint ainsi l'accès à son marché le fait pour assurer

(839) A. DEFOSSEZ, *Délocalisation et détachement : le Dumping Social dans l'Union européenne*, thèse Université de Liège, 2013, à paraître.

(840) CJUE, 15 septembre 2011, *Dickinger et Ömer*, C-347/09, non encore publié au Recueil.

(841) *Dickinger et Ömer*, préc., pt. 18.

un niveau de protection particulièrement élevé d'intérêts légitimes et que sa réglementation est cohérente par rapport à cet objectif. (842) Dans une hypothèse comme celle de la loi autrichienne, un opérateur peut bien sûr envisager de contester la légalité des mesures nationales restrictives, mais cette stratégie contentieuse peut apparaître non seulement longue mais aussi imprévisible, en raison de marge de liberté laissée aux États. Dès lors, les opérateurs seront amenés à préférer des stratégies de contournement, en offrant des services en ligne à partir d'un autre État membre. C'est précisément ce qu'avaient décidé Messieurs Dickinger et Ömer, fondateurs autrichiens du groupe Bet At Home. Outre la société mère, établie en Allemagne, et une société de services informatiques, établie en Autriche, plusieurs filiales de ce groupe furent établies à Malte, où elles obtinrent des licences pour commercialiser des jeux de hasard. Leurs offres de jeux en ligne, disponibles en allemand et accessibles depuis le territoire autrichien, tombaient sous la qualification de prestation de services, le fait que la filiale maltaise faisait appel pour la maintenance de son site à la société autrichienne qui était à l'origine de l'activité étant sans incidence à cet égard (843).

Dans de telles circonstances, on peut à première vue et sur la base des critères traditionnels de qualification, éprouver une certaine perplexité quant à la qualification de prestation de services, car il était évident que le groupe avait une véritable activité économique, non temporaire, dans l'État de la prestation, à savoir l'Autriche. En l'espèce, la société autrichienne exerçait des fonctions support, comme la maintenance du site internet et le service d'assistance aux utilisateurs (844). De telles fonctions répondent à des besoins constants pour le groupe et doivent être assurées en permanence. Si donc la notion d'établissement s'entendait, comme le rappelle régulièrement la Cour, « de manière très large, comme impliquant la possibilité pour un ressortissant communautaire de participer, de façon stable et continue, à la vie économique d'un État membre autre que son État d'origine, et d'en tirer profit, favorisant ainsi l'interpénétration économique et sociale à l'intérieur

(842) CJCE, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International*, C-42/07, *Rec.* p. I-7633, pts. 55-59 ; CJUE, 30 juin 2011, *Zeturf*, C-212/08, *Rec.* p. I-5633, pt. 41 ; CJUE, 8 septembre 2010, *Stoß e.a.*, C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-409/07 et C-410/07, *Rec.* p. I-8069, pts. 81 et 83.

(843) *Dickinger et Ömer*, préc., pt. 38.

(844) *Dickinger et Ömer*, préc., pt 25.

de la Communauté européenne dans le domaine des activités non salariées » (845), on aurait pu penser que la société maltaise avait en Autriche un établissement. Bien sûr, une telle interprétation des faits aurait eu ceci de curieux qu'elle aurait conduit à considérer une société mère comme un établissement d'une de ses filiales. On remarquera toutefois que ce type de requalification n'est pas exclu (846). En outre, une telle qualification pouvait sembler correspondre à la logique économique de l'activité, sinon à la logique sociétaire du montage.

La Cour ne s'attache cependant pas au caractère permanent de l'activité de la société autrichienne ni au fait qu'elle participe de manière stable à la vie économique de cet État. Au contraire – et c'est ce point que nous voudrions souligner – la Cour met en avant le fait que la société maltaise pourrait très bien faire appel à un autre prestataire de services informatiques, y compris un prestataire situé dans un autre État membre que l'Autriche, et ce sans que les clients s'en aperçoivent. Si cette considération est certainement exacte (847), elle paraît néanmoins faire abstraction de la réalité humaine de l'entreprise. En effet, autant qu'on peut le comprendre à la lecture de l'arrêt, le centre de décision du groupe était bien en Autriche, État membre dans lequel résidaient les fondateurs du groupe. En ce sens, la société autrichienne participait sans doute plus réellement à la vie économique autrichienne que la filiale maltaise ne participait à la vie économique de Malte. En réalité, la Cour choisit de s'attacher moins aux liens économiques qui unissent entre elles les sociétés du groupe qu'à certains liens juridiques qui dépendent de la volonté des entreprises. Tel est en effet le cas, d'une part, des liens qui unissent la société maltaise à l'État maltais (incorporation, autorisation de prêter des services) et, d'autre part, du lien qui unit la société maltaise à la société autrichienne, dont la Cour souligne la nature contractuelle. Combinés entre eux, ces éléments aboutissent à une notion très large non de la notion d'établissement, mais bien – contrairement à ce qu'affirme la Cour dans le passage cité plus haut – de la notion

(845) CJCE, 30 novembre 1995, *Gebhard*, C-55/94, *Rec.* p. I-4165, pt. 25. Pour un rappel de cette interprétation large dans le domaine des jeux et paris, voy. p. e. CJUE, 8 septembre 2010, *Stoß*, C-316/07, C-358/07, C-359/07, C-360/07, C-409/07 et C-410/07, pt. 59.

(846) L'arrêt *VT4* cité *supra* nous paraît pouvoir être invoqué en ce sens : les autorités nationales peuvent requalifier une entité en établissement.

(847) De fait, la société autrichienne avait déjà par le passé changé les modalités de sa participation aux opérations du groupe, en abandonnant semble-t-il le service d'assistance téléphonique aux clients.

de prestation de services. En effet, la solution revient à admettre qu'une entreprise peut être présente de façon stable dans un État membre et néanmoins y être considérée comme simple prestataire de services dès lors qu'elle a procédé à un montage sociétaire suffisamment habile.

Les quelques exemples analysés ci-dessus illustrent le fait que les libertés de circulation (établissement et services) sont interprétées par la Cour d'une manière qui permet aux entreprises d'en faire un usage stratégique afin d'échapper à un droit défavorable et d'opter au contraire pour un droit plus clément, voire, dans certains cas, de parier sur l'absence de mise en œuvre effective du droit. Dès lors, la question qui se pose nécessairement est celle des limites aux stratégies des entreprises. À cet égard, il convient de se demander comment les espaces à l'intérieur desquels la créativité juridique des stratégies se déploie sont modelés par le droit.

§ II. – LES ESPACES STRATÉGIQUES MODELÉS PAR LE DROIT

Les espaces dans lesquels se déploient les stratégies d'entreprises sont modelés par le droit, ou plutôt par les droits. C'est en effet dans l'interaction du droit de l'Union avec les droits nationaux que se dessinent leurs frontières. Pour schématiser, on peut distinguer deux mouvements : les stratégies d'entreprises sont à la fois encouragées – essentiellement par le droit de l'Union – (A) mais aussi limitées – par certaines combinaisons des droits nationaux avec le droit de l'Union (B).

A. – Les encouragements aux stratégies des entreprises

Le droit de l'Union ne se contente pas d'instituer des espaces stratégiques pour les entreprises. Il va plus loin en adoptant des règles de fonctionnement de ces espaces, qui facilitent et encouragent ces stratégies. À cet égard, on peut formuler, d'une part, un constat et, d'autre part, une piste de réflexion.

1. *Une politique européenne de réduction des coûts de transaction*

Le constat est particulièrement simple à dresser : le droit de l'Union cherche à favoriser l'exercice des libertés de circulation et,

partant en encourage l'usage, fût-il stratégique. Les mécanismes mis en place à cette fin ne prennent pas toujours la forme de règles de droit. Ce sont tout autant des mesures d'organisation administrative visant à réduire les coûts associés pour les entreprises à l'exercice de leurs libertés de circulation. L'une des premières manifestations de cette approche est le réseau SOLVIT, qui a pour mission d'aider les particuliers – y compris les entreprises – à résoudre de manière amiable et rapide les difficultés qui peuvent résulter d'entraves aux libertés de circulation (848). De la même manière, d'autres mécanismes de coopération administrative visent à faciliter la mise en œuvre des libertés de circulation, notamment en donnant aux titulaires de ces libertés les informations dont ils ont besoin pour élaborer leurs stratégies. La généralisation des guichets uniques au cours des dernières années est emblématique de cette approche (849). À cet égard, et pour s'en tenir aux mécanismes qui concernent spécifiquement les entreprises et sont pertinents pour la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, il faut tout spécialement signaler les guichets uniques mis en place par la directive services. Il s'agit de mettre à la disposition des entreprises un interlocuteur unique par l'intermédiaire duquel elles peuvent accomplir toutes les procédures et formalités nécessaires dans un État membre donné (850).

À travers la mise en place de ces guichets uniques, l'intention du législateur européen est clairement de réduire certains coûts auxquels font face les entreprises lorsqu'elles souhaitent déployer une activité dans un État membre. Il s'agit de coûts de recherche d'information et de mise en conformité avec la réglementation nationale en vigueur. La directive services est même très explicite

(848) SOLVIT a été mis en place en 2001, à partir d'un réseau créé en 1997. Voy. Communication de la Commission au Parlement et au conseil, Un système efficace de résolution des problèmes dans le marché intérieur (« SOLVIT ») COM(2001)702 final. L'objectif de SOLVIT est de résoudre les questions qui sont portées devant les points de contact en dix semaines. http://ec.europa.eu/solvit/site/about/index_fr.htm

(849) Pour ne citer que quelques exemples, des guichets uniques sont prévus par les textes suivants : directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée, *J.O.* L 347 du 11.12.2006, p. 1 ; Règlement (CE) n° 1060/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 sur les agences de notation de crédit, *J.O.* L 302 du 17/11/2009 p. 1 ; Règlement (CE) n° 810/2009 du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 établissant un code communautaire des visas *J.O.* L 243 du 15/09/2009 p. 1 ; Règlement (CE) n° 450/2008 du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 établissant le code des douanes, *J.O.* n° L 145 du 04/06/2008 p. 1.

(850) Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *J.O.* n° L 376 du 27/12/2006 p. 36, considérant 48 et article 8.

à cet égard : les guichets uniques « ont vocation à jouer un rôle important d'assistance au prestataire, soit en tant qu'autorité directement compétente pour délivrer les actes nécessaires pour l'accès à une activité de service, soit en tant qu'intermédiaire entre le prestataire et ces autorités directement compétentes »(851). L'objectif premier du législateur européen est de réduire ces coûts administratifs pour les entreprises qui exercent leur liberté de circulation, mais cela n'empêche pas le dispositif mis en place d'être également disponible pour les entreprises sédentaires. Il est donc de nature à réduire globalement les coûts administratifs de toutes les entreprises. Certes, la directive crée aussi quelques coûts nouveaux, en prévoyant l'obligation pour les entreprises titulaires d'autorisations d'informer le guichet unique de la survenance de certains changements(852) ainsi que l'obligation d'informer directement les destinataires de services d'un certain nombre de données concernant l'entreprise, les organismes régulateurs auxquels elle est soumise, les conditions contractuelles qu'elle propose et les prix des services qu'elle preste(853). Toutefois, et même si l'étude d'impact n'a pas cherché à chiffrer ces coûts de mise en conformité avec le droit nouveau, le bon sens suggère que, globalement, le mécanisme mis en place crée, pour les entreprises, une économie nette de coûts, en particulier de coûts d'information. L'effet attendu de ces économies est certainement que les entreprises évaluent leurs options en prenant d'avantage en considération les opportunités qui impliquent un développement transfrontalier. En somme, il s'agit d'europaniser l'espace dans lequel les entreprises – et non seulement les plus grandes d'entre elles – pensent leurs stratégies.

Il faut souligner que, en mettant en place des mécanismes de coopération administrative comme le guichet unique, le droit européen s'efforce uniquement d'ouvrir l'espace stratégique des entreprises et d'en garantir un bon fonctionnement. Il n'a ni pour objet ni, sans doute, pour effet, d'influencer les stratégies qui peuvent s'y déployer, notamment en termes d'arbitrage entre établissement et prestation de services. Cela n'a du reste rien d'étonnant, puisque

(851) Directive services, préc., considérant 48.

(852) L'article 11 § 3 prévoit que « Les États membres soumettent le prestataire à une obligation d'informer le guichet unique concerné [...] des changements suivants : a) la création de filiales ayant des activités tombant dans le champ d'application du régime d'autorisation ; b) des modifications dans la situation du prestataire ayant pour conséquence que les conditions d'octroi ne sont plus remplies ».

(853) Directive services, article 22.

l'intention affichée du législateur est de supprimer les obstacles à l'exercice des deux libertés et non de favoriser l'une d'entre elles en particulier.

Ceci étant posé, on peut esquisser une piste de réflexion, suggérée par le rapprochement suivant : d'un côté, le droit européen encourage les stratégies européennes des entreprises par une politique de *réduction de certains de leurs coûts* ; d'un autre, il existe en économie une théorie dite des *coûts de transaction*, dont l'objet est de faire le lien entre certains coûts et les stratégies des opérateurs économiques. Dès lors, on peut se demander si un détour par cette approche économique serait de nature à enrichir l'étude de l'impact des règles de droit sur les stratégies d'entreprises dans le marché intérieur. La question reste ouverte et l'on se contente ici de la formuler.

2. *La théorie des coûts de transaction apporte-t-elle un éclairage au droit européen ?*

La notion coûts de transaction a été forgée par l'économiste Ronald Coase (854). Elle se réfère à l'ensemble des coûts de recours au marché, c'est-à-dire les coûts encourus par une entreprise lorsqu'elle décide de se procurer un bien ou un service sur le marché plutôt que de le fabriquer ou de l'organiser en interne. Dans le monde réel, à la différence du modèle de concurrence pure et parfaite, les coûts de transaction ne sont pas nuls. Ils comprennent trois types de coûts : les coûts de recherche et d'acquisition d'informations (p.e. rechercher des partenaires commerciaux), les coûts de négociation et de décision (p.e. de négociation des contrats avec un partenaire) et les coûts de surveillance et d'exécution (p.e. vérification des prestations des partenaires, action en cas de mauvaise exécution). L'existence et l'ampleur de ces coûts ont, en principe, un impact sur les décisions des entreprises. Les décisions auxquelles s'intéresse Coase sont plus particulièrement les arbitrages entre l'organisation d'une activité en interne, au sein de l'entreprise, et le recours à une transaction marchande, typiquement un contrat avec une autre entreprise. Son argument central consiste à dire que les entreprises effectuent ce type de choix en minimisant les coûts de transaction : si le recours au marché est trop coûteux, elles développent plutôt l'activité en interne. La théorie de la firme

(854) R. H. COASE, « *The Nature of the Firm* », *Economica*, 1937, Vol. 4, No. 16., pp. 386-405

consiste ainsi à rendre compte de l'existence d'entreprises par les coûts de recours au marché. Qui plus est, cette théorie cherche à rendre compte des contours de l'entreprise par la dynamique de minimisation des coûts de transaction : une entreprise réalise en interne tout ce qu'il est trop coûteux d'externaliser.

La raison pour laquelle on pourrait penser à établir un lien entre cette théorie et l'étude des stratégies d'entreprises quant à l'utilisation des libertés d'établissement et de prestation de services est la suivante : l'option entre organisation et marché, telle que l'envisage Coase et telle que l'étudie plus précisément Williamson après lui (855), n'est pas sans rapport avec les choix juridiques que font les entreprises en recourant à l'une ou l'autre liberté de circulation. À première vue en effet, créer un établissement revient à développer une activité à l'intérieur d'une entreprise (en créant une filiale ou une succursale), tandis qu'opter pour la libre prestation de services impliquera le plus souvent pour l'opérateur concerné le recours à des contrats avec des partenaires locaux. Pour autant, comme on va le voir, la correspondance entre les catégories économiques et les catégories juridiques n'est pas exacte. En outre, le droit européen s'attache à réduire un type de coût qui n'est pas celui sur lequel les économistes focalisent leur attention. Dès lors, c'est sans doute seulement moyennant de nouveaux développements que la théorie des coûts de transaction pourrait apporter un éclairage à l'étude des politiques de réduction des coûts de transaction comme celle qui est mise en œuvre dans la directive services. En s'attachant aux deux points de décalage qui viennent d'être mentionnés entre questionnement de politique juridique et théorie des coûts de transaction, les remarques qui suivent ne visent à cet égard qu'à esquisser une réflexion dont le déploiement dépasse de beaucoup les limites de cette contribution.

Le premier facteur de décalage tient à la correspondance imparfaite entre les qualifications juridiques et les catégories économiques. Dans la théorie des coûts de transaction, l'hypothèse posée par Williamson est que les entreprises peuvent recourir, au choix, à trois modalités pour développer une activité. La première, à savoir l'intégration correspond à une croissance interne de l'entreprise, par exemple par rachat d'une entreprise existante. S'il s'agit du rachat d'une société existant dans un autre État membre, cela

(855) O. E. WILLIAMSON, *The Economic Institutions of Capitalism*, Free Press, 1985.

correspondra, dans les catégories du droit du marché intérieur, à un investissement, protégé au titre de la liberté d'établissement. La seconde modalité, à savoir le recours au marché, doit être comprise comme le recours à des contrats ponctuels avec des partenaires *ad hoc* déterminés au cas par cas pour chaque transaction. À première vue, cette modalité de contrats de marché (par exemple les contrats dits « *spots* » sur le marché de l'électricité) ne peut correspondre qu'à l'exercice de la libre circulation des marchandises et, dans des cas sans doute minoritaires, à la libre prestation de services. La troisième modalité envisagée dans la théorie des coûts de transaction correspond à une relation d'affaires suivie et en vue de laquelle chacun des partenaires consent des investissements spécifiques (856). Cette modalité correspond clairement à certains cas de recours à la liberté de prester des services. Tel est par exemple le cas lorsqu'un prestataire de services de jeux en ligne fait appel à un partenaire local pour commercialiser ses services, comme le groupe Stanley dans l'affaire *Gambelli* (857), ou pour assurer la maintenance de son site internet, comme la société maltaise dans l'affaire *Dickinger et Ömer* (858). Dans une certaine mesure donc, le choix étudié par les économistes entre recours au développement interne, transaction de marché et formes hybrides (relations contractuelles suivies) correspond aux qualifications du droit du marché intérieur. Schématiquement, le choix de la liberté d'établissement correspond à la préférence de l'entreprise pour l'organisation interne tandis que le choix de la libre prestation de services correspond à une préférence pour des transactions de marché ou des contrats organisés.

Toutefois, la correspondance est imparfaite, ne serait-ce que parce qu'il peut y avoir prestation de services sans contrats – ponctuels ou non – avec des partenaires. Cette possibilité existe notamment dans le cas des services en ligne, où le prestataire peut être un « *pure player* », n'ayant que des contrats avec ses clients établis l'État de la prestation et non avec des partenaires participant à la production ou à la commercialisation du service. À notre avis, ce cas particulier pourrait faire l'objet d'un traitement spécifique et n'invalide pas nécessairement la correspondance qui existe par ailleurs entre établissement et organisation, d'une part,

(856) Le terme de « contrats relationnels » est employé par certains auteurs p.e. Corinne BOISMAIN, *Les contrats relationnels*, P.U.A.M., 2005, Préface de Muriel FABRE-MAGNAN.

(857) préc.

(858) préc.

et services et contrats, d'autre part. À cet égard, il convient de préciser que, dans l'hypothèse du recours à la liberté d'établissement, et dans la mesure où les établissements correspondent à des personnes morales distinctes, il y a bien sûr des contrats entre les différentes sociétés du groupe. Cela n'invalide cependant pas le point de vue de la théorie des organisations, qui ne nie pas la variété des formes juridiques qui permettent l'organisation d'une entreprise ; l'entreprise dans cette perspective correspondant au groupe et non à une société. Quoiqu'imparfaite, la correspondance entre les catégories de la théorie des coûts de transaction et celle du droit de l'Union n'apparaît donc pas si fragile qu'elle serait dépourvue de tout intérêt.

La seconde source de décalage entre questionnement économique et questionnement juridique est plus fondamentale, en ce sens que la théorie des coûts de transaction ne paraît pas équipée pour rendre compte des effets de la politique européenne de réduction des coûts de transaction sur les stratégies d'entreprises. Cela tient au fait que le droit européen s'attache à réduire un type de coût qui n'est pas celui dont les économistes étudient l'incidence. Comme on l'a vu, les coûts qui sont réduits grâce au mécanisme du guichet unique sont des coûts que l'on peut appeler des coûts administratifs pour les entreprises. De tels coûts sont encourus pour être en règle dans un État où une entreprise développe son activité. Ils sont distincts des coûts de recherche d'un partenaire contractuel, de négociation d'un contrat ou de surveillance de son exécution, qui forment l'objet de la théorie des coûts de transaction. Les coûts administratifs réduits par la mise en place de guichets uniques sont réduits de la même manière – ou en tous cas d'une manière *a priori* indistincte – quelles que soient les modalités selon lesquelles une entreprise choisit de développer son activité. Or c'est précisément à l'influence des coûts de transaction, tels que définis plus haut, sur le choix des entreprises entre plusieurs modalités de conduite de leurs affaires que s'intéresse la théorie des coûts de transaction. Dès lors, cette théorie n'a *a priori* rien à dire à propos d'une réduction de coûts qui est neutre par rapport au choix étudié.

Pour autant, le rapprochement entre les stratégies du droit européen et la théorie des coûts de transaction n'est pas nécessairement dépourvu d'intérêt. Il suggère que, si une politique de réduction des coûts comme celle des guichets uniques peut être *a priori* neutre sur le recours à la libre prestation de services ou à la

liberté d'établissement, d'autres mesures envisageables pour favoriser l'intégration économique pourraient ne pas l'être. Tel serait par exemple le cas de dispositifs du type banques d'informations, qui réduisent le coût de la recherche d'un partenaire qualifié dans un autre État membre. Toute chose égale par ailleurs, ce type de dispositif encourage le recours à la libre prestation de services. S'engager dans de telles politiques reviendrait à ne plus seulement créer ou maintenir ouvert un espace stratégique, mais influencer les stratégies elles-mêmes. Il n'est toutefois pas certain que le législateur européen souhaite s'engager dans cette voie. Ce sont plutôt les droits nationaux qui modulent et limitent les stratégies d'entreprise dans l'espace ouvert par le droit européen.

B. – Les limites aux stratégies des entreprises

Les limites aux stratégies que les entreprises peuvent déployer dans le large espace créé par le droit européen procèdent de deux éléments : d'une part, les limites que les États souhaitent imposer aux entreprises en vue de sauvegarder l'effectivité de leur réglementation et, d'autre part, les limites que les États se voient, ce faisant, imposer par le droit européen, avec la participation croissante des autres États.

1. *Les limites imposées par les États : la possibilité de requalifier*

Il ne s'agit pas ici de reprendre l'ensemble de la jurisprudence sur les justifications aux entraves à la liberté d'établissement ou à la libre prestation de services⁽⁸⁵⁹⁾, mais plutôt de mettre en exergue une technique juridique à la disposition des États pour faire échec aux stratégies par lesquelles les entreprises peuvent contourner leur réglementation, à savoir la requalification. Fort utilisée en matière fiscale, la requalification peut aussi être mise en œuvre dans d'autres domaines, comme l'illustre l'arrêt *VT4* déjà évoqué⁽⁸⁶⁰⁾. Cette affaire opposait un opérateur de télévision aux autorités chargées de la régulation de l'audiovisuel dans la région flamande en Belgique. L'opérateur, établi au Royaume-Uni, émettait à partir du territoire de cet État, uniquement à destination du public de la région flamande. La société immatriculée

(859) Voy. dans cet ouvrage la contribution de V. Hatzopoulos.

(860) Note 820 *supra*.

au Royaume-Uni ne prestait aucun service dans cet État membre et disposait en revanche d'une présence structurelle en Flandre. C'est là que les programmes étaient élaborés et qu'étaient gérés les contacts avec les annonceurs. Dans ces circonstances, on comprend que les autorités de la région flamande aient pu souhaiter qualifier cette présence d'établissement, lequel aurait été soumis à la réglementation régionale en vigueur. La Cour admet la validité de l'établissement stratégique au Royaume-Uni, mais elle n'exclut pas la possibilité pour l'État de la prestation de requalifier en établissement secondaire le bureau que le prestataire de services maintient sur son territoire. Dans une telle hypothèse, la requalification ne constitue pas directement un obstacle à l'exercice de la liberté d'établissement (de la société d'origine flamande au Royaume-Uni) ni à la libre prestation de services (de la société anglaise en Belgique). C'est une mesure qui prive le montage de son intérêt stratégique pour l'entreprise et permet à l'État régulateur d'affirmer sa compétence.

Les hypothèses dans lesquelles la Cour a ainsi validé la possibilité pour un État membre de requalifier une prestation de services en établissement sont rares. Ceci est directement lié à la conception restrictive de l'abus retenue par la Cour (861). À cet égard, la jurisprudence sur l'abus de droit donne un point de départ aux stratèges. Dans l'arrêt *Emsland Stärke*, la Cour a posé deux critères de l'abus (862). Il faut, d'une part, un élément objectif, à savoir que l'opérateur respecte formellement les conditions posées par les règles européennes, tout en poursuivant une stratégie qui en déjoue l'objectif. Il faut, d'autre part, un élément subjectif, à savoir l'intention dans le chef de l'opérateur d'obtenir un avantage en créant de façon artificielle les conditions nécessaires. D'un point de vue stratégique, cette double caractérisation de l'abus soulève deux questions : « quels sont les objectifs à ne pas déjouer ? » et « qu'est-ce qui rend une situation 'artificielle' au sens de cette définition ? ». Sur le premier point, on peut remarquer que la Cour a explicité le but de la liberté d'établissement, mais non celui de la libre prestation de services. Toutefois, il serait à notre avis mal venu de chercher à les distinguer. Le but que la Cour assigne à la liberté d'établissement, à savoir « l'interpénétration économique et sociale à l'intérieur de la Communauté européenne dans

(861) Voy. sur ce point la contribution d'A. ILIOPOULOU dans ce volume.

(862) CJCE, 16 mars 2006, *Emsland-Stärke*, Rec. I-2619.

le domaine des activités non salariées »(863) est un but général de construction du marché intérieur. Non seulement il n'est pas propre à une liberté de circulation en particulier, mais n'est même pas propre aux libertés de circulation prises ensemble, puisqu'il est aussi invoqué en lien avec le droit de la concurrence(864). Si, donc, l'on admet que l'interpénétration économique constitue également le but en vue duquel la liberté de prester des services est garantie par le droit de l'Union, il s'en suit que c'est lorsque ce but n'est pas atteint que l'exercice stratégique de cette liberté ou de la liberté d'établissement devrait pouvoir être paralysé par la requalification du montage par les autorités compétentes de l'État de la prestation.

Au regard de la parcimonie avec laquelle la Cour applique ce principe, le rappel dans la directive services de la faculté de requalification dont disposent les États peut apparaître comme une inflexion apportée par le législateur à la jurisprudence. À cet égard, le considérant 37 de cette directive mérite d'être cité. Il indique que « [l]e lieu d'établissement d'un prestataire devrait être déterminé conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, selon laquelle le concept d'établissement implique l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable et pour une durée indéterminée. [...] Un établissement ne doit pas nécessairement prendre la forme d'une filiale, d'une succursale ou d'une agence ; il peut s'agir d'un bureau géré par le propre personnel d'un prestataire ou par une personne indépendante, mais mandatée pour agir de façon permanente pour l'entreprise, comme le ferait une agence. Selon cette définition, qui exige l'exercice effectif d'une activité économique sur le lieu d'établissement du prestataire, une simple boîte aux lettres ne constitue pas un établissement ». Appliqués aux faits de l'arrêt *Centros*, ces principes autoriseraient selon

(863) Cette formulation est issue de la formule constante de la Cour à propos de la notion d'établissement : « La notion d'établissement [...] est une notion très large, impliquant la possibilité pour un ressortissant de l'Union de participer, de façon stable et continue, à la vie économique d'un État membre autre que son État membre d'origine, et d'en tirer profit, favorisant ainsi l'interpénétration économique et sociale à l'intérieur de l'Union européenne dans le domaine des activités non salariées » peut être lue (arrêt du 30 novembre 1995, *Gebhard*, C-55/94, *Rec. p.* I-4165, pt. 25 et, pour la version post-Lisbonne, par exemple, CJUE, 24 mai 2011, C-53/08, *Commission/Royaume-Uni*, pt. 77.

(864) CJCE, 16 septembre 2008, *Sot. Lélos kai Sia e.a.*, C-468/06 à C-478/06, *Rec. p.* I-7139, pt. 65 ; CJCE, 6 octobre 2009, *GlaxoSmithKline Services e.a./Commission e.a.*, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, *Rec. p.* I-9291, pts. 59 et 61 ; CJUE, 4 octobre 2011, *Football Association Premier League*, C-403/08 et C-429/08, non encore publié au Recueil, pt. 139.

nous le registre des sociétés danois à traiter la succursale de la société anglaise créée par les époux Bryne comme établie au Danemark. En ce sens, sous couvert d'un rappel de la jurisprudence, ce considérant de la directive services peut se lire comme une inflexion en faveur des prérogatives des États. Le même paragraphe donne en outre des lignes directrices pour la requalification : « Dans les cas où un prestataire a plusieurs lieux d'établissement, il importe de déterminer à partir de quel lieu d'établissement le service concerné est fourni. Dans les cas où il est difficile de déterminer, entre plusieurs lieux d'établissement, celui à partir duquel un service donné est fourni, le lieu d'établissement est celui dans lequel le prestataire a le centre de ses activités pour ce service précis ». On peut inférer de ce passage qu'il existe en principe pour les États un droit de requalifier en établissement la présence qu'entretient sur leur territoire un prestataire de services dès lors qu'elle constitue le centre effectif de l'activité concernée.

Du point de vue des entreprises, la conséquence est claire : pour pouvoir mettre en œuvre avec une sécurité juridique raisonnable des stratégies d'optimisation au moyen des libertés de circulation, il faut éviter de concentrer toutes les tâches qui contribuent à la fourniture d'un service dans l'État de la prestation. Il convient au contraire de disperser l'activité effective. L'arrêt *Dickinger et Ömer* (865), discuté plus haut, illustre que, de cette manière, les entreprises peuvent contourner une réglementation et échapper à la requalification. En l'espèce, il existait bien une activité dans l'État de la prestation (l'Autriche), et même une activité technique essentielle à la fourniture du service, mais le fait que le site de jeux en ligne soit formellement sous le contrôle de la société incorporée à Malte et titulaire d'une licence maltaise suffisait à faire échapper le groupe à toute tentative de requalification de la part des autorités autrichiennes.

L'équilibre entre préservation de l'espace stratégique ouvert aux entreprises et possibilités pour les États de faire échec à certaines de ces stratégies apparaît caractérisé par une tension entre une approche que l'on pourrait qualifier de substantielle (celle qui sous-tend la requalification par les États membre en fonction d'une réalité économique) et une approche formaliste (explicitée ci-dessus dans la discussion de l'arrêt *Dickinger et Ömer*). Une

(865) Cité *supra* note 838.

telle approche, qui consiste à s'attacher aux situations juridiques créées par une entreprise (choix du lieu d'incorporation, choix du contrat plutôt que de l'intégration) plus qu'à la réalité économique revient à protéger les stratégies des entreprises contre les incursions étatiques.

Cette tension résulte de la différence entre deux manières d'appréhender l'interpénétration économique des marchés. Si l'on s'intéressait à *l'entreprise*, comme le droit de l'Union le fait parfois, notamment en droit de la concurrence, on raisonnerait au niveau du groupe. On éprouverait alors un certain malaise devant le raisonnement tenu par la Cour dans l'arrêt *Dickinger et Ömer* (866), car l'entreprise est véritablement présente de façon stable dans l'État de la prestation, ce qui caractérise en principe un établissement. Mais un tel raisonnement substantialiste ne cadre pas avec la construction originnaire de la notion d'établissement. En effet, la liberté d'établissement a au départ été conçue comme une forme de la libre circulation des *personnes*. C'est la personne morale que constitue chaque *société* d'un groupe – et non l'entreprise dans son ensemble – qui est titulaire de la liberté d'établissement. Dès lors, rien n'empêche les entreprises d'avoir des stratégies consistant à créer des personnes de manière *ad hoc* pour exercer ces différentes libertés de circulation.

Dans cette perspective, modifier le critère de démarcation entre services et établissement serait bien sûr concevable, et peut-être bienvenu, mais cela ne supprimerait pas la possibilité pour les groupes de s'adonner au jeu du mécano sociétaire. Raisonner en termes d'entreprise plutôt que de société modifierait sans doute la donne juridique de manière beaucoup plus radicale, mais ce n'est pas sérieusement envisageable compte tenu de la rédaction des articles 49 et 54 TFUE. Le rattachement de la liberté d'établissement à la libre circulation des personnes apparaît donc comme le plus puissant frein à la possibilité pour les États de faire échec aux stratégies d'entreprises par la technique de la requalification. Ce rattachement est fondamentalement garant d'un formalisme du droit de l'Union en matière d'établissement, en ce qu'il permet

(866) Cet arrêt est pris à titre d'illustration. La même remarque vaudrait, par exemple, pour le raisonnement de la Commission dans l'arrêt *Gambelli*, qui met en avant le fait que le groupe Stanley n'opère pas via des filiales, des succursales ou des bureaux, mais qu'il fait appel à des partenaires *indépendants*, liés par un simple contrat. Ce raisonnement ne semble pas laisser place à un argument pris de l'éventuelle dépendance économique des partenaires. En ce sens, les frontières formelles du groupe et qui résultent de sa stratégie sont respectées.

aux entreprises de créer stratégiquement des personnes morales en vue d'exercer la liberté de circulation la plus favorable aux intérêts du groupe. En somme, la liberté d'établissement garantit aux entreprises la possibilité de créer des personnes morales dans le ou les États membres de leur choix (*forum shopping*), étant entendu qu'est par ailleurs garanti à ces sociétés le droit d'accéder aux marchés de tous les États membres par le moyen le plus commode (*freedom shopping*). Ces principes définissent en quelque sorte l'essentiel des droits garantis aux entreprises au titre des libertés de circulation et limitent singulièrement les possibilités de requalification par les États (867). Les prérogatives des États sont en outre limitées par un mécanisme qu'il convient de mentionner brièvement: le surveillance mutuelle.

2. Les pressions sur les États : la surveillance mutuelle

Les *hard limits* que les États membres doivent respecter lorsqu'ils régulent l'activité des entreprises sur leur territoire résultent de l'interprétation donnée par la Cour des justifications expresses du traité et des raisons impérieuses d'intérêt général, avec leur cortège de contrôles (de proportionnalité et de cohérence) (868). À côté de ces limites bien connues, il existe aussi des *soft limits*, moins formalisées, plus récentes et moins transparentes. Il s'agit des pressions ou des incitations au changement qui peuvent survenir de la part d'autres États membres dans le cadre la surveillance mutuelle, dont la directive services donne, là aussi, le modèle. L'article 39 de la directive prévoit une évaluation mutuelle des mesures prises par les États membres lors de la phase de mise en conformité de leur droit avec la directive services.

Ce mécanisme n'en est qu'à ses débuts et l'on manque assurément encore de recul pour en évaluer les effets. Tout au plus, peut-on penser que l'expérience de la coopération engagée à cette occasion sera probablement étendue dans le temps et à d'autres textes, ainsi qu'ajustée à la marge, notamment en ce qui concerne la définition des groupes d'États qui observent mutuellement leurs efforts et la transparence du processus (initialement des groupes de cinq États ont été formés, sans que la logique de formation de

(867) On emprunte ici à dessein la terminologie de l'arrêt *Zambrano*, tout en l'employant comme critère de fond et non comme critère de rattachement au droit de l'Union. CJUE, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, C-34/09.

(868) Sur tous ces points, voy. la contribution de V. Hatzopoulos dans ce volume.

ces groupes apparaisse clairement aux intéressés). Au regard du présent propos, l'intérêt de la surveillance mutuelle réside dans le fait que ce mécanisme crée un nouvel espace de discussion, qui pourra contribuer à influencer la manière dont les États modèlent, par leurs réglementations comme par leurs pratiques administratives, les espaces stratégiques ouverts à la créativité juridique des entreprises. Outre la voix des entreprises, qui se fait entendre à travers le contentieux et le lobbying, la voix des administrations dispose désormais elle aussi d'un forum. Les États se feront-ils les avocats de leurs entreprises auprès des autres États ? Les administrations affineront-elles, à l'occasion des échanges avec leurs homologues, leur doctrine et fortifieront-elles de cette manière leur position face aux entreprises ou face à la Commission ?

Il faudra être attentif aux pratiques pour le savoir. D'ici là, on peut retenir que les espaces stratégiques à l'intérieur desquels les entreprises déploient leurs activités transfrontalières ne sont pas seulement modelés par l'interaction verticale des politiques nationales avec règles du marché intérieur. Ils le sont aussi, et le seront peut-être davantage à l'avenir, par la dynamique horizontale de la surveillance mutuelle des États membres.

CONCLUSION

Au terme de cette analyse, il apparaît que, du point de vue des stratégies d'entreprises, la question cruciale n'est pas tant celle des différences entre la liberté d'établissement et la libre prestation de services que celles des combinaisons intéressantes et licites de l'une et de l'autre. Il est néanmoins intéressant de réordonner les considérations qui précèdent autour de la question qui structure cet ouvrage. À cet égard, un premier constat s'impose : les différences entre la liberté d'établissement et la libre prestation de services constituent la raison d'être de stratégies juridiques des entreprises : c'est parce que ces libertés ont des conséquences différentes sur le droit applicable qu'il est intéressant d'en faire un usage stratégique. Ceci étant posé, ces deux libertés présentent avant tout des similitudes du point de vue de leur fonctionnement. Ce sont, du point de vue du marché intérieur, deux outils alternatifs en vue d'une même fin, à savoir l'interpénétration des économies nationales. Ce sont donc les mêmes considérations qui seront déterminantes dans l'un et l'autre cas lorsqu'il s'agit d'apprécier le caractère abusif de

l'exercice de l'une ou l'autre liberté. Ces libertés sont traitées de la même manière non seulement dans la jurisprudence, au regard de la qualification d'entrave et des justifications admissibles, mais aussi au regard des politiques d'encouragement mise en œuvre par le législateur européen. Ainsi, la politique de réduction des coûts de transaction mise en œuvre dans le cadre de la directive services vise spécifiquement à réduire un type de coûts de transaction (que nous avons appelé coûts de transaction administratifs) qui se caractérise par sa neutralité au regard du choix entre liberté d'établissement et libre prestation de services. Le dispositif européen encourage ainsi les stratégies d'entreprises dès lors qu'elles sont transfrontalières et sans chercher à les influencer en faveur du recours à l'une ou l'autre liberté. À cet égard, l'espace à l'intérieur duquel se déploient les stratégies d'entreprises apparaît modelé par trois séries de considérations. Premièrement, la dynamique d'ouverture du droit européen crée et maintient cet espace largement ouvert. Cette ouverture se justifie par les buts premiers du marché intérieur et s'explique, d'un point de vue juridique, par le rattachement de la liberté d'établissement à la libre circulation des personnes. En effet, ce rattachement oblige à raisonner en termes de personne morale titulaire de libertés de circulation et non en mettant au centre du raisonnement l'entreprise, qui crée – stratégiquement – des sociétés. Ce mode de raisonnement, ancré dans la lettre du traité, facilite grandement les stratégies d'entreprises, qui peuvent, somme toute assez facilement, contourner les législations nationales par des montages sociétaires habiles. Deuxièmement, l'espace stratégique est façonné par les règles nationales, qui peuvent, sous réserve de justification et de proportionnalité, maintenir des entraves aux libertés de circulation, y compris en requalifiant des situations juridiques créées par les entreprises. À cet égard, la directive services, en dépit de son objectif d'ouverture, paraît marquée par une tonalité moins restrictive que la jurisprudence. Enfin, troisièmement, l'espace stratégique dans lequel se meuvent les entreprises est animé par une dynamique horizontale, qui sera celle de la coopération administrative entre États membres dans le cadre de la surveillance mutuelle. La direction que prendra cette coopération n'est pas encore clairement tracée, mais on peut penser qu'il s'agit d'un nouveau mode de conciliation entre les deux mouvements précédemment décrits : le mouvement d'ouverture qui caractérise structurellement le droit européen et la dynamique de protection par les États d'intérêts autres que ceux de la libre circulation.