

ARTICLE

7

Contestation des actes des institutions de l'UE susceptibles de porter atteinte à l'environnement et à la santé humaine : un pas en avant, deux en arrière

Nicolas De Sadeleer et Charles Poncelet

RTDEur.

Revue trimestrielle de droit européen

ARTICLE

35

L'accès des mineurs non accompagnés à la protection dans les États membres de l'Union européenne

Perrine Dumas

COMMENTAIRES

77

Le champ d'application de l'article 41 de la Charte (droit à une bonne administration)

Diana-Urania Galetta

87

Autour de la décision de la Cour constitutionnelle allemande (Bundesverfassungsgericht, 2 BvR 1390/12) : Regard de politiste

Antoine Vauchez

ref : 571301



DAJLOZ

Marché intérieur

(Libre circulation des marchandises, libre prestation de services, droit d'établissement et libre circulation des capitaux)

Juillet -
Décembre 2012

Anne-Lise Sibony

Professeur, co-directrice de l'Institut d'études juridiques européennes (IEJE), Université de Liège

Alexandre Defossez

Assistant à l'Institut d'études juridiques européennes (IEJE), Université de Liège

1. Effet direct horizontal de la libre circulation des marchandises

(CJUE 12 juill. 2012, *Fra.bo SpA*, C-171/11, non encore publié au Recueil)

Mots-clés | Effet direct horizontal - Mesure d'effet équivalent - Certification.

Dans une affaire opposant une entreprise à un organisme privé délivrant des certificats de conformité de certains matériaux de construction, la Cour reconnaît, à certaines conditions, la possibilité de donner un effet direct horizontal à l'article 34 TFUE.

L'affaire *Fra.bo* oppose un importateur de raccords de canalisation à un organisme privé de certification allemand. Il apparaît que les raccords de canalisation ne font pas l'objet de normes harmonisées au niveau européen : les États demeurent donc libres, dans le respect des règles du Traité, d'imposer leurs propres normes de certification¹. *Fra.bo* avait effectué, en 1999, une demande de certification de ses produits auprès de la Deutscher

Verein des Gas- und Wasserfaches eV (ci-après « DVGW »), une association de droit allemand dont l'objectif est la promotion des professions du gaz et de l'eau. Cette association établit des normes techniques pour les produits du secteur et délivre également des certificats de conformité. Les produits de *Fra.bo* ont, dans un premier temps, été certifiés mais cette certification leur a été retirée en 2005, suite à une modification des normes applicables. Or, ce retrait a des conséquences importantes : en vertu du droit allemand, le certificat délivré par DVGW emporte en effet présomption de conformité des produits en question à la législation allemande. La société *Fra.bo* conteste donc le refus de prolongation du certificat, au motif, notamment, que

(1) V. égal., sur cette question, le commentaire de l'aff. *Elenca*, dans cette chronique, *infra* n° 2.

celui-ci constitue une entrave à la libre circulation des marchandises. L'existence d'une entrave à la libre circulation est avérée : le refus d'accorder à des produits un certificat emportant présomption de conformité d'un produit à la législation allemande dissuade l'importation de ces produits sur le territoire allemand ².

Toutefois, le nœud juridique de cette affaire ne concernait pas tant la qualification de l'entrave que la possibilité d'appliquer les règles du Traité à un organisme privé de certification. C'est sur ce point que l'arrêt *Fra.bo* est important : la Cour reconnaît cette possibilité, ouvrant la voie à une application horizontale de la libre circulation des marchandises.

L'avocat général s'était longuement attaché à cette question dans ses conclusions. Retraçant l'évolution de la jurisprudence, Madame Trstenjak avait constaté que, en l'état actuel de la jurisprudence, la question de l'application horizontale de la libre circulation des marchandises n'avait pas encore été réglée dans une situation telle que celle au principal ³. En effet, l'avocat général constate que l'application horizontale des libertés varie selon les circonstances et les libertés en cause. Ainsi, les libertés trouvent à s'appliquer à certains organismes privés lorsque ceux-ci sont en fait contrôlés ou financés par l'État ⁴ ou lorsque l'État a délégué des prérogatives de puissance publique à ceux-ci ⁵. Il s'agit d'éviter qu'un État n'entrave le commerce intra-européen en s'abritant derrière le paravent d'un organisme privé.

Ensuite, la Cour a reconnu, dans le cadre de la libre prestation de services, du droit

d'établissement et de la libre circulation des travailleurs, que les décisions d'organismes (syndicat ⁶ ou association sportive ⁷) qui n'ont pas un caractère public mais qui édictent des règles destinées à encadrer, de manière collective, l'exercice de ces libertés sont soumises au respect du traité. À cet égard, et dans le domaine de la libre circulation des travailleurs, la Cour est allée plus loin en admettant, dans l'arrêt *Angonese*, que le refus discriminatoire d'un employeur de recruter un candidat pouvait constituer une entrave à la libre circulation : il ne s'agit pas ici de l'édictation de règles destinées à encadrer de manière collective l'accès à l'emploi mais bien de la décision individuelle d'un employeur ⁸. Cette dernière jurisprudence n'a toutefois été réitérée qu'à une seule reprise ⁹.

Enfin, dernière hypothèse, dans certaines situations mettant en cause l'action de particuliers, l'État peut être tenu responsable de son inaction face à des agissements qui entravent la libre circulation ¹⁰. Ainsi, un État qui ne prendrait pas les mesures nécessaires afin d'encadrer les protestations qui entraîneraient un blocage du flux de certaines marchandises importées sur son territoire, manquerait aux obligations qui découlent du Traité ¹¹. Il ne s'agit pas, ici, d'un véritable effet direct horizontal mais plutôt d'un succédané à l'absence d'effet direct horizontal des dispositions du Traité relatives à la libre circulation des marchandises, puisque c'est bien la responsabilité de l'État, en tant que garant de la libre circulation, qui est mise en cause et non celle des particuliers (grévistés, manifestants...) à l'origine du blocage.

(2) Arrêt *Fra-bo*, point 22.

(3) Concl. av. gén., sous *Fra-bo*, préc. points 29 s.

(4) CJCE 24 nov. 1982, *Commission c/ Irlande*, 249/81, Rec. 4005 et CJCE 5 nov. 2002, *Commission c/ Allemagne*, C-325/00, Rec. I-9977.

(5) CJCE 8 mai 1989, *Association of Pharmaceutical Importers e.a.*, C-266/87 et 267/87, Rec. 1295.

(6) CJCE 11 déc. 2007, *Viking*, C-438/05, Rec. I-10779.

(7) CJCE 16 mars 2010, *Olympique Lyonnais*, C-325/08, Rec. I-2177.

(8) CJCE 6 juin 2000, *Angonese*, C-281/98, Rec. I-4139.

(9) CJCE 17 juill. 2008, *Racanelli*, C-94/07, Rec. I-5939.

(10) CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, C-112/00, Rec. I-5659.

(11) CJCE 9 déc. 1997, *Commission c/ France*, C*265/95, Rec. I-6959.

À la lecture de cette jurisprudence, toujours en cours d'élaboration, il apparaît que la question du contrôle, à l'aune de la libre circulation des marchandises, de l'activité d'un organisme de certification privé ne s'était donc jamais posée. La Cour reconnaît l'applicabilité de l'article 34 TFUE à l'activité de la DVGW. Plusieurs éléments sont retenus par la Cour pour étayer cette conclusion. Premièrement, un élément décisif est le fait que la certification accordée par cet organisme fait présumer, en vertu du droit allemand, de la conformité du produit avec la législation de cet État ¹². Deuxièmement, le simple fait qu'un acte d'un organisme privé entrave le commerce interétatique n'est semble-t-il pas un élément suffisant pour l'article 34 TFUE applicable. La Cour indique en effet que « la DVGW détient en réalité, du fait notamment de son habilitation à certifier les produits, le pouvoir de réglementer l'entrée sur le marché allemand de produits tels que les raccords en cuivre en cause au principal » ¹³.

À la lecture de cet attendu, il ne semble donc pas que l'ensemble des activités des particuliers susceptibles d'entraver le commerce seront soumises aux règles du traité. Il demeure exigé que ces activités privées impliquent une forme de pouvoir réglementaire sur l'accès au marché national des marchandises importées. L'effet direct horizontal de l'article 34 TFUE n'est donc pas total. Ainsi, par exemple, le refus par un commerçant de vendre certaines marchandises importées ne saurait constituer une entrave illicite, à défaut pour celui-ci de disposer d'un tel pouvoir réglementaire ¹⁴. Il apparaît donc que, sous réserve de développements ultérieurs, la jurisprudence *Angonese* ne trouve pas à s'appliquer en dehors de la libre circulation des travailleurs.

La jurisprudence *Fra.bo* peut être rapprochée de la jurisprudence relative aux délégations de pouvoir effectués par l'État au profit de certains organismes privés (la présomption de conformité est en effet un élément important dans le raisonnement de la Cour), mais également de la jurisprudence relative à certains organismes privés qui édictent des normes à caractère réglementaire (le raisonnement de la Cour insiste sur l'impact des décisions de la DVGW sur l'accès au marché des produits). Ce double rapprochement soulève des interrogations. En effet, selon que l'on rattache principalement cet arrêt à l'une ou l'autre ligne de jurisprudence, sa portée n'est pas la même ¹⁵. Plus précisément, c'est l'auteur de la violation de l'article 34 TFUE qui reste à identifier. Est-ce uniquement la responsabilité de la DVGW qui est mise en cause ou celle, à travers elle, de l'État allemand, qui aurait délégué une forme de pouvoir réglementaire à cet organisme ? Le doute sur ce point pourrait avoir des conséquences en ce qui concerne la possibilité, pour la société lésée, de chercher à obtenir réparation du dommage subi du fait de la violation du droit européen.

L'on pourra également regretter que la Cour n'ait pas profité de cette affaire pour clarifier les conditions d'application des libertés de circulation aux actes posés par des particuliers. L'avocat général avait ainsi relevé avec justesse le flou qui entoure, notamment, la possibilité pour les particuliers de faire valoir certaines justifications afin de justifier l'entrave aux libertés qui leur est reprochée ¹⁶. Ainsi, un particulier peut-il se prévaloir des justifications tirées du traité et des raisons impérieuses d'intérêt général ? S'il peut le faire, comme cela semble résulter de l'arrêt

(12) Arrêt *Fra-bo*, points 27 et 28 : cet organisme est du reste le seul à bénéficier de cette présomption.

(13) Arrêt *Fra-bo*, point 31.

(14) Dans le même sens, V. concl. av. gén. Maduro sous *Viking*, préc. au point 42.

(15) Sur les choix doctrinaux que suppose ce type de rapprochement, V. B. Bertrand, Les blocs de jurisprudence, RTD eur. 2012. 741.

(16) Concl. préc. points 51 s.

*Bosman*¹⁷, est-il soumis aux mêmes limitations que l'État quant au champ d'application de ces dernières ? Pourrait-il par ailleurs chercher à invoquer certains droits reconnus dans la Charte des droits fondamentaux afin de justifier une entrave aux libertés de circulation (on songe en particulier à la liberté d'ex-

pression, la libre entreprise ou le droit de propriété) ? Autant de questions qui restent pour l'heure sans réponses claires et qui donneront lieu, à n'en pas douter, à de futures questions préjudicielles.

A. D.

2. Prise en compte de la reconnaissance mutuelle : à quel stade du raisonnement ?

[CJUE 18 oct. 2012, *Elenca Srl*, C-385/10, non encore publié au Recueil et CJUE 6 sept. 2012, *Commission c/ Belgique*, C-150/11, non encore publié au Recueil]

Mots-clés | Reconnaissance mutuelle - Entrave - Proportionnalité.

Plusieurs affaires, qui mettent en cause la bonne mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle par les États, donnent l'occasion d'analyser à quel stade du raisonnement de la Cour la prise en compte de ce principe doit intervenir. À l'analyse, il apparaît que la Cour l'emploie aussi bien au stade de la qualification de l'entrave qu'au stade de la justification de celle-ci.

Le principe de reconnaissance mutuelle est un principe bien établi en droit européen. Rappelons que l'invention¹⁸ de celui-ci a été attribuée à la célèbre jurisprudence dite *Cassis de Dijon*¹⁹, bien que cette expression ne se trouve pas dans cet arrêt²⁰. Ce principe découle d'un attendu de la Cour selon lequel il n'y a « aucun motif valable d'empêcher que des boissons alcoolisées, à condition

qu'elles soient légalement produites et²¹ commercialisées dans l'un des États membres, soient introduites dans tout autre État membre sans que puisse être opposée, à l'écoulement de ces produits, une prohibition légale de commercialiser des boissons comportant un degré d'alcoolisation inférieur à la limite déterminée par la réglementation nationale »²².

Cette obligation de prise en compte des contrôles et prescription édictées dans un autre État membre afin d'accorder (ou de refuser) la libre circulation de certains produits découle de la nécessaire confiance mutuelle qui doit régner entre États²³. Si un produit est valablement mis sur le marché de l'un, les autres États doivent, à défaut de démontrer pourquoi il ne pourrait pas en être ainsi, admettre celui-

(17) CJCE 15 déc. 1995, *Bosman*, C-415/93, Rec. I-4921, point 104.

(18) Ce principe existait déjà, mais uniquement dans le cadre plus limité de la reconnaissance des diplômes (art. 57.1 du Traité de Rome sur base duquel des directives de reconnaissance mutuelle de qualifications ont été adoptées. V., par ex., dir. 75/362/CEE du Conseil, du 16 juin 1975, visant à la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres de médecin et comportant des mesures destinées à faciliter l'exercice effectif du droit d'établissement et de libre prestation de services, JOCE L 167, p. 1-13).

(19) CJCE 20 févr. 1979, *Rewe-Zentral*, 120/78, Rec. 649. V. Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt CJCE 20 févr. 1979, 120-78 (« *Cassis de Dijon* »), JOCE 1980, C 256, p. 2-3.

(20) Elle sera toutefois utilisée dans l'affaire « *Foie gras* » (*infra*) et dans d'autres arrêts depuis lors (V. CJCE 10 févr. 2009, *Commission c/ Italie*, C-110/05, Rec. I-519, point 34).

(21) Il faut lire « ou » (V. A. Fromont et C. Verdure, La consécration du critère de l'« accès au marché » en matière de libre circulation des marchandises : mythe ou réalité ?, RTD eur. 2011. 722).

(22) Point 14 *in fine*.

(23) V. P. Cramer, Reflections on the Roles of Mutual Trust in EU Law, in M. Dougan et S. Currie (éd.), 50 Years of the European Treaties. Looking Back and Thinking Forward, Oxford, Hart, 2009, p. 51 s.

ci sur leur marché. Si le principe est donc déjà ancien, son application concrète continue à soulever des questions. En particulier, le stade du raisonnement de la Cour auquel celui-ci doit être pris en compte est ainsi variable selon les arrêts.

Dans le cadre de l'application du principe de reconnaissance mutuelle, il existe une imbrication étroite entre la qualification de la mesure en tant que mesure d'effet équivalent et la vérification de sa justification et de sa proportionnalité. Ainsi, dans l'arrêt « *Cassis de Dijon* », la reconnaissance mutuelle est tout d'abord évoquée au stade de la qualification de la mesure l'évaluation de la justification de la mesure. Selon la Cour, « relève également de l'interdiction prévue [à l'article 34 TFUE] la fixation d'une teneur minimale en alcool pour les boissons spiritueuses [...], lorsqu'il s'agit de l'importation de boissons alcoolisées légalement produites et commercialisées dans un autre État membre »²⁴. Dans le même temps, la reconnaissance mutuelle intervient également au stade de la justification. La Cour considère en effet qu'il n'existe « aucun motif valable d'empêcher que des boissons alcoolisées, à condition qu'elles soient légalement produites et commercialisées dans l'un des États membres, soient introduites dans tout autre État membre sans que puisse être opposée [...] une prohibition légale de commercialiser des boissons comportant un degré d'alcoolisation inférieur à la limite déterminée par la réglementation nationale »²⁵. Ainsi, le principe de reconnaissance mutuelle est tout autant employé au stade de la qualification de la mesure qu'au stade de sa justification.

L'on peut illustrer l'utilisation de la reconnaissance mutuelle au stade de la qualification de l'entrave à la lecture d'une affaire récente, opposant la Commission européenne à la Belgique²⁶. Dans cette affaire, la Belgique était notamment poursuivie pour avoir mis en place un système de contrôle technique obligatoire préalable à la ré-immatriculation de véhicules d'occasion étrangers. La Belgique ne tenait pas compte, dans le cadre de cette procédure, des contrôles effectués dans le pays d'origine des véhicules importés²⁷.

La Cour constate que l'exigence d'un contrôle technique préalable n'entre pas dans le champ d'application de la directive 2009/40 relative au contrôle technique des véhicules²⁸. La réglementation belge n'entrant pas dans le champ d'application de la directive 2009/40, c'est à l'aune de l'article 34 TFUE que la Cour procède à l'analyse des mesures en cause dans cette affaire. Dans ce cadre, la Cour considère qu'une exigence de contrôle technique constitue une entrave à la libre circulation des marchandises : « en imposant un contrôle technique obligatoire des véhicules, préalablement à l'immatriculation de ceux-ci par un autre propriétaire, les autorités belges soumettent à ce contrôle, de manière générale et systématique, tous les véhicules d'occasion qui changent de propriétaire, précédemment immatriculés dans d'autres États membres, et cela sans tenir aucunement compte d'éventuels contrôles déjà effectués par ces derniers. Dès lors, ce contrôle non périodique, en ce qu'il s'ajoute aux contrôles techniques récemment effectués dans

(24) Point 15, nous soulignons.

(25) Point 14 *in fine*, nous soulignons.

(26) CJUE 6 sept. 2012, *Commission c/ Belgique*, C-150/11, non encore publié au Recueil.

(27) En outre, la Commission considérait que la Belgique manquait aux obligations découlant de la directive 1999/37 en exigeant, outre la production du certificat d'immatriculation, la production du certificat de conformité du véhicule (dir. 1999/37/CE du Conseil, du 29 avr. 1999, relative aux documents d'immatriculation des véhicules, JOUE L 138, p. 57 telle que modifiée par dir. 2006/103/CE du Conseil, du 20 nov. 2006, JOUE L 363, p. 344). En l'occurrence, la Cour considère que l'exigence systématique des documents de conformité « revient à vider de toute substance le principe de reconnaissance des certificats d'immatriculation délivrés par d'autres États membres, tel que prévu à l'article 4 de la directive 1999/37 » (point 77).

(28) Dir. 2009/40/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 relative au contrôle technique des véhicules à moteur et de leurs remorques (refonte) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), JOUE L 141, p. 12.

d'autres États membres sans reconnaissance de leur résultat, peut dissuader certains intéressés d'acheter de tels véhicules provenant d'autres États membres »²⁹.

L'on remarque que le refus par la Belgique de tenir compte de contrôles effectués dans le pays d'origine est considéré comme un élément permettant d'établir l'existence d'une entrave au commerce, donc d'une mesure d'effet équivalant. Toutefois, dans cette affaire, la Cour ne fait pas référence au principe de reconnaissance mutuelle. Contrairement à l'affaire *Elenca* dont il sera question *infra*, la Cour ne fait pas référence à l'obligation de respect du principe de reconnaissance mutuelle mais considère, plus sobrement, que « l'interdiction des mesures d'effet équival[a]nt [...] vise toute mesure des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire »³⁰. Malgré cette absence de référence directe au principe de reconnaissance mutuelle, c'est bien le refus de « reconnaissance » des contrôles techniques récents effectués dans le pays d'origine qui constitue, selon la Cour, un élément dissuasif à la libre circulation. De la même manière, dans l'arrêt *Vale*, ci-dessous commenté, c'est le refus d'un registre des sociétés de tenir compte des documents émanant d'un autre État membre qui constituerait une entrave à la liberté d'établissement.

S'agissant de la justification, et de la proportionnalité de la mesure, la Cour admet, de manière critiquable, les justifications impérieuses avancées par la Belgique relatives à la protection du consommateur, de l'environnement et de la sécurité routière. L'on peut s'étonner

que, s'agissant d'une mesure qui, ostensiblement, ne s'appliquait qu'aux seuls véhicules importés, la Cour admette l'invocation de raisons impérieuses. En principe, dans une telle situation, seules les justifications tirées du traité peuvent trouver à s'appliquer. Ce principe tend toutefois à s'effriter, cet arrêt en étant une illustration supplémentaire. Quoi qu'il en soit, la Cour considère que la mesure belge est disproportionnée. La Belgique n'a notamment pas démontré en quoi les véhicules importés, qui changent de propriétaire, présenteraient un risque accru pour la sécurité routière par rapport aux véhicules qui ne changent pas de propriétaire ou aux véhicules dont le propriétaire est belge. Ceux-ci présentent potentiellement les mêmes risques et ne sont pourtant pas soumis à de telles obligations : c'est donc l'aptitude de la mesure à atteindre un objectif de sécurité routière qui est ici remise en cause.

L'imbrication étroite de la qualification et de la proportionnalité de la mesure dans le cadre de la reconnaissance mutuelle apparaît de manière plus nette dans l'arrêt *Elenca*³¹. Dans cette affaire, une circulaire interdisait la commercialisation, en Italie, de produits sur lesquels le marquage CE n'était pas apposé. La société *Elenca* importait, depuis la Hongrie, des gaines de cheminée therm durcies qui n'étaient pas revêtues de ce marquage. Or, il est rapidement apparu, que, en vertu de la directive applicable en l'espèce³², les gaines de cheminée ne font l'objet ni d'une norme harmonisée ou d'un agrément technique européen ni d'une spécification technique nationale reconnue au niveau de l'Union au sens de la directive : il était donc tout simplement impossible que le marquage CE soit appliqué sur le produit en cause.

(29) Arrêt commenté, point 51.

(30) Arrêt commenté, point 50.

(31) CJUE 18 oct. 2012, *Elenca Srl c/ Ministero dell'Interno*, C-385/10, non encore publié au Recueil.

(32) La directive 89/106/CEE du Conseil, du 21 déc. 1988, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres concernant les produits de construction (JOCE 1989, L 40, p. 12), telle que modifiée par régl. (CE) n° 1882/2003 du Parlement européen et du Conseil, du 29 sept. 2003 (JOUE L 284, p. 1).

Le raisonnement de la Cour ne s'arrête toutefois pas là. En l'absence d'une norme harmonisée, il demeure loisible aux États de protéger, au moyen de normes techniques nationales, la sécurité publique et la santé des personnes. Toutefois, il leur appartient de veiller à ce que ces exigences demeurent proportionnées par rapport aux objectifs poursuivis³³. Or, sur ce point, l'Italie a sans conteste manqué à ces obligations.

La Cour considère que « l'article 34 TFUE reflète l'obligation de respecter les principes de non-discrimination et de reconnaissance mutuelle des produits légalement fabriqués et commercialisés dans d'autres États membres ainsi que celle d'assurer aux produits de l'Union un libre accès aux marchés nationaux »³⁴. Et la Cour de constater que « la condition relative au marquage CE, prévue par les dispositions nationales pertinentes, bien qu'applicable sans distinction, interdit la commercialisation en Italie des produits de construction litigieux, commercialisés légalement dans d'autres États membres ». Ce faisant, la Cour fait du non-respect du principe de reconnaissance mutuelle, l'une des obligations qui découle de l'article 34 TFUE. La reconnaissance mutuelle joue donc, ici aussi, un rôle central au stade de la qualification de la mesure nationale.

Dans le même temps, s'agissant de la justification éventuelle de l'entrave, la Cour relève que, « en empêchant, en amont, l'application même du principe de reconnaissance mutuelle des produits pour lesquels le législateur européen n'a pas procédé à une pleine harmonisation ou à l'établissement d'agréments tech-

niques européens [et] en interdisant le contrôle du respect, par les produits litigieux, des exigences de sécurité requises sur la base des procédures d'homologation et de certifications réalisées dans l'État membre d'origine, va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif de sécurité recherché »³⁵. Le refus de mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle intervient donc également au stade de l'évaluation de la proportionnalité de la mesure. Tout se passe comme si le refus de reconnaissance mutuelle était un indice de gravité particulière de l'entrave, et que la gravité rendait à son tour quasi-automatique l'appréciation négative de la proportionnalité³⁶.

À notre estime, ce n'est toutefois pas exactement le même aspect du principe de reconnaissance mutuelle qui est cause dans les deux stades du raisonnement. Au stade de la qualification de la mesure, c'est plutôt la disparité des normes applicables dans les deux États qui, par effet d'entrave, entraîne la qualification de mesure d'effet équivalent. Au stade de la justification, c'est le refus (ou l'impossibilité *in casu*) de prendre en compte les contrôles et autorisations auxquels ont été soumis les produits dans leur pays d'origine qui entraînent une disproportion de la mesure en cause. La confusion entre les deux stades du raisonnement apparaît dans l'arrêt *Elenca* lorsque la Cour considère que, l'entrave étant automatique et absolue, elle est donc disproportionnée par rapport à un objectif de protection de la sécurité et de la santé des consommateurs³⁷. En effet, ce constat ne concerne pas tant la proportionnalité que l'intensité de l'entrave à l'accès au marché.

(33) V. par ex. CJCE 27 juin 1996, *Brandsma*, C-293/94, Rec. I-3159, point 11 et CJCE 10 nov. 2005, *Commission c/ Portugal*, C-432/03, Rec. I-9665, point 44.

(34) Point 23 de l'arrêt commenté.

(35) Point 29 de l'arrêt commenté.

(36) Sur la notion de gravité d'une entrave et l'imbrication entre l'étape de la qualification d'entrave et celle de la justification, V. M. Fallon et D. Gérard, *Trailing the Trailers in search for a typology of barriers : sketching a scale of relative gravity and exploring its implications*, RED consom. (n° spécial édité par L. Gormley, P. Nihoul et E. Van Nieuwenhuyze, *What Standards After Keck : Free movement provisions and national rules affecting consumer usage or trade access*), 2/2012. 249.

(37) Arrêt *Elenca*, points 28 s.

Celle-ci étant absolue, on peut considérer que, plus qu'une mesure d'effet équivalent, il s'agit ici d'une restriction quantitative absolue aux échanges. La proportionnalité de la mesure concerne une autre question, non pas celle de l'intensité de l'entrave, mais de l'adéquation

entre la mesure adoptée et l'objectif légitime poursuivi. Il serait sans doute préférable, à cet égard, que la Cour distingue mieux les critères qu'elle emploie dans les deux stades de son raisonnement.

A. D.

3. Communication et documents de travail sur la directive services

[Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur la mise en œuvre de la directive « services » – Un partenariat pour une nouvelle croissance dans les services – 2012-2015, COM(2012) 261 final]

Mots-clés | Libre prestation de services - Directive services - Rapport de mise en œuvre - Communication.

Un rapport de la Commission révèle les insuffisances dans la mise en œuvre de la directive services. Dès lors, avant tout approfondissement de la libéralisation de cet aspect du marché intérieur, il apparaît urgent de pousser les États à mieux appliquer les règles existantes, au besoin en ayant recours à des actions en manquement

La directive service a désormais six ans ³⁸. L'importance de ce texte dans le cadre de la (ancienne) stratégie de Lisbonne n'a plus besoin d'être soulignée : le développement du commerce des services, qui demeurait le parent pauvre de l'intégration économique européenne, était (et est toujours) perçue comme un réservoir important de la croissance européenne ³⁹. En ces temps de crise économique et sociale, l'évaluation des effets bénéfiques de la libéralisation du

commerce des services initiée par ce texte est, plus que jamais, d'une importance primordiale. Une telle évaluation permet, d'une part, de vérifier les prédictions effectuées sur le potentiel de croissance inexploité des secteurs d'activités visés par la directive ⁴⁰ et, d'autre part, d'asseoir la légitimité d'un processus qui a été, c'est le moins que l'on puisse dire, lourdement critiqué.

Ce processus d'évaluation était prévu dans le texte de la directive lui-même. L'article 41 de la directive sur les services prévoit en effet que « la Commission présente au Parlement européen et au Conseil, pour le 28 décembre 2011, et par la suite tous les trois ans, un rapport complet sur l'application de la présente directive ». La Communication de la Commission du 8 juin 2012 sur la mise en œuvre de la directive « services » ⁴¹,

(38) Dir. 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 déc. 2006 relative aux services dans le marché intérieur JOUE L 376, p. 36-68.

(39) Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen – Une stratégie pour le marché intérieur des services, COM(2000) 888 final et Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen – L'état du marché intérieur des services – Rapport présenté dans le cadre de la première phase de la stratégie pour le Marché intérieur des services, COM(2002) 441 final.

(40) Pour l'essentiel, ces secteurs sont ceux de la construction, du tourisme, de l'immobilier, du commerce de gros et de détail et des services aux entreprises.

(41) Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur la mise en œuvre de la directive « services » – Un partenariat pour une nouvelle croissance dans les services – 2012-2015, COM(2012) 261 final.

accompagnée de trois documents de travail de la Commission ⁴², a précisément pour objectif de répondre à cette exigence.

Dans un premier temps, la Commission dresse un tableau des progrès réalisés grâce à la mise en œuvre de la directive notant ainsi que celle-ci aurait d'ores et déjà permis un gain de croissance de 0,8 %. Afin d'expliquer la relative modestie de ce chiffre par rapport à celui de 2,6 % de croissance potentielle, qui demeurerait à réaliser, la Commission avance plusieurs explications. Premièrement, elle note que certains États maintiennent encore en place des réglementations pourtant prohibées par la directive. En particulier, la communication commerciale des professions réglementées demeure totalement interdite au sein de dix États membres ⁴³. Rappelons à cet égard que l'article 24 de la directive, qui concerne précisément cet aspect de la libéralisation du commerce des services, a fait l'objet du premier recours préjudiciel en interprétation de la directive porté devant la Cour ⁴⁴. Autre exemple de non-respect fréquent de la directive, de nombreux États continuent d'exiger que les prestataires de services disposent d'un établissement sur leur territoire afin de poursuivre leur activité, une violation pourtant flagrante du droit européen applicable. Afin de répondre à ce premier problème, la Commission s'engage à engager des procédures en manquement dès qu'une mauvaise

application de la directive sera détectée (« tolérance zéro ») ⁴⁵. La Commission avouerait-elle ainsi, à mots couverts que, jusqu'à présent, elle n'avait pas rempli sa fonction de « gardienne des traités » avec toute l'assiduité requise ? La mise en œuvre de la directive services exigeait un travail d'auto-évaluation très important de la part des États membres afin de vérifier que leurs législations nationales respectaient bien le prescrit du texte européen. Sans nul doute, devant ce travail titanesque, une période de tolérance, excédant celle du délai maximal de transposition, échu depuis fin 2009, était de mise. Cette période semble révolue.

Second point, la Commission reproche aux États membres, lorsque la directive leur laisse une certaine marge de manœuvre, d'avoir préféré le *statu quo* à une approche qualifiée de « plus ambitieuse » ⁴⁶. Selon la Commission, « même lorsqu'elles n'enfreignent pas la directive, les exigences que les États membres ont choisi de maintenir sont susceptibles de freiner la croissance économique, et les États membres devraient donc les revoir » ⁴⁷. L'on perçoit toutefois difficilement en quoi, et par quel moyen de contrainte, la Commission pourrait pousser un État à modifier une législation dont la conformité avec la directive est avérée. Percevant cette difficulté, sur ce point, la Commission propose la mise en place de systèmes de *peer reviewing* et d'échanges de bonnes

(42) Commission staff working document with a view to establishing guidance on the application of Article 20(2) of Directive 2006/123/EC on services in the internal market (« the Services Directive ») Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the implementation of the Services Directive : A partnership for new growth in services 2012-2015 SWD(2012) 146 final, Commission staff working document on the result of the performance checks of the internal market for services (construction, business services and tourism) Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the implementation of the Services Directive. A partnership for new growth in services 2012-2015 SWD(2012) 147 final et Commission staff working document detailed information on the implementation of Directive 2006/123/EC on services in the internal market accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the implementation of the Services Directive. A partnership for new growth in services 2012-2015, SWD(2012) 148 final.

(43) La Commission souligne également l'importance du processus de modernisation de la directive relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles (V. p. 7 et 10).

(44) CJUE 5 avr. 2011, *SFNEC*, C-119/09, non encore publié au Recueil. Cette chron., RTD eur. 2011. 592.

(45) Communication, p. 5.

(46) *Ibid.*

(47) *Ibid.*

pratiques. Elle s'engage également à publier des recommandations. Il s'agit donc d'un ensemble de méthodes de *soft law* donc, dont l'efficacité réelle demeure à démontrer. À cet égard, la Commission soulève la possibilité de lancer de nouvelles initiatives législatives si ce processus non contraignant ne devait pas aboutir. Ici aussi, toutefois, la perspective paraît assez lointaine ⁴⁸.

Troisièmement, la Commission consacre un point particulier aux droits des consommateurs de services. La directive services contient en effet plusieurs dispositions destinées à s'assurer que les consommateurs de services tirent avantages des opportunités offertes par le marché unique ⁴⁹. La Commission souligne ainsi l'importance de veiller à ce que les consommateurs ne soient pas discriminés. Ce sont ainsi plusieurs tracasseries très concrètes auxquelles les États devraient veiller à mettre un terme : les cas dans lesquels les consommateurs doivent payer plus que le prix exigé pour une transaction nationale lorsqu'ils paient par virement ou prélèvement automatique en euros un service fourni dans un autre État membre, les refus de fournir au motif qu'il est impossible d'assurer la livraison physique dans un autre État membre ⁵⁰. Ici aussi, plus qu'une révision de la directive, la Commission préconise avant tout une meilleure mise en œuvre des règles existantes ainsi que de l'acquis européen sur cette question.

Toujours dans le même ordre d'idée, à savoir celui de l'amélioration de l'application de l'acquis européen, la Commission insiste sur le renforcement du rôle des

guichets uniques, indispensable afin que les prestataires et les consommateurs soient tout simplement conscients et informés de leurs droits. Il s'agit, ici aussi, que les avantages offerts par la libéralisation des services deviennent une réalité et ne demeurent pas hypothétiques ou inaccessibles. Pour ce faire, la Commission encourage les États à s'assurer que toutes les informations nécessaires sont bien accessibles via ces guichets et dans le plus grand nombre de langues possible. La convivialité des services en ligne doit également être améliorée ⁵¹.

En conclusion, la communication de la Commission dresse un portrait en demi-teinte de l'effet de la directive services. Son potentiel de libération de la croissance ne s'est pas pleinement réalisé, essentiellement parce que la mise en œuvre des règles existantes est loin d'être parfaite. Dès lors, avant même de songer à étendre l'application de ce texte à de nouveaux secteurs qui y échappent jusqu'à présent, ou à introduire de nouvelles règles visant ouvrir davantage le marché des services, c'est bien plus à un « rappel à la loi » que se livre ici la Commission. Force est cependant de conclure que, si ce rappel n'est pas suivi des nécessaires procédures en manquement, il pourrait demeurer sans effets. Ces procédures prennent du temps et mobiliseront sans doute les services compétents de la Commission. Plusieurs années seront donc encore nécessaires avant qu'une application correcte (et uniforme) de la directive ne soit réalisée. La politique des « petits pas », chère à Jean Monnet, a encore de beaux jours devant elle.

A. D.

(48) Communication, p. 6.

(49) Art. 20 s.

(50) Communication, p. 9.

(51) Communication, p. 13.

4. La transformation transfrontalière d'une société est une modalité d'établissement

(CJUE 12 juill. 2012, *VALE Epítési*, C-378/10 ; consultation sur les transferts transfrontaliers de siège d'entreprises)

Mots clés | Liberté d'établissement - Droit des sociétés - Transformation transfrontalière - Transfert de siège - Reconnaissance mutuelle - Principe d'effectivité - Principe d'équivalence.

Dans l'arrêt Vale, la Cour juge qu'un État membre dont le droit autorise la transformation d'une société ne peut refuser une telle transformation lorsqu'elle présente un caractère transfrontalier.

L'arrêt *Vale* porte sur une question de mobilité des sociétés qui n'avait pas encore été traitée par la Cour dans ses précédents arrêts en matière de transfert de siège ⁵² et sur laquelle le travail législatif n'a pas encore abouti. L'hypothèse était en effet différente de celle des arrêts *Daily Mail* et *Cartesio*, qui portaient sur la possibilité pour un État membre de contrôler l'émigration de sociétés créés conformément à son droit national. Ici, c'est d'immigration d'une société créée dans un autre État membre qu'il est question. La société *Vale Costruzioni* avait été constituée selon le droit italien. Ses dirigeants et actionnaires avaient décidé de faire migrer la société vers la Hongrie, ce qui supposait que la société italienne soit dissoute et radiée du registre de commerce de Rome et qu'une société de droit hongrois soit créée pour lui succéder. Il s'agissait donc d'une « transformation transfrontalière », selon la terminologie utilisée par la juridiction de renvoi et adoptée par la Cour ⁵³.

En l'espèce, l'opération avait échoué non du fait du droit italien, qui prévoyait bien le transfert de siège vers un autre État membre, mais du fait d'une décision des autorités hongroises, qui avaient refusé d'enregistrer la société nouvellement créée en tant que successeur d'une société italienne. Le refus était motivé par le fait que, en matière de transformation de sociétés, le droit hongrois ne prévoyait pas la transformation transfrontalière ⁵⁴. Les seules hypothèses prévues en la matière concernaient la transformation d'une société de droit hongrois d'une certaine forme en une société de droit hongrois d'une autre forme (par exemple une société à responsabilité limitée en société par actions). Un tel vide juridique, juge la Cour, ne peut cependant justifier le refus de mentionner au registre hongrois des sociétés une société italienne en tant que « prédécesseur en droit » d'une société de droit hongrois ⁵⁵.

La transformation transfrontalière : une modalité d'établissement

En jugeant que ce refus constitue une restriction à la liberté d'établissement, la Cour énonce pour la première fois que la transformation transfrontalière est une modalité de la liberté d'établissement.

(52) Arrêts du 27 sept. 1988, *Daily Mail and General Trust* (81/87, Rec. 5483) ; du 9 mars 1999, *Centros*, C-212/97, Rec. I-1459 ; du 5 nov. 2002, *Überseering*, C-208/00, Rec. I-9919 ; du 30 sept. 2003, *Inspire Art*, C-167/01, Rec. I-10155 ; du 13 déc. 2005, *SEVIC Systems*, C-411/03, Rec. I-10805 et du 16 déc. 2008, *Cartesio*, C-210/06, Rec. I-9641.

(53) L'avocat général proposait pour sa part de qualifier l'opération de « reconstitution transfrontalière de société » (concl. av. gén. Niilo Jääskinen, point 34). Cette expression est considérée comme fautive au regard de la terminologie du droit des sociétés, car elle implique une perte par la société d'origine de sa personnalité morale avant que les associés ne constituent une nouvelle société. P.-Y. Conac, La CJUE reconnaît le transfert international de siège et ouvre la voie à une directive, D. 2010, n° 44, Etudes et commentaires, 3009.

(54) Concl. point 36 ; arrêt point 43.

(55) Arrêt, point 38.

En pratique, la réalisation d'une transformation transfrontalière suppose l'application successive de deux droits nationaux ⁵⁶. En l'absence de droit dérivé spécifique à la transformation transfrontalière (la 14^e directive sur les sociétés n'a toujours pas été adoptée ⁵⁷), la Cour s'appuie sur les mécanismes généraux qui régissent la protection par les États des droits subjectifs conférés aux particuliers par le droit de l'Union. C'est sur le fondement des principes d'effectivité, d'équivalence et de reconnaissance mutuelle que la Cour formule les exigences qui s'imposent aux droits nationaux des sociétés en vue d'assurer la sauvegarde du droit nouvellement reconnu à la transformation transfrontalière ⁵⁸.

Si, pour les spécialistes de droit européen des sociétés, l'interprétation selon laquelle la liberté d'établissement couvre le transfert international de siège social relève de l'évidence ⁵⁹, l'arrêt rapporté a été reçu par les spécialistes de droit international des sociétés comme une petite révolution ⁶⁰. Du point de vue de la mobilité des sociétés, il constitue le complément nécessaire de l'arrêt *Cartesio*. Dans cet arrêt, la Cour avait jugé que, en l'absence d'harmonisation européenne, un État pouvait ne pas accepter qu'une société constituée selon son droit puisse rester régie par ce droit si elle transférait son siège statutaire dans un autre État. Il résultait de cette solution qu'une société qui souhaitait exercer sa liberté d'établissement pouvait être contrainte de changer de *lex*

societatis et de recourir à d'autres modalités que le transfert de siège. La fusion transfrontalière est alors une option envisageable : elle consiste à créer une société dans l'État d'accueil puis à opérer une fusion entre cette société et la société existante dans l'État d'origine ⁶¹. La transformation en Société Européenne, pour laquelle le transfert de siège est prévu, en est une autre. Ces options sont les seules qui fassent l'objet de dispositions spécifiques en droit de l'Union ⁶². Cependant, elles supposent des opérations d'une complexité de nature à dissuader les PME ⁶³. En outre, la fusion présente l'inconvénient que le lien entre la société issue de la fusion et la société d'origine n'est pas apparent, notamment pour les créanciers ou les contractants de la société d'origine. Lorsque cette préoccupation est présente, les associés peuvent préférer, comme en l'espèce, transformer la société d'origine en une société nouvelle, soumise au droit de l'État d'accueil, mais qui n'en est pas moins le successeur universel de la personne juridique transformée, laquelle perd sa capacité juridique au moment de la transformation.

Si une telle hypothèse ne présente pas de difficulté dans le cas d'une transformation interne, il en va autrement dans le cas d'une transformation transfrontalière. En effet, la société d'origine perd sa capacité selon les modalités et à un moment prévu par le droit de l'État membre d'origine, tandis que la personne qui lui succède est créée selon un autre droit et à un moment déterminé

(56) Arrêt, points 37 et 44.

(57) *V. infra*.

(58) Arrêt, point 48 s.

(59) P-Y Conac, préc., n° 2.

(60) L. Idot, Transfert de siège social dans un autre État membre et inscription au registre, Europe, 2012. comm. 386, n° 2 ; V. aussi J. Vermeylen, Arrêt « VALE Epitési » : La mobilité transfrontalière du siège statutaire est-elle un droit ?, JDE 2012. 276-278.

(61) Concl. point 35. L'avocat général indique que cette technique est fréquemment utilisée aux États-Unis pour modifier le droit applicable à une société.

(62) Respectivement : dir. 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 oct. 2005, sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux, JOUE L 310, p. 1 et régl. (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 oct. 2001 relatif au statut de la société européenne (SE) JOCE L 294, p. 1-21.

(63) B. Lecourt, Quel avenir pour le droit européen des sociétés ? (à propos du Rapport du groupe de réflexion sur le futur du droit européen des sociétés), Rev. sociétés, 2011. 649 et P-Y. Conac, préc. n° 14.

par celui-ci. Il en résulte deux difficultés distinctes. La première concerne l'identification du titulaire de la liberté d'établissement. En effet, si une société n'existe plus et l'autre n'existe pas encore, on est en présence d'une « société zombie »⁶⁴ et il n'est pas évident d'identifier la personne qui se prévaut de la liberté d'établissement. La seconde a trait à la coordination nécessaire entre deux droits qui doivent nécessairement être appliqués consécutivement⁶⁵.

Le titulaire de la liberté d'établissement

Les faits de l'affaire *Vale* illustrent la première difficulté. En effet, c'est en février 2006 que la société de droit italien *Vale Costruzioni* avait été radiée du registre de commerce de Rome. Or, c'est seulement en novembre 2006 que les fondateurs avaient adopté de nouveaux statuts, conformes au droit hongrois et en janvier 2007 qu'ils avaient demandé l'inscription de la nouvelle société au registre de commerce de Budapest. Dans ces circonstances, on pouvait s'interroger sur la survie de la personnalité morale pour les besoins de la transformation. Cette difficulté n'avait pas manqué d'être relevée, le Royaume-Uni, partie intervenante, prenant appui sur cet argument pour soulever une exception d'irrecevabilité. Dans ces conclusions, l'avocat général Jääskinen se distancie explicitement du raisonnement qui serait mené dans la perspective du droit des sociétés et écarte les « débats métaphysiques, fondés sur les théories classiques concernant l'existence et la nature des personnes morales, portant notamment sur la continuité de leurs identités dans

le temps en cas de transformation ou de succession »⁶⁶. Selon lui « aux fins de l'application des dispositions du droit de l'Union sur la liberté d'établissement, les réalités de la vie économique pratique devraient avoir davantage de poids que les aspects théoriques du droit des personnes morales »⁶⁷. Ces considérations justifient dans son raisonnement une approche téléologique. Se référant à la raison d'être de la liberté d'établissement, à savoir permettre l'interpénétration des économies nationales, il fait de *l'intention de mobilité* un élément décisif⁶⁸. On ne peut mieux illustrer l'influence de la volonté sur la qualification juridique en droit européen⁶⁹. Or la volonté dont il est question est celle des associés et non celle de la société en cours de transformation. Ce sont donc eux qui peuvent se prévaloir de la liberté d'établissement⁷⁰.

La Cour ne rejette pas ce raisonnement mais ne l'adopte pas non plus. Elle déclare les questions recevables au motif que les modalités de survie de la personnalité morale d'une société pour les besoins de sa transformation relève du droit interne, italien en l'occurrence, qu'il ne lui appartient pas d'interpréter⁷¹. Contrairement à l'avocat général, la Cour ne cherche donc pas à identifier qui exerce en l'espèce sa liberté d'établissement, ce que l'on peut regretter. Pour éviter de trancher la question, elle utilise le terme générique « justiciable »⁷². Cela contribue sans doute à ce qu'un commentateur qualifie de volontariste le raisonnement de la Cour, soulignant qu'elle saisit avant tout l'occasion qui lui était présentée de résoudre une question d'une grande importance pratique pour

(64) P-Y Conac, préc., n° 12.

(65) Points 37 et 44 de l'arrêt.

(66) Concl. point 46.

(67) *Ibid.*

(68) Concl., point 49 : « Cet aspect tenant à l'intention des associés me semble primordial dans l'analyse de l'applicabilité de la liberté d'établissement ».

(69) F. Terré, L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, LGDJ, 1957.

(70) Concl. point 49.

(71) Arrêt points 19-20.

(72) Arrêt point 49.

la mobilité des sociétés en Europe ⁷³. Au delà de ces deux manières de résoudre la question de l'applicabilité de l'article 49 TFUE, l'apport essentiel de l'arrêt concerne son application.

Un obstacle juridique à la transformation transfrontalière d'une société constitue une entrave à la liberté d'établissement

La liberté d'établissement comporte le droit pour une société de se transformer en transférant son siège social d'un État membre à un autre et en changeant de loi applicable. Comme cela a été écrit, du point de vue de la logique des libertés de circulation, le raisonnement est classique ⁷⁴. La Cour emprunte à la fois au vocabulaire de la discrimination (« différence de traitement ») et à celui de l'obstacle (« dissuader ») lorsqu'elle retient que la réglementation en cause « instaure une différence de traitement entre sociétés selon la nature interne ou transfrontalière de la transformation, qui est de nature à dissuader les sociétés ayant leur siège dans d'autres États membres d'exercer la liberté d'établissement » ⁷⁵.

En l'espèce, il est évident que le refus des autorités hongroises de mentionner la société italienne comme prédécesseur en droit de la société hongroise faisait obstacle à l'opération de transformation. Ce qui n'était pas encore établi au regard de la jurisprudence antérieure était que la transformation fut couverte par la liberté d'établissement. Sans doute, une solution contraire aurait été à la fois surprenante et incohérente avec l'application de la liberté d'établissement aux fusions transfrontalières, solution qui résultait de l'arrêt *SEVIC* ⁷⁶. Néanmoins, une incise dans un *obiter* de l'arrêt *Car-*

tesjo avait éveillé le doute. Dans cet arrêt, la Cour avait en effet dit pour droit qu'un État, s'il pouvait s'opposer à l'émigration d'une société qui souhaitait rester régie par son droit national, ne pouvait en revanche faire de même si la société était prête à changer de *lex societatis* à l'occasion de son transfert de siège ⁷⁷, ce qui était ici le cas de la société Vale. Cependant, la Cour avait ajouté « pour autant que ce droit [celui de l'État d'accueil] le permette ». Cette précision avait pu laisser penser que le transfert de siège combiné à un changement de *lex societatis*, s'il ne pouvait être restreint par l'État d'origine pouvait en revanche l'être par l'État d'accueil. C'est sur ce point que l'arrêt *Vale* constituait pour la Cour l'occasion de préciser les obligations de l'État d'accueil.

Le pouvoir réglementaire de l'État d'accueil encadré par les principes d'équivalence et d'effectivité ainsi que de reconnaissance mutuelle

Pour préciser les obligations de l'État d'accueil, la Cour se fonde sur un raisonnement très classique et déjà appliqué dans d'autres arrêts concernant la liberté d'établissement ⁷⁸. Elle rappelle que, en l'absence d'harmonisation, il revient aux États membres de rendre effectifs les droits conférés aux particuliers par le droit de l'Union ⁷⁹. En l'espèce, l'inscription au registre des sociétés et les conditions d'attribution de la mention « successeur en droit de la société X » sont régis par le droit hongrois des sociétés. Toutefois, l'autonomie de celui-ci est limitée par les principes d'équivalence et d'effectivité. Le principe d'équivalence impose que les modalités de droit national visant à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables

(73) Michel Menjuq, Transformation transfrontalière : la CJUE poursuit son action militante pour pallier la carence de la Commission européenne !, JCP n° 41, 8 oct. 2012. 1089.

(74) L. Idot, préc.

(75) Arrêt point 36.

(76) Préc.

(77) Cartesio, préc. point 112.

(78) CJCE 12 déc. 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, point 203 ; CJCE 13 mars 2006, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04, point 111.

(79) Arrêt point 48.

tirent du droit de l'Union ne peuvent être moins favorables que celles régissant les situations similaires de nature interne ⁸⁰. Comme le souligne la Cour, cela n'empêche pas les États membres de définir des exigences de fond pour que la mention « successeur en droit » soit inscrite au registre des sociétés, par exemple une stricte continuité économique et juridique entre la société prédécesseur ayant demandé la transformation et la société successeur transformée ⁸¹. De telles exigences peuvent également être imposées de manière non discriminatoire dans le cadre d'une transformation transfrontalière alors que cette possibilité existe dans le cadre d'une transformation interne. En revanche, le fait qu'il soit impossible d'obtenir une telle mention dans le cadre d'une transformation transfrontalière constitue une violation du principe d'équivalence ⁸².

Le principe d'effectivité commande par ailleurs qu'il soit en pratique possible pour les fondateurs de démontrer que la société remplit bien les conditions de fond exigées par la réglementation de l'État d'accueil. Une difficulté pratique tient à cet égard au fait que, dans l'hypothèse d'une transformation transfrontalière, cette preuve dépend des effets attachés par le droit de l'État d'origine à une opération comme la radiation du registre du commerce, notamment en ce qui concerne la survie de la personnalité juridique ⁸³. En outre, les documents de la société qui demande sa transformation émanent de l'État d'origine et sont dressés dans une langue qui n'est généralement pas celle de l'État d'accueil. Dès lors, pour l'autorité chargée de la tenue du registre des sociétés dans l'État d'accueil le traitement d'une demande d'ins-

cription en cas de transformation transfrontalière soulève des difficultés particulières. Il est clair que ce type de difficultés appelle une coordination par le droit de l'Union. Des solutions du même type que celles qui sont utilisées pour les fusions transfrontalières ou dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile (formulaires multilingues, transmission automatisée entre administrations ou juridictions compétentes) seraient adaptées. De telles solutions relèvent cependant du législateur. La Cour, pour sa part, ne pouvait que s'appuyer sur le mécanisme de la reconnaissance mutuelle, ce qu'elle fait.

Elle juge que « [la] pratique des autorités de l'État membre d'accueil de refuser, de manière générale, de tenir compte des documents émanant des autorités de l'État membre d'origine lors de la procédure d'enregistrement risque de placer la société sollicitant sa transformation dans l'impossibilité de démontrer qu'elle s'est effectivement conformée aux exigences de l'État membre d'origine mettant ainsi en péril la réalisation de la transformation transfrontalière dans laquelle elle s'est engagée » ⁸⁴. La Cour en déduit une obligation pour les autorités de l'État d'accueil de reconnaître l'effet des documents établis dans l'État d'origine ⁸⁵.

Suites législatives : les prémisses d'une 14e directive

L'arrêt *Vale* appelle une suite législative : en consacrant explicitement le droit à la transformation transfrontalière, il fait ressortir la nécessité d'une directive ⁸⁶. La réflexion sur une « quatorzième directive sur le transfert transfrontalier du siège statutaire des sociétés, avec changement du droit qui leur est applicable »

(80) Arrêt point 54.

(81) Arrêt point 55.

(82) Arrêt points 56-57.

(83) Sur ce point, V. Thomas Mastrullo, La consécration du droit à la transformation transfrontalière des sociétés dans l'Union européenne, JCP E n° 38, 20 sept. 2012, 1547, n° 8.

(84) Arrêt point 60.

(85) Arrêt point 61.

(86) P-Y Conac, préc.

n'est pas nouvelle ⁸⁷. Au cours des dix dernières années, on compte un premier rapport d'experts en 2002 ⁸⁸, une consultation publique en 2004 ⁸⁹, une étude d'impact en 2007 ⁹⁰, un autre rapport d'expert en 2011 ⁹¹ et un rapport parlementaire en 2012 ⁹². Il faut aussi mentionner le plan d'action sur le droit européen des sociétés et le gouvernement d'entreprise adopté par la Commission également en 2012 ⁹³. Bien qu'une « demande du marché » ait été identifiée très tôt ⁹⁴, le projet de directive n'a pas abouti à ce jour. Les raisons de ce blocage sont liées à la résistance de certains États, soit par crainte de la concurrence fiscale, soit pour protéger l'effectivité d'un droit national spécifique, en l'occurrence le droit allemand, qui prévoit un mécanisme de co-détermination ⁹⁵. Si ces difficultés ne semblent pas insurmontables ⁹⁶, celles qui sont mises en avant dans les documents les plus récents concernent l'incertitude relative à l'impact économique d'une directive qui faciliterait le transfert de siège. Dans le plan d'action de 2012, la Commission indique qu'elle considère que toute initiative dans ce domaine « devra s'appuyer sur des données économiques solides » ⁹⁷.

On mesure toute la complexité d'une telle évaluation si l'on songe à la pluralité des enjeux économiques liés au déplacement d'une société d'un État membre à un autre. Toutefois, si l'on se reporte à la consultation publiée en janvier 2013, on comprend qu'il ne s'agit pas pour la Commission d'évaluer l'impact économique global, qui tiendrait compte, par exemple, des effets induits pour les États en termes de fiscalité ou, pour les travailleurs, en termes d'emploi. C'est essentiellement aux coûts de transaction pour les entreprises souhaitant réaliser une transformation transfrontalière que songe la Commission ⁹⁸. Si cette perspective centrée sur le point de vue des entreprises est plus étroite, elle correspond à celle qui prévaut de manière générale en matière de liberté d'établissement. Comme cela a été relevé à l'occasion de l'affaire *Vale*, le principe même d'un droit à la mobilité des sociétés (pris en ses diverses modalités) promeut le *law shopping* ⁹⁹ et le *law shopping* est avant tout pour les entreprises une modalité de réduction des coûts ¹⁰⁰. En outre, d'un point de vue pratique, l'enquête de la Commission a sans doute plus de chance d'aboutir si elle porte uniquement sur les coûts de transaction

- (87) Une « proposition d'une quatorzième directive du Parlement européen et du Conseil sur le transfert transfrontalier du siège statutaire des sociétés, avec changement du droit qui leur est applicable » avait été élaborée en 1997.
- (88) Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, Bruxelles, 4 nov. 2002.
- (89) Le texte de la consultation est disponible à l'url suivante (13 avr. 2013) : http://ec.europa.eu/internal_market/company/seat-transfer/2004-consult_fr.htm.
- (90) Commission Staff Working Document du 12 déc. 2007, *Impact assessment on the Directive on the cross-border transfer of registered office*, SEC(2007) 1707.
- (91) Cité dans la consultation de janv. 2013 (*infra* note 99).
- (92) Rapp. de Mme Evelyn Regner contenant des recommandations à la Commission sur une 14^e directive sur le droit des sociétés relative au transfert transfrontalier du siège statutaire (2011/2046(INI)).
- (93) Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions Plan d'action : Droit européen des sociétés et gouvernance d'entreprise – un cadre juridique moderne pour une plus grande implication des actionnaires et une meilleure viabilité des entreprises, COM(2012) 740 final.
- (94) Consultation publique de 2004, préc., p. 1. Cette demande a même été suffisamment pressante à un requérant pour agir en carence contre la Commission (recours déclaré manifestement irrecevable dans l'arrêt du Tribunal du 13 janv. 2005, *Sulvida – Companhia de alienação de terrenos c/ Commission*, T-184/04, Rec. II-85).
- (95) P-Y Conac, préc., n° 15.
- (96) *Ibid.*
- (97) Plan d'action, préc., p. 13.
- (98) Consultation sur les transferts transfrontaliers des sièges statutaires des entreprises – Consultation par la DG MARKT, disponible à l'url suivante : http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2013/seat-transfer/index_fr.htm (11 avr. 2013).
- (99) Thomas Mastrolu, La consécration du droit à la transformation transfrontalière des sociétés dans l'Union européenne, JCP E n° 38, 20 sept. 2012. 1547.

des entreprises que si elle cherchait à évaluer l'impact économique d'ensemble d'une 14^e directive.

À cet égard, on peut toutefois remarquer que la méthodologie qui consiste pour la Commission à demander aux entreprises d'évaluer leurs coûts de transaction dans les hypothèses de transfert de siège dont elles ont l'expérience (avec ou sans recours à un mécanisme prévu par le droit de l'Union) semble un peu artisanale. On ne voit pas bien en effet ce qui peut contrer les biais liés au fait que seules certaines entreprises répondront et que rien ne garantit le caractère représentatif de leurs réponses. C'est d'autant plus le cas que les PME, qui sont les moins susceptibles d'utiliser les mécanismes alternatifs à la transformation transfrontalière, sont aussi, les moins susceptibles de répondre à une telle consultation.

Sur le plan conceptuel, il paraît raisonnable de considérer que, en matière de transformation transfrontalière, l'état actuel du droit impose des coûts de tran-

saction élevés aux entreprises qui souhaitent transférer leur siège social. En effet, elles doivent gérer elles-mêmes l'articulation de deux systèmes juridiques que seuls les principes généraux rappelés par la Cour dans l'arrêt *Vale* – mais largement ignorés des administrations – viennent coordonner. En ce sens, il paraît clair, même en l'absence de chiffrage, qu'une coordination par voie de directive, sauf à être épouvantablement mal faite, réduirait les coûts de transaction pour les entreprises. Si la Commission s'interroge sur un bilan coûts/avantages, il semble qu'il faudrait compléter l'évaluation des avantages peu contestables qu'aurait une directive en termes de réduction des coûts de transaction privés pour les entreprises mobiles avec celle des coûts administratifs de la coordination pour les autorités publiques (coûts de transaction publics). Espérons que la quatorzième directive, rendue plus nécessaire encore par l'arrêt *Vale*, ne se perdra pas dans les méandres de l'étude d'impact.

A.-L. S.

(100) Dans ses conclusions (point 68), l'avocat général l'expose clairement : « Comme le souligne l'Autorité de surveillance AELE, il conviendrait de reconnaître aux sociétés, au sein du marché unique, la faculté de choisir librement le droit des sociétés qui leur est applicable. Une telle liberté de choix permettrait aux sociétés de choisir les conditions économiques les plus favorables et le système de droit des sociétés le plus avantageux. En effet, les sociétés souhaitent généralement transférer leur siège statutaire vers un autre État membre afin de bénéficier d'un meilleur accès à des financements et à des réductions de coûts » (citation omise).

