

**LA NOTION DE TRAVAILLEUR EN DROIT EUROPÉEN DE LA LIBRE PRESTATION DE SERVICES ET DE LA
LIBERTÉ D'ÉTABLISSEMENT : *LAWRIE-BLUM* COMME HORIZON INDÉPASSABLE ?
EXAMEN DE LA JURISPRUDENCE RÉCENTE DE LA COUR DE JUSTICE**

**Vincent Février
Doctorant à l'ULiège**

Introduction

1. L'un des objectifs essentiels de l'Union européenne est l'établissement d'un marché intérieur. Pour ce faire, le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (T.F.U.E.) consacre les libertés de circulation : la libre circulation des marchandises, prévue aux articles 34 à 36 du T.F.U.E., la libre circulation des travailleurs, prévue à l'article 45 du T.F.U.E., la liberté d'établissement, prévue à l'article 49 du T.F.U.E., la libre prestation des services des articles 56 et 57 du T.F.U.E. et enfin la libre circulation des capitaux, prévue aux articles 63 à 66 du T.F.U.E.¹.

La notion de travailleur n'est pas inconnue du droit de l'Union européenne, bien qu'elle n'y fasse pas l'objet d'une définition uniforme². La Cour de justice de l'Union européenne a été amenée à fournir une définition jurisprudentielle de cette notion, compte tenu du silence, sur ce point, de l'article 45 du T.F.U.E.³ régissant la libre circulation des travailleurs. La Cour a ainsi décidé dès l'arrêt *Unger* en 1964⁴, que la notion de travailleur au sens de l'article 45 du T.F.U.E. était une notion autonome, afin de maximiser l'effet utile de cette disposition. En effet, laisser aux législations nationales des Etats membres le soin de définir ce qu'est un travailleur aurait porté atteinte à l'exercice effectif de la libre circulation des travailleurs et à l'application uniforme de l'article 45 du T.F.U.E., puisque, si chaque Etat membre avait pu déterminer qui rentre ou pas dans la catégorie de travailleur salarié, la liberté de circulation promise par le Traité aurait été

¹ C. BARNARD, *The substantive law of the EU: The Four Freedoms*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

² S. GIUBBONNI, « Being a worker in EU Law », *E.L.L.J.*, 2018, p.225.

³ Nous n'aborderons pas ici la question de l'impact de l'émergence de la citoyenneté européenne sur l'intérêt de la libre circulation des travailleurs. Nous considérons que cette notion conserve sa pertinence. La Cour s'y réfère toujours et les travailleurs salariés bénéficient encore à l'heure actuelle de droits plus importants que les autres catégories de citoyens de l'Union. Pour de plus amples développements, voy. S. GASTALDI, *Citoyenneté de l'Union et libre circulation : du critère économique au statut unique*, Bâle, L.G.D.J., 2013, pp. 45-53 ; M. SCHMITT, *Droit du travail de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 40 ; S. ROBIN-OLIVIER, « Chronique Libre circulation des travailleurs-Illustrations de l'importance renouvelée de la qualification de travailleur », *RTDeur*, 2013, pp. 855-858.

⁴ CJCE, 19 mars 1964, *Unger*, affaire 75 /63, Rec. 1964, p. 00347

rendue illusoire⁵. Quelques années plus tard, dans l'arrêt *Levin*, la Cour a jugé que le travailleur à temps partiel est un travailleur et bénéficie dès lors de la liberté de circulation⁶.

Il faudra néanmoins attendre l'arrêt *Lawrie-Blum* du 3 juillet 1986⁷ pour avoir une première définition de la notion de travailleur prévue à l'article 45 du T.F.U.E. Dans cet arrêt de principe, la Cour de justice a souligné que la relation de travail a pour caractéristique essentielle « la circonstance qu'une personne accomplit pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération ».

2. La Cour a rapidement élargi l'application de ces critères aux nombreuses directives ayant pour objet la protection des travailleurs. Ces directives n'ont pourtant pas pour base légale les dispositions du T.F.U.E. relatives aux libertés de circulation du marché intérieur : nombre d'entre elles ont été adoptées en vertu de l'article 153 du T.F.U.E.⁸ ; l'établissement ou le bon fonctionnement du marché intérieur n'est donc pas censé être leur objectif principal⁹.

Bien que la notion de travailleur soit essentielle pour circonscrire le cercle des bénéficiaires de ces directives, les approches retenues par le législateur de l'Union ne sont pas uniformes : certaines directives, telle que la directive sur le temps de travail¹⁰, définissent la notion de travailleur aux fins de leur application. D'autres directives, en revanche, renvoient à la notion telle que définie par le droit national. C'est notamment le

⁵ B. KAHIL-WOLFF, *Droit social européen : Union européenne et pays associées*, Dossiers de droit européen, n° 25, Issy-les-Moulineaux, LGDJ ; Schulthess, 2017, p. 279 ; M. SCHMITT, *op cit.*, p.40 ; B. TEYSSIÉ, *Droit européen du travail*, Paris, LexisNexis, 2013, p. 109.

⁶ CJCE, 23 mars 1982, *Levin*, affaire 53/81, Rec. 1982, p. 1035.

⁷ CJCE, 3 juillet 1986, *Lawrie Blum*, C-66/85, Rec. 1986, p. 2121.

⁸ Cet article autorise l'Union à soutenir et compléter l'action des Etats membres dans des domaines aussi variés que l'amélioration du milieu de travail, les conditions de travail, la sécurité sociale, la protection des travailleurs en cas de perte d'emploi, l'information et la consultation des travailleurs, leur représentation, l'égalité entre les hommes et les femmes sur le lieu de travail, la lutte contre l'exclusion sociale, ou encore la modernisation des systèmes de protection sociale ou l'intégration des personnes exclues du marché du travail.

⁹ Une nuance doit être apportée en ce qui concerne la directive 2001/23/CEE, qui a pour base légale l'actuel article 115 du T.F.U.E. qui vise le rapprochement des législations des Etats Membres qui ont une incidence directe sur l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur (voy. *infra*).

¹⁰ Directive 2003/88/CE du Parlement et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, *J.O.*, L 299, 18 novembre 2003.

cas des directives sur le travail intérimaire¹¹, sur la protection des travailleuses enceintes¹² ou encore la directive sur le transfert d'entreprises¹³.

On pourrait s'attendre à ce que la définition de la notion autonome de travailleur, énoncée dans l'arrêt *Lawrie-Blum*, ne soit pas appliquée aux destinataires des directives qui, aux fins de leur application, renvoient à la notion de travailleur telle que définie dans les droits internes des Etats membres. Cela n'a pourtant pas empêché la Cour de considérer que les Etats membres ne pouvaient pas adopter dans ce cadre une définition plus restrictive que celle énoncée dans l'arrêt *Lawrie-Blum*. Il est même arrivé que la Cour applique la définition de la relation de travail issue de cette jurisprudence dans le cadre de ces directives en lieu et place de la définition nationale¹⁴. On ne peut cependant pas affirmer que la Cour a généralisé sa définition issue de l'arrêt *Lawrie-Blum* à l'ensemble du droit dérivé de la protection sociale. La plupart des directives qui renvoient au concept national de travailleur n'ont pas été affectées par la jurisprudence de la Cour, même si on constate une préférence de la Cour pour un concept uniforme au niveau européen, susceptible de s'appliquer tant aux cas de « libre circulation » qu'à ceux relatifs à la « protection des travailleurs »¹⁵.

3. Le raisonnement de la doctrine qui s'intéresse à la notion de travailleur est souvent conduit dans ces deux domaines que sont la libre circulation des travailleurs et les directives de protection sociale¹⁶. La réflexion se fait, en revanche, plus rare en dehors de ce cadre. L'exception notable est celle du droit de la concurrence, où, bien que la distinction entre travailleur salarié et indépendant soit généralement non pertinente, elle joue de temps à autre un rôle non négligeable¹⁷.

¹¹ Directive 2008/104/CE du Parlement et du Conseil du 19 novembre 2008 concernant le travail intérimaire, *J.O.*, L327, 5 décembre 2008.

¹² Directive du Parlement et du Conseil du 19 octobre 1992 concernant la mise en oeuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail, *J.O.*, L 348, 28 novembre 1992.

¹³ Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement de législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises et d'établissements, *J.O.*, L82, 22 mars 2001.

¹⁴ F. LAAGLAND, "Member States' Sovereignty in the Socio-Economic Field: Fact or Fiction? The Clash between the European Business Freedoms and the National Level of Worker's Protection" *E.L.L.J.*, 2018, p 62; CJUE, 20 septembre 2007, *Kiiski*, C-116/06, Rec. 2007, p. I-07643.

¹⁵ M. RISAK et T. DULLINGER, « The Concept of Worker in EU-Labour Law — Still Fit for Purpose? », *Kutafin University Law Review*, 2018, p. 42.

¹⁶ M. RISAK et T. DULLINGER, *The Concept of Worker in EU Law*, Report 140, E.T.U.I., 2018, p.18.

¹⁷ Voyez notamment CJUE, 4 décembre 2014, *FNV Kunsten*, C-413/13 publié au recueil numérique; la Cour devait répondre à la question de savoir si des indépendants économiquement dépendants devaient être considérés comme des travailleurs ou comme des entreprises, le fait de s'associer pour mener des négociations collectives s'analysant comme une entente illégale selon le droit de la concurrence dans le second cas; S. LAULOM, « Négociation collective et dumping social : une remise en cause de la fonction régulatrice de concurrence de la négociation collective », in E. CARPANO, M. CHASTAGNARET et E. MAZUYER, *La Concurrence réglementaire, sociale et fiscale dans l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 277-280.

Pourtant, l'utilisation de la notion de travailleur dans le cadre des autres libertés de circulation nous semble tout aussi importante. Comment cette notion est-elle utilisée par la Cour pour mieux délimiter les champs d'application de ces libertés de circulation ? Dans quelles circonstances est-elle susceptible d'en exclure ou d'en limiter l'application ? Cette réflexion n'est pas vaine lorsque l'on connaît tout l'intérêt porté par la doctrine à la relation entre le droit économique européen et le droit du travail¹⁸.

4. L'objet de la présente étude est d'explorer la notion de travailleur en droit européen dans la jurisprudence de la Cour de Justice par le prisme des libertés de circulation suivantes : la libre prestation de services et à la liberté d'établissement. Ces matières entretiennent entre elles des liens étroits et ont en commun avec la libre circulation des travailleurs le fait qu'elles concernent la libre circulation des personnes¹⁹. Il est dès lors important de distinguer les cas régis par l'une ou par l'autre liberté, distinction qui peut être opérée grâce à la notion de travailleur.

La question qui guide notre réflexion est celle la pertinence de la définition donnée par la Cour de Justice dans l'arrêt *Lawrie-Blum*, centrée sur le pouvoir de direction, pour l'interprétation et l'application du droit primaire relatif au libre établissement et à la libre prestation des services d'une part et du droit dérivé d'autre part.

Le format de cette étude ne permet pas l'exhaustivité. Par ailleurs, l'articulation entre la libre circulation des travailleurs et les deux libertés précitées dans la jurisprudence de la Cour a déjà fait l'objet, en 2012, d'un examen approfondi de M. Van Pijpe²⁰. Il soulignait l'importance du critère de subordination, tout en relevant deux arrêts (*Jany* et *Van der Steen*²¹) qui détonent par le fait qu'ils font appel à des critères n'apparaissant pas dans l'arrêt *Lawrie-Blum* (nous y reviendrons). Nous nous intéressons à l'évolution de la jurisprudence de la Cour depuis lors, afin de vérifier si ces deux arrêts sont demeurés isolés ou ont au contraire inspiré une évolution jurisprudentielle. C'est pourquoi nous nous intéressons principalement aux arrêts rendus entre 2013 et 2018. Parmi ceux-ci, ont été retenus ceux où la Cour a été amenée à prendre une décision relative à la notion de travailleur²².

¹⁸ M. DE VOS, *European Union internal market and labour law: friends or foes?*, Antwerpen, Intersentia, 2009; S. GIUBBONI, *Social rights and Market freedom in the European constitution: A Labour Law perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009; M. RÖNNMAR, (éd.), *Labour law, fundamental rights and social Europe*, Swedish studies in European law, n° 4.2011, Oxford, Hart Publ, 2011; J.E. DØLVIK, et A. MARTIN, (éds.), *European social models from crisis to crisis: employment and inequality in the era of monetary integration*, Oxford, Oxford University Press, 2015; S. BARBOU DES PLACES (éd.), *Les frontières de l'Europe sociale*, Cahiers européens, n° N 11, Paris, Pedone, 2018.

¹⁹ La libre prestation des services et la liberté d'établissement concernent tant les personnes physiques que les personnes morales.

²⁰ T. VAN PEIJPE, « EU Limits for the Personal Scope of Employment Law », *E.L.L.J.*, 2012, pp. 35-53.

²¹ CJCE, arrêt du 20 novembre 2001, *Jany*, C-268/99, Rec. 2001 I-08615, § 70 ; CJCE, arrêt du 18 octobre 2007, *Van Der Steen*, C-355/06, Rec. 2007 I-08863, §§ 22 et 23.

²² Nous nous inspirons de la méthode employée notamment par Mme Barnard dans C. BARNARD, « The Worker Protection Justification : Lessons from Consumer Law », in P. KOUTRAKOS, N. NIC SHUIBHNE et P. SYRPIS,

Pour des raisons de clarté, nous avons choisi de présenter ces décisions suivant deux axes : en premier lieu les arrêts rendus dans le contexte du droit primaire de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services (I) et ceux rendus dans le contexte du droit dérivé adopté pour réaliser ces libertés d'autre part (II). Au sein de chacune des deux catégories nous distinguerons les arrêts qui reprennent la définition de la jurisprudence issue de l'arrêt *Lawrie-Blum* de ceux qui renvoient à une autre définition. Les arrêts faisant l'objet de l'étude seront classés au sein de chacune des catégories par ordre chronologique. Nous effectuerons enfin une synthèse des apports de ces différents arrêts et en tirerons quelques conclusions (III).

I. Les arrêts prononcés dans le contexte du droit primaire

A) Utilisation de la définition Lawrie Blum dans le contexte du droit primaire de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services.

5. Dès lors que la liberté d'établissement, la libre prestation de services et la libre circulation des travailleurs ont des champs d'application propres et portent toutes sur différents aspects de la libre circulation des personnes²³, la délimitation de leurs champs d'application respectifs est cruciale. Nous nous proposons dès lors d'étudier dans cette première partie l'utilisation que la Cour fait de la notion de travailleur telle que définie par l'arrêt *Lawrie-Blum* pour opérer ladite délimitation en droit primaire. Un tour d'horizon succinct de la jurisprudence antérieure à 2013 révèle que la Cour se réfère, de manière itérative, à cette définition, comme par exemple dans les arrêts *Asscher*, *Meeusen* et *Trojani*²⁴.

6. La Cour cherche depuis longtemps à tracer la limite entre travailleurs salariés et indépendants. On peut ainsi citer l'arrêt *Rush Portuguesa*²⁵, dans lequel, la Cour a considéré que, lorsque des travailleurs d'un Etat membre se rendent sur le territoire d'un autre Etat membre dans le cadre d'une prestation de services de leur employeur et retournent dans leur pays d'origine à l'accomplissement de leur mission, ils n'accèdent à aucun moment au marché de l'emploi de l'Etat membre d'accueil. Un tel cas de figure est régi par la libre prestation des services et non par la libre circulation des travailleurs²⁶.

Exceptions from EU Free Movement Law, Derogation, Justification and Proportionality, Oxford, Hart Publishing, 2016, p. 111.

²³ D. GRISEL, *La libre prestation de services en droit de l'Union européenne, Examen des limites à l'application des articles 56 et suivants du TFUE*, Bâle, L.G.D.J., 2015, pp.114 et 126.

²⁴ CJCE, arrêt du 27 juin 1996, *Asscher*, C-107/94, Rec. 1996 I-03089 ; CJCE, arrêt du 8 juin 1999, *Meeusen*, C-337/97, Rec. 1999 I-03289 ; CJCE, arrêt du 7 septembre 2004, *Trojani*, C-456/02, Rec. 2004 I-07573.

²⁵ CJCE, arrêt du 27 mars 1990, *Rush Portuguesa*, C-113/89, Rec., 1990 I-01417, § 15 ; F. KÉFER, et C. BILGINER, « Jurisprudence récente de la Cour de Justice relative à la libre circulation des travailleurs », *Annales de droit de Louvain*, 1993, pp. 272-273.

²⁶ Cet arrêt est par ailleurs à l'origine d'une intervention du législateur européen et de l'adoption d'une directive spécifique sur le détachement de travailleurs. Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil

De façon similaire, dans l'arrêt *Gebhard*, la Cour a considéré que le ressortissant d'un Etat membre qui se déplace dans un autre Etat membre pour y exercer une activité économique relève soit du chapitre du traité relatif à la libre circulation des travailleurs, soit de celui relatif à la libre prestation des services, mais pas des deux en même temps²⁷. Nous verrons dans l'analyse des arrêts *Petersen et Schiebel Aircraft* (voy. *infra*, n°10) que cette affirmation est à nuancer.

I. L'arrêt C-544/11 du 28 février 2013 (*Petersen*)²⁸

7. Le premier arrêt étudié porte sur une question préjudicielle posée à la Cour de justice dans le cadre d'un litige opposant les époux Petersen aux autorités fiscales allemandes. Bien que M. Petersen soit un ressortissant danois, le couple réside en Allemagne et y paie ses impôts.

M. Petersen tirait une partie de ses revenus d'activités d'aide au développement exercées au Bénin pour le compte de son employeur établi au Danemark, dans le cadre d'une collaboration à un projet mis en place par l'agence danoise pour le développement. Les autorités fiscales allemandes ont refusé aux époux Petersen l'octroi d'une exonération d'impôts pour ces revenus, au motif que les activités exercées ne relevaient pas de l'aide publique allemande au développement et ne pouvaient donc bénéficier des exonérations qui y sont liées ²⁹.

La juridiction allemande saisie du litige a estimé que la charge fiscale élevée qui résulte de ce refus d'octroi était susceptible d'entraîner deux types de restrictions aux libertés du marché intérieur. Premièrement, le travailleur salarié serait tenté de se contenter de chercher du travail dans le domaine de l'aide au développement uniquement en Allemagne et de délaisser des opportunités d'emploi dans d'autres Etats membres. Dans un tel cas de figure, la libre circulation des travailleurs (45 du T.F.U.E.) serait entravée. Deuxièmement, la juridiction de renvoi pointait une difficulté au regard de la libre prestation de services (56 du T.F.U.E.). En effet, l'employeur qui n'est pas établi en Allemagne et qui souhaiterait recruter des salariés allemands qualifiés se verrait contraint de négocier avec eux un salaire brut plus élevé pour compenser la taxation ; ceci lui laisserait moins de ressources pour engager des salariés en provenance d'autres Etats membres de l'Union³⁰.

La question préjudicielle posée portait donc sur la validité de la législation fiscale allemande non seulement au regard de l'article 45 mais aussi de l'article 56 du T.F.U.E.

du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, *J.O.*, L. 18, 21 janvier 1997.

²⁷ CJCE, arrêt du 30 novembre 1995, *Gebhard*, C-55/94, Rec. 1995 I-04165, §20.

²⁸ CJUE, 28 février 2013, *Petersen*, C-544/11, publié au recueil numérique.

²⁹ §§ 14 à 20 de l'arrêt.

³⁰ § 21 de l'arrêt.

8. La Cour a dû s'interroger dans un premier temps sur la liberté de circulation affectée dans l'affaire au principal³¹. Elle a identifié l'objet de la législation en cause dans cette affaire comme portant sur l'octroi d'un avantage fiscal relatif à la rémunération qu'un travailleur perçoit d'un employeur. D'où l'intérêt de définir la notion de travailleur. La Cour a, à cette fin, repris la définition du travailleur telle qu'énoncée dans l'arrêt *Lawrie-Blum* et dans la jurisprudence qui en a découlé³². Compte tenu de cette définition, la Cour a conclu que la caractéristique de la relation de travail est la circonstance qu'une personne accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération. En revanche, relèvent du champ d'application des dispositions relatives à la libre prestation de services les activités effectuées par des prestataires indépendants³³.

Comme la législation en cause dans l'affaire au principal concerne un travailleur au sens de la jurisprudence constante de la Cour de justice, elle tombe dans le champ d'application de l'article 45 du T.F.U.E.³⁴. La Cour poursuit en considérant que les éventuels effets sur la capacité de l'employeur à recruter des travailleurs qualifiés, autrement dit sur sa liberté de prestation de services, ne sont que « la conséquence inéluctable d'une entrave à la libre circulation des travailleurs », et qu'il n'y a donc aucune justification pour un examen séparé au regard de la libre prestation de services de l'article 56 du T.F.U.E.³⁵. Ceci, à nos yeux, ne veut en rien dire que le bénéfice de cette dernière liberté soit en soi exclu en l'espèce. Il s'agit davantage d'une économie de moyens, l'application de l'article 45 du T.F.U.E. étant amplement suffisante pour répondre à la question préjudicielle.

La suite de l'arrêt est moins intéressante en ce qui concerne notre sujet, puisque la Cour finit par conclure à l'incompatibilité de la législation allemande par rapport à la libre circulation des travailleurs, telle qu'envisagée par l'article 45 du T.F.U.E. Nous n'y consacrerons pas en conséquence de plus amples développements.

II. L'arrêt C-474/12 du 4 septembre 2014 (*Schiebel Aircraft GmbH*)³⁶

9. Le second arrêt analysé fait suite à une question préjudicielle posée dans le cadre d'un litige opposant Schiebel Aircraft aux autorités autrichiennes. L'entreprise a sollicité en 2010 l'autorisation d'exercer des activités dans le secteur du commerce des

³¹ §§ 23 et suivants de l'arrêt.

³² Doit être considéré comme un « travailleur au sens de l'article 45 du T.F.U.E. toute personne qui exerce des activités réelles et effectives, à l'exclusion d'activités tellement réduites qu'elles se présentent comme purement marginales et accessoires.

³³ § 31 de l'arrêt et CJCE, 5 juin 1997, SETTG, C-398/95, Rec. p. I-3091, § 7.

³⁴ § 32 de l'arrêt

³⁵ § 33 de l'arrêt

³⁶ CJUE, 4 septembre 2014, *Schiebel Aircraft GmbH*, C-474/12, publié au recueil numérique.

armes. Elle a reçu une réponse négative au motif que l'un des gérants est de nationalité britannique. Or, selon la réglementation autrichienne, l'autorisation demandée ne pouvait être octroyée que si tous les gérants de l'entreprise-demanderesse sont de nationalité autrichienne.

Contrairement à l'arrêt *Petersen*, dans l'arrêt *Schiebel Aircraft*, c'est l'entreprise et non le travailleur qui a saisi les juridictions nationales, en faisant valoir que le refus d'autorisation en cause constitue une violation du principe de non-discrimination, tel que consacré à l'article 18 du T.F.U.E. et tel qu'exprimé dans les dispositions des traités relatives à la libre circulation des travailleurs (article 45 du T.F.U.E.) et à la liberté d'établissement (article 49 du T.F.U.E.).

Dans sa réponse, la Cour de justice a observé que la réglementation autrichienne en cause dans l'affaire au principal ne distinguait pas les notions de gérant salarié et de gérant indépendant. Elle devait donc être examinée tant au regard de l'article 45 que de l'article 49 du T.F.U.E. La Cour a, par ailleurs, décidé de ne pas examiner l'application de l'article 18 du T.F.U.E. car elle le considère comme superflu lorsque les dispositions protectrices des libertés de circulation sont applicables³⁷.

10. Avant d'examiner si la législation autrichienne est contraire à la libre circulation des travailleurs et à la liberté d'établissement, la Cour de justice a estimé nécessaire de rappeler que la règle relative à l'égalité de traitement dans le cadre de la liberté de circulation des travailleurs peut être invoquée par l'entreprise qui emploie ces travailleurs³⁸. Si l'entreprise souhaite engager un travailleur (de surcroît un gérant salarié) ressortissant d'un autre Etat membre que celui dans lequel elle est établie et où elle entend l'occuper, elle doit pouvoir le faire. Le raisonnement de la Cour s'appuie sur le fait que dans le cas contraire, les Etats membres pourraient facilement contourner l'interdiction des restrictions à la libre circulation des travailleurs établie par l'article 45 du T.F.U.E., en imposant aux employeurs de n'engager que les travailleurs qui respectent certaines conditions³⁹.

Cette réflexion vaut tout autant si l'entreprise entend recourir aux services d'un gérant indépendant. Une jurisprudence constante consacre le bénéfice du traitement national pour le travailleur indépendant, qui exerce sa liberté d'établissement au sens de 49 du T.F.U.E. En effet, on ne peut pas permettre que les Etats membres contournent cette obligation en restreignant la liberté de l'entreprise de faire appel à ce gérant originaire d'un autre Etat membre⁴⁰.

³⁷ §§ 22 et 23 de l'arrêt.

³⁸ Référence à la jurisprudence CJCE, arrêt du 7 mai 1998, C-350/96 (*Car Clean Autoservices*), Rec., 1998, p. I-02521.

³⁹ § 26 de l'arrêt.

⁴⁰ §§ 26 et 27 de l'arrêt.

La Cour a donc conclu à l'incompatibilité de la législation nationale en cause avec les dispositions du Traité, sous réserve que le juge national vérifie l'existence d'une éventuelle justification concernant la garantie de fiabilité des personnes autorisées à exercer leurs activités dans le domaine de l'armement⁴¹.

Une lecture combinée des deux arrêts *Petersen* et *Schiebel Aircraft* permet de tirer les enseignements suivants. D'abord, Cour de justice ne semble pas exclure en soi l'application concomitante de deux libertés de circulation. Comme la Cour l'a souligné dans l'arrêt *Petersen*, la liberté d'un employeur d'engager un travailleur n'est que la conséquence de la liberté de ce dernier de se déplacer au sein de l'Union, liberté dont l'exercice a été limité par la législation en cause dans l'affaire au principal dans cet arrêt⁴². Cette conclusion est en soi suffisante et rend donc une analyse sur la base de la libre circulation des services tout à fait redondante. La situation est différente avec l'affaire *Schiebel Aircraft*. Dans ce second arrêt, la législation en cause dans l'affaire au principal s'applique indistinctement aux gérants salariés et aux gérants indépendants. Aucune indication factuelle n'aurait pu permettre à la Cour de connaître la situation des gérants en l'espèce. Tous ces éléments justifient que la Cour ait préféré appliquer les dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs et celles concernant la liberté d'établissement de façon concomitante. Il n'y a donc pas d'opposition entre ces deux arrêts, la Cour adoptant simplement une approche pragmatique de la question en sélectionnant la ou les libertés les plus pertinentes dans le cas d'espèce.

III. L'arrêt C-270/13 du 10 septembre 2014 (*Haralambidis*)⁴³

11. L'arrêt en question a pour objet une question préjudicielle du Conseil d'Etat italien. Monsieur Haralambidis, citoyen grec, avait été nommé par le ministère italien des transports comme président d'une autorité portuaire. Cette nomination a été remise en cause avec succès par l'un des candidats malheureux au poste. Selon lui, le fait que Monsieur Haralambidis ne disposait pas de la nationalité italienne excluait le fait qu'il puisse exercer une telle fonction⁴⁴.

Statuant en degré d'appel, le Conseil d'Etat italien a été confronté à plusieurs difficultés. L'aspect pertinent pour la présente étude est la qualification juridique de la relation entre les dirigeants d'autorités portuaires et l'Etat italien. Il importait en effet de savoir s'il s'agissait d'une relation régie par le droit privé ou par le droit public. Dans le premier cas, on pourrait voir en cette exclusion des ressortissants d'autres Etats membres de l'exercice de fonctions de président d'autorité portuaire une exigence relative à la nationalité ; celle-ci pourrait s'avérer contraire à la liberté de circulation des travailleurs telle que consacrée à l'article 45 du T.F.U.E., sinon à la liberté

⁴¹ §§ 37 et 39 de l'arrêt.

⁴² Arrêt *Petersen*, *op cit.*, § 62.

⁴³ CJUE, 10 septembre 2014, *Haralambidis*, C-270/13, publié au recueil numérique.

⁴⁴ §§ 15 à 20 de l'arrêt.

d'établissement telle que consacrée par l'article 49 du T.F.U.E. Dans le second cas, l'exclusion ne serait pas problématique⁴⁵. Tant la loi que la jurisprudence italiennes se bornaient alors à faire mention d'« établissements publics » ou d'« établissements publics économiques » sans définir davantage la nature des relations qui existent entre le président de l'autorité portuaire et l'Etat italien. C'est précisément sur ce point que le Conseil d'Etat italien a demandé un éclaircissement à la Cour de justice. En outre, il a insisté sur le fait que la situation en cause dans l'affaire au principal ne lui semblait pas caractérisée par la présence d'un lien de subordination⁴⁶.

12. La Cour a, d'abord, rappelé que la notion de travailleur au sens de 45 du T.F.U.E. a une portée autonome en droit de l'Union, ne doit pas être interprétée de façon restrictive et que les critères de qualification sont ceux énoncés dans l'arrêt *Lawrie-Blum* à savoir, l'existence d'un rapport de subordination, le paiement d'une rémunération et l'exercice d'une activité professionnelle réelle et effective⁴⁷.

La Cour a observé que dans l'affaire au principal, le ministre italien des transports exerce un contrôle important sur les activités du président de l'autorité portuaire. Outre le fait qu'il le nomme et puisse le révoquer en cas d'irrégularités de gestion, il lui revient d'approuver les délibérations relatives au budget prévisionnel ainsi que la détermination du personnel de secrétariat technique et opérationnel⁴⁸.

La Cour a estimé que l'on ne se trouve pas en présence d'un prestataire de services indépendant⁴⁹, puisque les éléments qui permettent généralement de qualifier comme telles une activité ne sont pas réunis dans l'affaire au principal (flexibilité accrue en matière de choix du type de travail et des missions à accomplir, des modalités d'exécution de ces tâches ou travaux, des horaires et du lieu de travail, et davantage de liberté dans le recrutement de ses propres collaborateurs).

Quant à la question de la rémunération, celle-ci est fixée par un décret ministériel et calquée sur celle des hauts fonctionnaires de l'administration italienne. La Cour a, sur ce point, considéré qu'elle présente les « caractères de prévision et de régularité inhérents à la relation de travail »⁵⁰. On se trouve bien en présence d'un travailleur et par conséquent l'article 45 du T.F.U.E. doit être appliqué.

13. La Cour de justice a, ensuite, vérifié si les fonctions attribuées au président de l'autorité portuaire comportent des prérogatives de puissance publique et de

⁴⁵ §§ 21 et 24 de l'arrêt ; article 45 (4) du T.F.U.E. en matière de libre circulation des travailleurs et article 51 T.F.U.E. en matière de liberté d'établissement.

⁴⁶ §§ 22 et 23 de l'arrêt.

⁴⁷ § 29 de l'arrêt.

⁴⁸ §§ 30, 31 et 32 de l'arrêt.

⁴⁹ §33 de l'arrêt.

⁵⁰ §§ 35 et 36 de l'arrêt.

sauvegarde des intérêts de l'Etat, qui justifieraient le fait de les réserver uniquement aux citoyens italiens⁵¹. La Cour a considéré que le président n'exerce de telles prérogatives que de manière marginale, l'essentiel de son activité présentant un caractère technique et de gestion. En vertu de la jurisprudence de la Cour, l'exercice de prérogative de puissance publique de manière sporadique n'est pas suffisant pour exclure des ressortissants d'autres Etats membres de l'exercice de ces fonctions⁵².

La Cour a, dès lors, conclu que l'exception énoncée à l'article 45, §4 du T.F.U.E. ne peut s'appliquer dans l'affaire au principal et que l'Etat italien ne peut pas s'en servir comme base pour réserver les fonctions de président d'une autorité portuaire à l'un de ses ressortissants. La question relative à la liberté d'établissement ayant été posée à titre subsidiaire, et dans l'hypothèse où l'article 45 du T.F.U.E. ne s'appliquait pas à l'affaire au principal, la Cour a estimé qu'il n'était pas nécessaire qu'une réponse soit apportée sur ce point⁵³.

B) Renvoi à une autre définition (nationale ou autre) ou des conditions plus souples de la définition Lawrie-Blum dans le contexte du droit primaire.

14. Nous n'avons pas trouvé d'arrêt rendu dans le contexte du droit primaire pendant la période étudiée où la Cour de justice écartait la définition établie par l'arrêt *Lawrie-Blum*. Cela ne veut cependant pas dire que cela soit impossible à envisager. Cette hypothèse est confortée par la lecture d'arrêts plus anciens, *Jany*⁵⁴ et *Agegate*⁵⁵. Bien que ces arrêts soient prononcés à la suite de renvois préjudiciels concernant des actes d'adhésion ainsi que des accords d'association entre l'Union (les Communautés européennes à l'époque) et des Etats qui n'en étaient pas encore membres⁵⁶, la Cour a expressément indiqué que les notions de travailleur indépendant et de travailleur salarié

⁵¹ §46 de l'arrêt.

⁵² §§ 48 à 60 de l'arrêt.

Référence à la jurisprudence CJCE, arrêt du 30 septembre 2003, C-405/01 (*Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*), Rec., 2003, p. I-10391 ; CJCE, arrêt du 30 septembre 2003, C-47/02 (*Anker*), Rec., 2003, p. I-10447 ; CJCE, arrêt du 11 mars 2008, C-89/07 (*Commission contre France*), Rec., 2008, p. I-00045.

⁵³ §64 de l'arrêt.

⁵⁴ CJCE, arrêt du 20 novembre 2001, *Jany*, C-268/99, Rec. 2001 I-08615, § 70. Cons. T. VAN PEIJPE, *op cit.*, pp. 46-48.

⁵⁵ CJCE, arrêt du 14 décembre 1989, *Agegate*, C-3/87, Rec. 1989, p. 04459, § 36. Cons. M. RISAK et T. DULLINGER, « The Concept of Worker in EU-Labour Law — Still Fit for Purpose? », *op cit.*, p. 26.

⁵⁶ Accord européen établissant l'association entre les Communautés européennes et leurs Etats membres d'une part et la République de Pologne d'autre part, conclu et approuvé au nom des Communautés par la décision 93/743 Euratom, CECA, CE du Conseil et de la Commission du 13 décembre 1993, *J.O.*, L. 348 p. 1, articles 44 et 58 ; Accord européen établissant l'association entre les Communautés européennes et leurs Etats membres d'une part et la République tchèque d'autre part, conclu et approuvé au nom des Communautés par la décision 94/910/CECA, CE, Euratom du Conseil et de la Commission du 19 décembre 1994, *J.O.*, L. 360, p. 1, articles 45 et 59 pour l'arrêt *Jany* ; acte relatif à l'adhésion du Royaume d'Espagne et de la République portugaise aux Communautés européennes de 1985 *J.O.* L. 302, p. 23, articles 55 et 56, pour l'arrêt *Agegate*.

qui s’y trouvaient étaient identiques à ceux auxquels les articles du T.F.U.E. font référence⁵⁷. Dans les deux affaires, il était question de déterminer si l’on était en présence d’un travailleur indépendant. Dans l’arrêt *Jany*, Cour a exigé en plus de la preuve de l’absence de lien de subordination de prostituées la rencontre de deux autres conditions : la personne doit agir pour son propre compte et sous sa propre responsabilité⁵⁸, et il ne faut pas que la rémunération lui ait été intégralement et directement versée par son cocontractant. La Cour a envisagé les trois conditions de façon cumulative, ce qui signifie que si l’une d’entre elles n’est pas rencontrée, l’on n’est pas en présence d’un travailleur indépendant. En revanche, dans l’arrêt *Agegate*, la Cour énumère une série d’éléments de fait permettant de constater – ou pas – la présence d’un lien de subordination chez des pêcheurs rémunérés à la part. Ces éléments sont la participation aux risques commerciaux de l’entreprise, la liberté de choisir son propre horaire et la faculté de recruter ses propres assistants ; ils ne sont pas considérés comme des conditions *sine qua non*, mais comme des éléments d’appréciation de la nature de la relation de travail.

II. Les arrêts prononcés dans le contexte du droit dérivé

15. Nous allons désormais prendre en considération les textes de droit dérivé destinés à réaliser la libre prestation de services et la liberté d’établissement consacrées par le T.F.U.E. La notion de travailleur et son caractère indépendant ou salarié sont également utilisés pour en définir le champ d’application. Dans un premier temps, nous nous concentrerons sur les arrêts rendus dans ce contexte durant la période étudiée où la Cour a appliqué sa jurisprudence issue de l’arrêt *Lawrie-Blum* afin de définir la notion de travailleur. Nous consacrerons la suite de notre étude aux arrêts où la Cour s’est écartée de cette jurisprudence pour prendre en compte d’autres éléments que la présence d’un pouvoir de direction pour déterminer si le travailleur est un salarié ou un indépendant.

A) Utilisation de la définition Lawrie Blum dans le contexte du droit dérivé

I. L’arrêt C-315/13 du 3 décembre 2014 (*De Clercq*)⁵⁹

16. L’arrêt *De Clercq* a pour objet une question préjudicielle du tribunal de première instance de Malines relative à l’interprétation de la directive 96/71 sur le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d’une prestation de services suite à une procédure pénale exercée contre les dirigeants de la société Termotech NV.

Cette dernière avait fait appel à des travailleurs et stagiaires détachés qui avaient été mis à sa disposition par une société sœur établie en Pologne. La société polonaise

⁵⁷ Arrêt *Jany*, § 37 ; arrêt *Agegate*, § 34.

⁵⁸ § 70 ; nous retrouverons cette condition dans l’arrêt *Zako*, voy. *infra*.

⁵⁹ CJUE, 3 décembre 2014, *De Clercq*, C-315/13, publié au recueil numérique.

n'avait pas déclaré le détachement auprès des autorités belges. On a donc reproché aux dirigeants de Termotech d'avoir violé à plusieurs reprises l'obligation établie par la législation belge⁶⁰ en ne communiquant pas les données d'identification de ces travailleurs et stagiaires alors que cette société en était l'utilisatrice finale.

17. On peut remarquer, à titre liminaire, que cet arrêt est postérieur à l'arrêt *Commission c. Belgique*⁶¹ relatif à l'obligation faite aux indépendants originaires d'autres Etats membres, d'effectuer une déclaration Limosa en cas de prestation de services sur le territoire belge. La Cour de justice a admis que l'obligation de déclaration puisse être justifiée par le souci de lutter contre le phénomène des « faux indépendants ». Elle a néanmoins conclu à l'incompatibilité du dispositif belge avec la libre prestation de services garantie, dès lors que ce dispositif ne respectait pas le critère de proportionnalité. A la suite de l'arrêt de la Cour, le législateur belge a modifié la loi en 2015, soit après l'arrêt analysé ici⁶².

18. Les prévenus en l'espèce ont fait valoir que l'obligation de communication des données d'identification des travailleurs salariés détachés aux autorités belges par l'utilisateur final constituait une entrave disproportionnée à la libre prestation de services. La juridiction de renvoi a, alors, interrogé la Cour sur la compatibilité d'une telle obligation légale avec les articles 56 et 57 du T.F.U.E. ainsi qu'avec la directive 2006/123⁶³ relative à la libre prestation de services⁶⁴.

La Cour a observé que la réglementation belge, établissant des obligations à charge des utilisateurs finaux des travailleurs détachés, dont le non-respect fait l'objet de surcroît de sanctions pénales, est de nature à rendre moins attrayant le recours à des travailleurs détachés sur le territoire belge⁶⁵. La Cour a, cependant, admis la justification avancée par le gouvernement belge relative à la protection desdits travailleurs détachés pour assurer un contrôle effectif du respect de la législation belge qui leur est applicable, la lutte contre le dumping social et la fraude ainsi que la préservation de l'équilibre financier du système de sécurité sociale belge⁶⁶. Elle a souligné par ailleurs qu'elle avait admis cette justification dans son précédent arrêt *Commission c. Belgique*. La Cour a conclu qu'il appartient à la juridiction belge de se prononcer sur le caractère proportionné des

⁶⁰ Article 141 de la loi-programme(I) du 27 décembre 2006, *M.B.*, 28 décembre 2006, et article 183 du Code pénal social, *M.B.*, 1er juillet 2010.

⁶¹ CJUE, 19 décembre 2012, *Commission c. Belgique*, C-577 /10, publié au recueil numérique.

⁶² Loi du 16 novembre 2015 portant des dispositions diverses en matière sociale, *M.B.*, 26 novembre 2015.

⁶³ Directive 2006/123 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *J.O.*, L 376, 27 décembre 2006, pp. 36–68.

⁶⁴ §§ 30 à 34 de l'arrêt.

⁶⁵ § 59 de l'arrêt.

⁶⁶ §§ 63, 65, 67, 68 et 69 de l'arrêt.

mesures prises, bien qu'au vu des éléments qui lui ont été présentés, il est fort probable que ce soit le cas⁶⁷.

19. Ce qui est surtout intéressant à souligner pour la présente étude est la réflexion de la Cour au § 36 de l'arrêt examiné. La juridiction de renvoi faisant référence tant à la situation des travailleurs détachés qu'à celle des stagiaires détachés, la Cour souligne que ses développements relatifs aux travailleurs s'appliquent aussi aux stagiaires « dès lors que leur stage est effectué dans les conditions d'une activité salariée réelle et effective », et renvoie expressément à l'arrêt *Lawrie-Blum* pour appuyer cette conclusion.

II. L'arrêt C-260/17 du 25 octobre 2018(*Anodiki Services EPE*)⁶⁸

20. Cet arrêt a pour objet une demande en renvoi préjudiciel du Conseil d'Etat grec en lien avec l'interprétation de la directive 2014/24 UE relative à la passation de marchés publics, qui participe tant à la construction de la libre prestation de services qu'à celle de la liberté d'établissement⁶⁹.

L'Etat grec, frappé de plein fouet par la crise de sa dette souveraine, a été amené à adopter l'article 103 paragraphe 2 de sa Constitution, qui limite drastiquement la possibilité pour les autorités publiques de créer des postes statutaires. Il demeure néanmoins possible de recourir de façon exceptionnelle à l'emploi contractuel à durée indéterminée, en vue de satisfaire à des besoins actuels et urgents pour autant qu'une loi spéciale l'autorise.

Deux établissements hospitaliers publics ont décidé de conclure sur cette base une série de contrats de travail individuels à durée déterminée pour effectuer des tâches de nettoyage et de restauration. Pour sélectionner les candidats, il a été décidé de se référer à des critères objectifs tels que la durée de chômage, l'expérience antérieure ou le nombre d'enfants à charge, des points étant attribués selon un barème prédéterminé, et non pas à une évaluation individuelle et subjective. L'entreprise *Anodiki Services*, qui était active entre autres dans ces domaines, s'est plainte de l'absence d'organisation d'une procédure d'octroi de marché public. Elle estimait avoir été privée d'une chance d'obtenir le marché en question. Selon elle, les hôpitaux ont violé la directive 2014/24. Elle a intenté un recours en annulation de leurs décisions devant le Conseil d'Etat grec. Ce dernier a décidé de sursoir à statuer et a posé plusieurs questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne.

⁶⁷ §§ 71 à 74 de l'arrêt.

⁶⁸ CJUE, 25 octobre 2018, *Anodiki Services EPE*, C-260/17, publié au recueil numérique.

⁶⁹ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, *J.O.*, L. 94, 28 mars 2014.

La première question préjudicielle retiendra particulièrement notre attention. La juridiction de renvoi se demandait si des contrats tels que ceux conclus dans l'affaire au principal, relevaient de la catégorie des « contrats d'emploi », exclus du champ d'application de la directive 2014/24, en vertu de l'article 10 g) de celle-ci.

21. La Cour de justice a, d'abord, souligné que la notion de contrat d'emploi n'est définie nulle part dans le texte de la directive, qui ne fait pas plus renvoi aux définitions pouvant exister en droit national. La Cour a, dès lors, considéré qu'en vertu d'une jurisprudence constante, il s'agit d'un concept autonome qui appelle une interprétation uniforme sur l'ensemble du territoire de l'Union⁷⁰.

La Cour a, ensuite, estimé que le considérant n° 5 de la directive établit clairement que celle-ci n'oblige en rien les Etats membres à recourir à un marché public alors qu'ils souhaiteraient fournir eux-mêmes des services, en recrutant pour ce faire du personnel propre.

La Cour a alors établi une définition de cette fameuse notion de « contrat d'emploi »⁷¹. Par sa nature, dit-elle, ce concept renvoie à celui de relation de travail entre un employé et un employeur, que la Cour définit de la même façon que dans l'arrêt *Lawrie-Blum* : « La caractéristique de la relation de travail est la circonstance qu'une personne accomplit pendant un certain temps, en faveur d'une autre personne et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération ».

22. Quant aux spécificités des contrats conclus dans l'affaire au principal, elles sont sans pertinence selon la Cour. L'utilisation de critères objectifs dans le processus de recrutement ne permet pas d'écarter la qualification de « contrat d'emploi » telle que définie ci-dessus. Est également indifférent le fait qu'il s'agisse de contrats de travail à durée déterminée, l'expression « pendant un certain temps » utilisée dans la définition ne renvoyant pas uniquement au travail à durée indéterminée⁷².

Bien que la Cour prenne la précaution de laisser à la juridiction de renvoi le soin de déterminer si l'on est bien en présence d'un tel « contrat d'emploi », établissant une relation de travail salarié et, la réponse est ici clairement qu'en principe, la directive 2014/24 sur les marchés publics n'est pas susceptible de s'appliquer à l'affaire au principal.

23. Le Conseil d'Etat grec a demandé, par sa seconde question préjudicielle, si la décision des établissements hospitaliers d'avoir recours à des contrats d'emploi ne

⁷⁰ §§ 24 et 25 ; référence à la jurisprudence CJUE, 19 décembre 2013, *Fish Legal et Shirley*, C-279/12, publié au recueil numérique, et CJUE, 19 juin 2018, *Baumeister*, C-15/16, publié au recueil numérique.

⁷¹ § 28 de l'arrêt.

⁷² §§ 30 et 31 de l'arrêt.

viole pas la liberté d'établissement et la libre prestation de services consacrés par les articles 49 et 56 du T.F.U.E. Sur ce point, la Cour a exclu l'application desdites dispositions aux circonstances dans l'affaire au principal. Ces dispositions trouvent à s'appliquer en matière de marchés publics dans le cas où une autorité publique décide de confier la prestation d'activités économiques à des tiers. Or, le fait d'être en présence d'un contrat d'emploi fait sortir le cas d'espèce du champ d'application de la directive relative aux marchés publics. Les libertés en question ne s'appliquent aucunement dans les cas où l'autorité décide d'accomplir par ses propres moyens des tâches d'intérêt public qui lui incombent⁷³.

B) Renvoi à une autre définition – ou des conditions plus souples de la définition Lawrie-Blum – dans l'interprétation du droit dérivé.

24. Nous n'avons pas trouvé d'arrêt se démarquant de la jurisprudence issue de l'arrêt *Lawrie-Blum* dans la jurisprudence antérieure à 2013 relative au droit dérivé relatif à la réalisation de la libre prestation de services de de la liberté d'établissement. Cependant il convient de citer l'arrêt *Van Der Steen*⁷⁴, concernant la directive 77/388 relative à l'harmonisation des législations des Etats membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaire⁷⁵. Tout comme dans l'arrêt *Jany* cité plus haut, il était question de savoir si l'on avait affaire à un travailleur indépendant, cette fois-ci au sens de la directive. M. Van Der Steen était à la fois l'unique administrateur, l'unique actionnaire et l'unique salarié de sa société de nettoyage. Ses prestations n'étaient soumises à la direction de personne d'autre que lui-même. L'application de la définition de l'arrêt *Lawrie-Blum* était donc exclue. La Cour a néanmoins conclu qu'il s'agissait d'un travailleur salarié. Elle a repris pour ce faire les mêmes critères que dans l'arrêt *Jany*, à savoir, qu'il n'y a pas de lien de subordination lorsque l'intéressé agit pour son propre compte et sous sa propre responsabilité, ne dépend pas de son cocontractant pour la détermination de ses conditions de rémunération et supporte le risque économique de son activité⁷⁶. Contrairement à l'arrêt *Jany*, ces éléments ont cependant été envisagés comme faisant partie du critère de subordination lui-même (ce qui revient tout de même à s'écarter de façon substantielle de l'arrêt *Lawrie-Blum*). Les deux arrêts que nous analyserons dans les lignes qui suivent peuvent chacun être rattachés tantôt à l'arrêt *Van Der Steen*, en considérant que ces éléments relèvent de la notion de subordination étendue pour l'occasion, tantôt à l'arrêt *Jany*, en les envisageant comme des critères indépendants et cumulatifs.

⁷³ §§ 35, 36 et 37 de l'arrêt.

⁷⁴ CJCE, arrêt du 18 octobre 2007, *Van Der Steen*, C-355/06, Rec. 2007 I-08863 ; Cons. T. VAN PEIJPE, *op cit.*, pp. 46-48.

⁷⁵ 6^{ème} Directive 77/388 CE en matière d'harmonisation des législations des Etats membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaire, *J.O.*, L. 145, p. 1.

⁷⁶ Référence pour ce dernier élément à la jurisprudence de la Cour, CJCE, arrêt du 25 juillet 1991, *Ayuntamiento de Sevilla*, C-202/90, Rec. 1991 I-04247, §13 ; il y était question du caractère indépendant de l'activité de percepteurs d'impôts au regard de la directive 77/388.

I. L'arrêt C-555/11 du 17 octobre 2013 (EEAE)⁷⁷

25. Dans cet arrêt, la Cour est été saisie d'une question préjudicielle posée par une juridiction grecque relative à l'interprétation de la directive 2002/92 concernant l'accès aux activités d'intermédiation en assurances et leur exercice par des personnes physiques et morales au sein de l'Union⁷⁸.

Ce que le législateur européen appelle intermédiation d'assurances couvre des activités attribuées en droit belge à des agents d'assurance ou des courtiers en assurances. L'article 2, § 3, alinéa 2, de la directive exclut de son champ d'application les activités exercées par des entreprises d'assurance ou par un salarié d'une entreprise d'assurance qui agit sous la responsabilité de celle-ci.

En transposant la directive, le législateur grec avait adopté une disposition autorisant tout employé d'une entreprise d'assurances à exercer une activité d'intermédiation d'assurances sans pour autant être soumis aux exigences de ladite directive, à condition que cette activité exercée à titre occasionnel pour le propre compte dudit salarié et sous réserve de respecter un plafond de revenus bruts annuel de cinq mille euros.

Les associations grecques de professionnels indépendants en matière d'intermédiation d'assurances ont contesté la conformité de la législation nationale à l'égard du droit de l'Union. Le Conseil d'Etat grec a estimé que, pour la résolution du litige au principal, il était nécessaire de définir l'étendue exacte du champ d'application de la directive et l'interprétation à donner à son article 2, point 3, alinéa 2⁷⁹. En effet, au sein de cette juridiction, deux visions s'opposaient. Pour la chambre qui devait statuer sur le litige au principal, cet article couvre la situation d'un salarié d'une entreprise d'assurance qui n'agit pas dans le cadre du lien de subordination, qui ne dispose pas des qualifications requises par la directive mais qui fait l'objet d'une certaine surveillance par l'entreprise de ses activités et est autorisé à se livrer à des activités d'intermédiaire d'assurances pour son compte⁸⁰. Une autre chambre ne partageait cependant pas cette position, ce qui a poussé la première à saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel.

La Cour a dès lors été amenée à se prononcer sur l'interprétation à donner au fait pour un salarié d' « agir sous la responsabilité » de l'entreprise⁸¹. Aux yeux de la Cour, cela signifie que les salariés, pour être exclus du champ d'application de la directive, doivent

⁷⁷ CJUE, 17 octobre 2013, *EEAE*, C-555/11, publié au recueil numérique.

⁷⁸ Directive 2002/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 décembre 2002 sur l'intermédiation en assurance, *J.O.*, L 9, 15.1.2003, p. 3–10.

⁷⁹ § 16.

⁸⁰ § 17.

⁸¹ §§ 22 et 23.

agir au nom et pour le compte de leur employeur de telle sorte que celui-ci puisse être tenu pour responsable de ces activités.

26. A ce stade du raisonnement de la Cour, un petit détour par les conclusions de l'avocat général Niilo Jaaskinen nous semble approprié⁸². Ce dernier a souligné que le fait que les salariés d'entreprises d'assurance ne soient pas soumis aux exigences de qualification imposées par la directive s'explique par la volonté de ne pas imposer ces exigences indirectement aux entreprises qui les emploient et agissent par leur entremise⁸³.

Dans ce cadre, est indifférent au regard de la directive le fait que les activités exercées par les salariés d'entreprises d'assurances sous la responsabilité de leur employeur ne relèvent pas exclusivement du cadre de leur « contrat de travail salarié » au sens du droit du travail national. En effet, tenir compte de la diversité des relations contractuelles au sein des Etats membres de l'Union porterait atteinte à l'interprétation de la dérogation prévue par la directive. Pour répondre à la question *in casu*, l'avocat général a proposé que la notion de salarié d'entreprise d'assurance au sens du droit de l'Union soit « raisonnablement interprétée comme visant les rapports contractuels entre un salarié et une société d'assurances qui sont caractérisés par un rapport *de subordination*⁸⁴. Or, dans un rapport contractuel dans lequel les parties sont en position d'égalité, aucune d'entre elles ne peut être considérée comme un salarié »⁸⁵.

Pour lui, l'effet utile de la directive exclut dès lors que les salariés d'une entreprise d'assurance puissent se livrer en leur nom propre aux activités visées par la directive sans remplir les conditions requises par cette dernière. Une législation telle que celle en cause dans l'affaire au principal revient à contourner ces exigences. Il a déploré la confusion que la législation nationale introduit notamment sur la question de la responsabilité⁸⁶.

Par ailleurs, la qualité de salarié d'une entreprise implique une obligation de loyauté vis-à-vis de son employeur qui cohabite mal avec l'indépendance et l'impartialité attendue d'un prestataire de services indépendant⁸⁷.

27. La Cour a estimé qu'un salarié agit sous la responsabilité de l'entreprise d'assurance lorsqu'il accomplit des actes au nom et pour le compte de cette dernière, mais aussi lorsque ladite entreprise peut être tenue responsable des activités du travailleur. La Cour fait coïncider cette responsabilité avec le fait que ces activités aient pris place dans

⁸² Av. Gén. N. JAASKINEN, concl, préc. CJUE, 17 octobre 2013, *EEAE*, C-555/11, publié au recueil numérique

⁸³ Conclusions, § 45.

⁸⁴ Nous soulignons.

⁸⁵ Conclusions, § 46 et note 27.

⁸⁶ Conclusions, §§ 48 et 49.

⁸⁷ Conclusions, § 50.

le cadre du lien de subordination qui unit l'un à l'autre. En dehors de ce lien, les exigences professionnelles énoncées par la directive deviennent applicables au travailleur.

La Cour a jugé que l'activité d'intermédiation exercée par un travailleur à titre occasionnel et en dehors de l'activité professionnelle principale n'était pas effectuée dans le cadre du lien de subordination qui l'unit à l'entreprise. La Cour a suivi son avocat général en concluant que l'exercice d'une « certaine surveillance » de cette activité par l'entreprise n'était pas suffisant pour établir l'existence de ce lien. L'entreprise ne peut donc pas en être tenue responsable⁸⁸. Il s'ensuit que l'activité d'intermédiation d'assurances telle qu'autorisée par la disposition grecque en cause dans l'affaire au principal n'échappe pas au champ d'application de la directive, qui ne permet pas que ces activités soient exercées par des prestataires ne disposant pas des qualifications nécessaires⁸⁹.

La Cour de justice ne se montre toutefois pas très diserte sur les éléments dont il faut tenir compte pour discerner la présence d'un lien de subordination. Il faut, sur ce point, signaler que les éléments présentés par la juridiction de renvoi manquaient de clarté, en particulier quant à la nature de la surveillance exercée par l'entreprise d'assurances. La lecture combinée de l'arrêt et des conclusions de l'avocat général nous permet néanmoins de tenter une reconstitution. Dès lors que le salarié agit pour son propre compte, le simple fait pour l'entreprise d'assurance qui l'emploie d'exercer une surveillance globale et formelle n'est pas suffisante pour attester la présence d'un lien de subordination.

L'arrêt associe de façon étroite le lien de subordination et le fait pour un travailleur d'agir sous la responsabilité de son employeur, le second ne pouvant être établi en l'absence du premier. On peut rapprocher cet arrêt de l'arrêt *Van der Steen*⁹⁰ où l'un des critères d'identification de la relation de travail indépendant était le fait que le travailleur agisse sous sa propre responsabilité (ce qui relève davantage de la (in)dépendance économique), ce critère étant inclus dans celui de l'absence de lien de subordination. Doit-on en déduire que la Cour n'envisage la responsabilité du travailleur que comme une conséquence de l'absence de lien de subordination ? Nous ne le pensons pas, puisque nous verrons que dans l'arrêt *Zako*, la Cour envisage à nouveau ces deux critères de façon distincte.

II. L'arrêt C-452/17 du 21 novembre 2018 (*Zako*)⁹¹

⁸⁸ §§ 23 et 24.

⁸⁹ § 32.

⁹⁰ CJCE, arrêt du 18 octobre 2007, *Van Der Steen*, C-355/06, Rec. 2007 I-08863.

⁹¹ CJUE, 21 novembre 2018, *Zako*, C-452/11, publié au recueil numérique.

28. L'arrêt étudié porte entre autres sur la question de la définition de la notion d'agent commercial indépendant au sens de la directive 86/653/CEE⁹².

Le litige ayant donné lieu à deux questions préjudicielles oppose deux sociétés, Zako et Sanidel. La première s'était vue confier par la seconde la tâche de promouvoir la vente de ses cuisines équipées. A cela s'ajoutaient d'autres tâches telles que la gestion du personnel ou encore des contacts avec tous les fournisseurs et entrepreneurs et non uniquement avec les clients, de même importance que la tâche de promotion. Zako a exécuté ses obligations par l'intermédiaire de M. Gaye, qui a constitué la société et en est le gérant ; il effectuait ses prestations de manière permanente au sein des locaux de Sanidel. Ni la collaboration entre M. Gaye et Sanidel, ni celle entre Zako et Sanidel n'ont été constatées par un écrit.

Le litige a éclaté lorsque Sanidel a décidé de mettre fin audit contrat. Après une tentative infructueuse de M. Gaye de faire reconnaître l'existence d'un contrat de représentant de commerce devant les juridictions du travail belges, la société Zako a tenté à son tour d'obtenir le paiement de prestations en qualifiant la relation de contrat d'entreprise, ce à quoi Sanidel a objecté qu'il s'agissait d'un contrat d'agence commerciale. Si cette dernière qualification était retenue, Zako ne pourrait plus agir en vertu des règles belges de prescription⁹³.

29. Se posait donc devant le juge belge la question de savoir si la situation pouvait être qualifiée, au sens de la directive, de contrat d'agence commerciale ou si la relation en cause dans l'affaire au principal constituait un contrat d'entreprise, au sens du droit national.

La question préjudicielle posée à la Cour de justice porte dès lors sur le champ d'application de la directive relative aux agents commerciaux indépendants. Deux doutes doivent être levés par la Cour : la question de l'absence d'itinérance du prestataire en l'espèce et celle de son autonomie par rapport à son cocontractant.

30. L'absence d'itinérance était source de difficultés pour la juridiction belge. En effet, ni le texte de la directive ni celui de la loi la transposant en droit belge⁹⁴ ne requièrent le caractère itinérant des tâches exercées. Néanmoins les travaux préparatoires de la loi précisent que l'activité de l'agent commercial consiste notamment

⁹² Directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, *J.O.*, L. 382, 31 décembre 1986, pp. 17-21.

⁹³ Article 26 de la loi du 13 avril 1995 relative aux contrats d'agence commerciale, *M.B.*, 2 juin 1995.

⁹⁴ Article 1er de la loi du 13 avril 1995 relative aux contrats d'agence commerciale, aujourd'hui article I.11.1° du Code de droit économique.

en la prospection de clients. Une majorité des auteurs belges⁹⁵ en déduisent que l'itinérance est dès lors exigée pour pouvoir qualifier une relation de contrat d'agence commerciale (tandis qu'un courant minoritaire n'y voit qu'un indice⁹⁶).

La Cour a énoncé que la directive n'impose aucunement l'itinérance comme condition de l'existence du contrat d'agence commerciale⁹⁷. De même, aucune disposition n'exclut la qualification d'agent commercial si le prestataire effectue en même temps d'autres tâches qui, sans pour autant être accessoires, sont d'une nature différente, à moins que l'Etat membre transposant la directive adopte une disposition en sens contraire⁹⁸.

31. La Cour a néanmoins rappelé qu'un des traits essentiels de l'agent commercial est le caractère indépendant de son activité⁹⁹. Or « l'indépendance de l'agent commercial peut être mise en cause non seulement par la subordination aux instructions du commettant mais également par *les modalités d'exercice des tâches qu'il exerce* »¹⁰⁰.

La Cour a ainsi relevé comme éléments susceptibles de compromettre ladite indépendance de l'agent, sa proximité étroite avec son commettant par sa présence permanente dans les locaux de ce dernier ainsi que les avantages qui accompagnent cette présence, comme sa propre boîte de messagerie électronique ainsi qu'une ligne téléphonique au sein de l'entreprise du commettant. Ces nombreuses facilités pourraient créer une situation de dépendance incompatible avec la notion même d'agent commercial et alléger également les frais dudit agent, ce qui réduirait *de facto* le risque économique supporté par ce dernier, surtout si ces avantages ne sont pas déduits des commissions qui lui sont versées pour ses prestations¹⁰¹. Ce faisant, la Cour a distingué le critère de l'activité du travailleur indépendant menée sous sa propre responsabilité de celui de l'existence d'un lien de subordination. La décision prise par la Cour dans le cadre de cette affaire se démarque dès lors de celle adoptée dans le cadre de l'arrêt *EEAE*.

⁹⁵ P. KILESTE et N. GODIN, *Contrat d'agence commerciale*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 38 et 39, notes 92 et 93 ; A. DE THEUX, *le statut européen de l'agent commercial. Approche critique de droit comparé*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires Saint Louis, 1992, p. 72 ; A. DE THEUX, *la fin du contrat d'agence commerciale. Articles 18 à 24 de la loi du 13 avril 1995*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 3, note 9.

E. DURSIN et K. VAN DEN BROECK, *Handelsagentuur*, Gand, Mys & Breesch, 1997, pp.32 et 33.

⁹⁶ C. DELFORGE, « Le contrat d'agence commerciale : qualification et ses principales incidences », *Le contrat d'agence commerciale : qualification et clauses particulières*, coll. Droit de l'entreprise, Bruges, Editions Vanden Broele, 2008, pp 25 et 27.

⁹⁷ Attendu n° 27 de l'arrêt ; Av. Gén. M. SZPUNAR, concl. préc. CJUE, 21 novembre 2018, *Zako*, C-452/17, publié au recueil numérique, § 23.

⁹⁸ §§ 38 et 44 de l'arrêt.

⁹⁹ § 23 de l'arrêt.

Conclusions, § 28.

¹⁰⁰ § 33 de l'arrêt ; nous soulignons.

¹⁰¹ § 33 de l'arrêt.

Etant donné que, selon les informations fournies par la juridiction belge, M. Gaye effectuait ses prestations auprès de Sanidel en toute autonomie, que ce soit à l'égard des clients, des fournisseurs ou des entrepreneurs avec lesquels il devait entretenir des contacts, la Cour de justice a déduit que rien ne semble s'opposer à la qualification de l'intéressé d'agent commercial¹⁰². Quant à l'existence de tâches accessoires, la Cour a adopté un raisonnement similaire, en estimant qu'il faille déterminer si ces tâches sont de nature à remettre en cause l'indépendance du prestataire dans le cadre de sa relation avec le commettant envisagée dans sa globalité¹⁰³.

III. Synthèse et conclusions. Lawrie-Blum comme horizon indépassable ?

32. Au terme de cet examen de la jurisprudence de la Cour de Justice (et parfois des conclusions de ses avocats généraux) nous pouvons tirer les conclusions suivantes pour chacun des deux axes étudiés. La notion de travailleur sert d'outil pour délimiter les champs d'applications respectifs de la liberté d'établissement de l'article 49 du T.F.U.E., de la libre prestation des services de l'article 56 du T.F.U.E. ainsi que des directives adoptées en vue de leur réalisation d'une part, et de la libre circulation des travailleurs de l'article 45 du T.F.U.E. d'autre part.

33. En ce qui concerne la liberté d'établissement et la libre prestation de services à proprement parler, c'est-à-dire le droit primaire, nous n'avons pas relevé d'arrêt se démarquant de la jurisprudence issue de l'arrêt Lawrie-Blum sur la période étudiée.

Dans l'arrêt *Haralambidis*, la question de la subordination occupe une place centrale pour déterminer si l'on est en présence d'un travailleur indépendant ou d'un travailleur salarié. La Cour conclut que le président de l'autorité portuaire ne peut être considéré comme un indépendant, vu les pouvoirs de révocation et de nomination dont dispose le ministre italien des transports à son égard. La Cour y précise également les éléments qui à ses yeux constituent des indices d'indépendance, à savoir la flexibilité accrue dans le choix des horaires de travail, des missions à accomplir, de leurs modalités d'exécution, du recrutement des collaborateurs... Autant d'éléments qui ne se retrouvaient pas en l'espèce (voy. *supra* n° 12).

Cependant, comme nous l'avons souligné au point 14, cela ne veut pas pour autant dire qu'il soit inconcevable d'envisager une autre définition dans ce contexte que celle établie dans l'arrêt *Lawrie-Blum*, comme les arrêts *Jany* et *Agegate*, antérieurs à la période étudiée, nous permettent de le penser.

¹⁰² § 35 de l'arrêt.

¹⁰³ §§ 49 et 50 de l'arrêt.

34. En deuxième lieu, nous relevons que dans le cadre du droit dérivé, c'est-à-dire des directives visant la réalisation de la liberté d'établissement et de la libre circulation des services, deux des arrêts analysés (*De Clercq, Anodiki Services*) reprennent la jurisprudence dégagée suite à l'arrêt *Lawrie-Blum*. Le travailleur est considéré comme un salarié à partir du moment où ses prestations sont accomplies sous la direction de son cocontractant.

Deux autres arrêts s'en démarquent en revanche. Dans les deux cas, il n'y a pas de signes de l'existence d'un tel pouvoir de direction concernant les prestations litigieuses. Cette absence aurait été en soi suffisante pour exclure l'existence d'une relation de travail salariée si la Cour s'était contentée de reprendre la jurisprudence précitée. Or c'est sur d'autres éléments que la Cour se fonde pour établir l'indépendance du travailleur.

Ainsi, dans l'arrêt *EEAE*, la Cour fait correspondre le fait d'agir sous la responsabilité de l'entreprise avec la notion de subordination. Nous avons vu que par la suite la Cour établit que le simple fait pour l'entreprise en question d'exercer une « certaine surveillance » (à entendre de loin et de façon peu stricte) sur un de ses employés agissant pour son propre compte ne pouvait être considéré comme suffisant pour établir un lien de subordination et que par conséquent, ce type de situation ne peut être considéré comme relevant d'une relation de travail exclue du champ d'application de la directive 2002/92 (voy. *supra* n° 27). Comme nous l'avons vu, cet arrêt peut être rapproché de l'arrêt *Van Der Steen* en ce que la Cour a enrichi le concept de subordination en vue d'y inclure le critère de la présence ou non de la responsabilité dans le chef du travailleur.

L'arrêt *Zako*, même s'il porte sur la matière très spécifique du contrat d'agence commerciale, est particulièrement pertinent en ce que la Cour et l'avocat général consacrent d'importants développements aux éléments pouvant amener à conclure à la présence ou à l'absence de ce lien de subordination lorsque l'agent effectue ses prestations dans les locaux de son commettant et ne se déplace pas pour prospecter une clientèle. Elle ajoute cependant que l'indépendance d'un agent commercial peut être également remise en cause par les modalités d'exercice de sa tâche. Si l'absence de subordination est un élément important pour conclure à l'indépendance, elle n'est pas le seul. Un mathématicien dirait qu'il s'agit là d'une condition nécessaire mais non suffisante à l'établissement de l'indépendance du travailleur. Cela signifie que certaines personnes pourraient se retrouver dans une situation inconfortable. D'une part, l'absence de lien de subordination ne permettrait pas de les considérer comme des salariés. D'autre part, on ne pourrait les qualifier d'agents commerciaux indépendants en raison des modalités d'exercice de leur tâche révélant une proximité trop étroite avec leur commettant (voy. *supra* n° 31), que nous pourrions envisager comme une forme de « dépendance économique ». Si tel est bien la portée de la décision de la Cour dans l'arrêt *Zako*, ce dernier s'éloignerait considérablement des enseignements de l'arrêt *Lawrie-Blum*. En l'espèce, l'autonomie dont M. Gaye jouissait permet à la Cour d'estimer, nonobstant le fait qu'elle laisse à la juridiction de renvoi le soin de trancher la question, que l'on est en présence

d'une relation caractérisée par l'indépendance. Nous avons cependant souligné que la Cour ne fournissait pas de solution si la juridiction de renvoi devait conclure à l'absence de subordination (voy. *supra* n° 31). Cet arrêt est quant à lui à rapprocher de l'arrêt *Jany* en ce qu'il envisage ces « modalités d'exercice », éléments de dépendance économique, en tant que critères supplémentaires et cumulatifs par rapport à celui de la subordination.

35. Ces observations nous permettent de conclure que la définition de la notion de travailleur telle qu'élaborée par la Cour l'arrêt *Lawrie-Blum* et centrée sur le pouvoir de direction ne constitue pas encore un « horizon indépassable » pour délimiter le champ d'application de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services, ainsi que des textes de droit dérivé adoptés en vue de favoriser leur réalisation. Certes, on peut y retrouver une tendance de la Cour de généraliser cette définition, dégagée dans le cadre de l'article 45 du T.F.U.E., à d'autres branches du droit européen, chose qui avait déjà été soulignée dans le contexte des directives de protection sociale. Notre étude nous a pourtant permis de montrer que cette tendance devait être nuancée. Les arrêts *EEAE* et *Zako* s'éloignent de l'arrêt *Lawrie-Blum*. Ils représentent respectivement deux courants déjà présents dans la jurisprudence antérieure : le premier cherchant à enrichir la notion de subordination en y incluant d'autres éléments tels que la question de la responsabilité, le second ajoutant ces éléments comme conditions à part entière à cumuler avec celle de le pouvoir de direction. Comme nous l'avons expliqué plus haut, nous ne pensons pas que cette jurisprudence se limite au seul droit dérivé, mais touche également le droit primaire.

On peut s'interroger quant aux raisons du maintien par la Cour de courants jurisprudentiels si distincts, et ce qui la retient d'appliquer la définition *Lawrie-Blum* à chaque fois qu'elle est confrontée à un cas relevant de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services. On peut constater que les arrêts analysés concernent des situations de dépendance économique, que la condition du pouvoir de direction, difficile à établir, ne permet pas d'appréhender. Il nous semble que la Cour essaie d'adopter une approche nuancée dans ces cas, et décide de prendre en considération des éléments lui offrant davantage de souplesse. Faut-il y voir une prise de position claire et ferme de la part de la Cour sur le sort à réserver aux travailleurs indépendants économiquement dépendants ? Ce serait hardi. Au terme de cet exposé, nous pouvons en tous cas conclure que les arrêts analysés par M. Van Peijpe en 2012 ne doivent pas être vus comme des accidents isolés, mais qu'il y a, dans certains cas, une volonté de la Cour de se démarquer de l'arrêt *Lawrie-Blum*.