



Article scientifique

Article

2010

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Stamm et Hauser, Grimme, Fokus Invest AG, Hengartner et Gasser ou les
accords bilatéraux ne créent pas un marché intérieur

Kaddous, Christine

How to cite

KADDOUS, Christine. Stamm et Hauser, Grimme, Fokus Invest AG, Hengartner et Gasser ou les accords bilatéraux ne créent pas un marché intérieur. In: Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht, 2010, vol. 20, n° 2, p. 129–136.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44203>

***Stamm et Hauser, Grimme, Fokus Invest AG, Hengartner et Gasser* ou les accords bilatéraux ne créent pas un marché intérieur**

par **Christine Kaddous***

Les accords internationaux conclus par l'Union européenne avec des Etats tiers, et par conséquent ceux conclus avec la Suisse, forment partie intégrante de l'ordre juridique de l'Union européenne dès leur entrée en vigueur, selon la formule de l'arrêt *Haegeman* de 1974.¹ A ce titre, la Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour les interpréter. Elle a fait usage de cette compétence à quatre reprises en ce qui concerne l'accord bilatéral entre la Suisse et l'Union européenne en matière de libre circulation des personnes.

Les quatre affaires ont été introduites par des juridictions d'Etats membres de l'Union européenne en application des dispositions du traité CE. L'arrêt *Stamm et Hauser*, du 22 décembre 2008, premier arrêt rendu par la Cour de justice sur l'interprétation de l'accord bilatéral, porte sur la notion de frontaliers indépendants et sur l'application du principe de l'égalité de traitement contenu dans l'accord.² Le deuxième arrêt, *Grimme*, du 12 novembre 2009, examine la question de l'obligation d'adhérer à une assurance vieillesse d'un Etat membre pour un membre du conseil d'administration d'une société anonyme de droit suisse, dirigeant, dans l'Etat membre en question, une succursale de celle-ci.³ Le troisième arrêt, *Fokus Invest AG*, rendu le 11 février 2010, concerne la libre circulation des capitaux et les conditions d'acquisition de biens immobiliers dans un Etat membre par une société de droit de ce même Etat, dont les parts sont détenues par une société de droit suisse.⁴ Le quatrième arrêt, *Hengartner*, du 15 juillet 2010, examine les dispositions de l'accord bilatéral relatives à la prestation de services et à la liberté d'établissement et statue sur la conformité avec lesdites dispositions de la perception, par un Etat membre, auprès de ressortissants de nationalité suisse, d'une taxe régionale d'un taux plus élevé que celui appliqué aux ressortissants des Etats membres de l'Union européenne.⁵

* Christine Kaddous, professeur de droit européen à l'Université de Genève, Chaire Jean Monnet, Directeur du Centre d'études juridiques européennes.

¹ CJCE, arrêt *Haegeman* du 30 avril 1974, aff. 181/73, Rec. 1974, p. 449.

² CJCE, arrêt *Stamm et Hauser* du 22 décembre 2008, aff. C-13/08, Rec. 2008, p. I-11087.

³ CJCE, arrêt *Grimme* du 12 novembre 2009, aff. C-351/08, non encore publié au Recueil.

⁴ CJUE, arrêt *Fokus Invest AG* du 11 février 2010, aff. C-541/08, non encore publié au Recueil.

⁵ CJUE, arrêt *Hengartner et Gasser* du 15 juillet 2010, aff. C-70/09, non encore publié au Recueil.

Compte tenu de leur complexité et de leur diversité, les problèmes juridiques que la Cour de justice a dû examiner doivent être présentés successivement en rapport avec chaque arrêt (I). Ces arrêts épousent une logique commune en ce sens qu'ils montrent clairement la volonté de la Cour de justice d'établir la différence entre le marché intérieur de l'Union européenne et les accords bilatéraux conclus avec la Suisse en insistant sur les finalités de l'accord sur la libre circulation des personnes qui sont distinctes de celles de la construction européenne (II).

I. Les problèmes juridiques examinés par la Cour de justice

Stamm et Hauser

Le litige dans le premier arrêt opposait M. Stamm et Mme Hauser au Regierungspräsidium Freiburg en Allemagne au sujet de l'applicabilité du principe d'égalité de traitement aux frontaliers indépendants suisses. En l'espèce, M. Stamm, agriculteur suisse, dont l'exploitation a son siège en Suisse, a conclu avec Mme Hauser, domiciliée en Allemagne, un bail rural sur des terres agricoles situées en Allemagne. L'administration allemande de l'agriculture a émis des objections au sujet dudit bail et a ordonné aux parties de le résilier. Compte tenu du refus des parties d'obtempérer, le contrat a finalement été annulé par un tribunal allemand au motif que l'affermage en question impliquait une répartition « inappropriée » de l'utilisation des sols. Après un appel sans succès devant l'Oberlandesgericht Karlsruhe à Freiburg, l'affaire a été portée devant le Bundesgerichtshof qui a demandé en substance à la Cour de justice si l'égalité de traitement prévue à l'article 15 de l'annexe I de l'accord bilatéral est applicable aux « frontaliers indépendants » visés à l'article 13 de cette même annexe. Après un examen détaillé des dispositions de l'annexe, de la structure des chapitres II et III intitulés respectivement « travailleurs salariés » et « indépendants » et des finalités de l'accord, la Cour de justice a considéré qu'en vertu de l'article 15, paragraphe 1, de l'annexe I de l'accord, une partie contractante doit accorder aux « frontaliers indépendants », de l'autre partie contractante, en ce qui concerne l'accès à une activité non salariée et à son exercice dans l'Etat d'accueil, un traitement non moins favorable que celui qui est accordé par ce dernier à ses propres ressortissants. Ainsi, l'article 15 de l'annexe I de l'accord doit être interprété comme applicable aussi bien aux indépendants qu'aux frontaliers indépendants.

Grimme

Le deuxième arrêt concernait un ressortissant allemand, M. Grimme, membre du conseil d'administration d'une société anonyme de droit suisse, lequel dirigeait en Allemagne une succursale de celle-ci. La caisse de maladie allemande a considéré que M. Grimme exerçait son activité dans la succursale allemande en tant que salarié et qu'il devait donc être affilié au régime légal d'assurance vieillesse. M. Grimme voulait au contraire être traité, en sa qualité de membre du conseil d'administration de la société anonyme de droit suisse et bénéficiaire du traitement similaire à celui d'un membre du directoire d'une société anonyme de droit allemand et ne pas être soumis à l'obligation d'affiliation au régime légal d'assurance vieillesse. Suite à divers recours, l'affaire a été portée devant le Bundessozialgericht, lequel a posé une question préjudicielle à la Cour de justice.

Les motifs de l'arrêt de la Cour de justice sont particulièrement intéressants. La Cour a commencé par rappeler que l'accord sur la libre circulation des personnes s'inscrit dans le cadre d'une série de sept accords sectoriels, signés le 21 juin 1999, et que ceux-ci avaient été signés postérieurement au rejet par la Suisse, le 6 décembre 1992, de l'accord sur l'Espace économique européen (EEE). Elle a ajouté que la Suisse a refusé de souscrire au projet d'un ensemble économique intégré avec un marché unique, fondé sur des règles communes entre ses membres, et a préféré la voie d'arrangements bilatéraux avec la Communauté et ses Etats membres, dans des domaines précis ; et qu'elle n'a pas non plus adhéré au marché intérieur de l'Union européenne qui vise à lever tous les obstacles pour créer un espace de liberté de circulation totale analogue à celui offert par un marché national, qui comprend entre autres, la libre prestation de services et la liberté d'établissement. Pour la Cour, l'accord sur la libre circulation des personnes a été signé pour resserrer les liens entre les parties contractantes. Dans ce contexte, elle a considéré que « l'interprétation donnée aux dispositions de droit communautaire concernant le marché intérieur ne peut pas être automatiquement transposée à l'interprétation de l'accord, sauf dispositions expresses à cet effet prévues par l'accord lui-même »⁶ et a renvoyé en ce sens à l'arrêt *Polydor* de 1982.⁷

Pour répondre à la question préjudicielle, elle a dû déterminer si l'accord bilatéral garantit un droit de libre établissement tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales qui ont été constituées en vertu du droit d'un Etat membre de l'Union européenne ou du droit suisse, et ont leur siège social, leur administration centrale ou leur principal établissement sur le territoire d'une partie contractante. Elle a observé qu'à l'exception des articles 5, paragraphe 1,

⁶ CJCE, arrêt *Grimme* (précité), point 29.

⁷ CJCE, arrêt *Polydor* du 9 février 1982, aff. 270 /80, Rec. 1982, p. 329, pts 15 à 19.

de l'accord et 18 de l'annexe I de l'accord, qui prévoient que les sociétés bénéficient d'un droit de prestation de services déterminé, aucune disposition de l'accord ou de son annexe n'octroyait de droit aux personnes morales, et particulièrement de droit d'établissement sur le territoire de l'une ou l'autre partie contractante. Selon l'accord, le droit d'établissement est réservé au seul indépendant ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne ou de la Suisse. Le mécanisme de l'article 16, paragraphe 1, de l'accord, qui prévoit que les parties contractantes prendront toutes les mesures nécessaires pour que les droits et obligations équivalant à ceux contenus dans les actes juridiques de la Communauté (lire aujourd'hui Union européenne) auxquels il est fait référence trouvent application dans leurs relations, ne prévoit cette application que pour atteindre les objectifs de l'accord. Or, celui-ci ne reconnaît pas parmi les objectifs énumérés à l'article 1 le droit d'établissement d'une personne morale et aucune disposition de l'accord ne fait référence à un tel droit. La Cour de justice a par ailleurs refusé l'application des dispositions en matière de libre prestation de services, considérant qu'un ressortissant d'un Etat membre, qui exerce un travail permanent dans cet Etat, dépassant nécessairement 90 jours de travail effectif par année civile (durée prévue par l'accord bilatéral aux articles 5, paragraphe 1 de l'accord et 17, sous a), de l'annexe I de l'accord) et à supposer même que son activité puisse être considérée comme transfrontalière, ne pouvait déduire aucun droit des dispositions de l'accord. Elle a, de surcroît, considéré inapplicable l'article 9 de l'annexe I de l'accord, lequel assure une égalité de traitement aux travailleurs salariés ressortissants d'une partie contractante sur le territoire de l'autre partie contractante compte tenu du fait que M. Grimme est ressortissant allemand et exerce son activité en tant qu'employé pour la succursale en Allemagne ; il ne saurait donc être question d'une discrimination commise par les autorités d'une partie contractante à l'égard d'un ressortissant d'une autre partie contractante.

Fokus Invest AG

L'arrêt *Fokus Invest AG*, troisième arrêt rendu par la Cour de justice sur l'accord bilatéral en matière de libre circulation des personnes, porte sur l'interprétation de l'article 25 de l'annexe I de l'accord ainsi que des articles 63 et 64, paragraphe 1, du traité FUE en matière de libre circulation des capitaux. Le juge autrichien souhaitait savoir si l'article 25 de l'annexe I de l'accord, qui impose l'égalité de traitement avec les ressortissants nationaux en matière d'acquisitions immobilières ne valait que pour les personnes physiques, à l'exclusion des sociétés. La Cour de justice s'est référée à l'arrêt *Grimme* et a rappelé que la Suisse n'avait ni adhéré au marché intérieur de l'Union européenne, ni accepté de souscrire à l'EEE, et que dès lors l'interprétation donnée aux dispositions de droit de l'Union européenne concernant ce marché ne peut être automatique-

ment transposée à l'interprétation de l'accord bilatéral, sauf dispositions expresses à cet effet prévues par l'accord lui-même. Ainsi, l'invocation de l'article 48 du traité CE, devenu l'article 54 du traité FUE, en ce sens qu'il assimilerait les sociétés aux personnes physiques en ce qui concerne la liberté d'établissement n'est pas pertinente en l'espèce. Dès lors, l'article 25 de l'annexe I de l'accord mentionne comme titulaires des droits, le ressortissant d'une partie contractante qui a un droit de séjour et le frontalier. Par conséquent, cette disposition présuppose qu'il ne peut s'agir que de personnes physiques et que l'égalité de traitement avec les ressortissants nationaux en matière d'acquisitions immobilières vaut uniquement pour les personnes physiques à l'exclusion des personnes morales.

La juridiction autrichienne souhaitait également savoir si la loi qui impose aux ressortissants étrangers, en cas d'acquisitions immobilières, l'obligation d'être titulaires d'une autorisation aux fins de cette acquisition ou bien la production d'une attestation selon laquelle les conditions prévues par la même loi pour bénéficier d'une exemption de cette obligation sont réunies, constitue une restriction à la libre circulation des capitaux admissible à l'égard de la confédération suisse en tant que pays tiers. Cette question se pose du fait que l'article 56 du traité CE, devenu l'article 63 du traité FUE, prévoit que toutes les restrictions aux mouvements de capitaux entre les Etats membres et entre les Etats membres et les Etats tiers sont interdites. Toutefois, s'agissant des échanges avec les Etats tiers, l'article 64, paragraphe 1, du traité FUE précise que l'interdiction des restrictions à la libre circulation des capitaux ne porte pas atteinte à l'application des restrictions existant le 31 décembre 1993 en vertu du droit national ou du droit de l'Union européenne lorsqu'ils impliquent des investissements directs, y compris les investissements immobiliers. Compte tenu du fait que les restrictions prévues dans la loi en vigueur sont identiques, dans leur substance, à la réglementation antérieure à 1994 et que la réglementation postérieure ne mettait pas en place des procédures nouvelles, la Cour a considéré que les restrictions en cause étaient admissibles à l'égard de la Suisse en tant que pays tiers.

Hengartner et Gasser

Le quatrième arrêt, rendu le 15 juillet 2010, *Hengartner et Gasser*, concerne des ressortissants suisses qui ont conclu avec une société un contrat de location d'un lot de chasse situé en Autriche pour une durée de six ans. Ils se sont vu imposer une taxe d'un taux plus élevé que celui appliqué aux ressortissants des Etats membres de l'Union européenne et invoquent une violation des droits à la liberté d'établissement et à l'égalité de traitement avec les citoyens de l'Union européenne. La question posée par la juridiction autrichienne a amené la Cour de justice à déterminer si l'activité en cause relève de la liberté d'établissement ou

de la libre prestation de services. La mise à disposition, contre rémunération, d'une circonscription territoriale pour y pratiquer la chasse constitue, pour la Cour de justice, une prestation de services présentant un caractère transfrontalier. MM. Hengartner et Gasser, locataires du droit de chasse, doivent se rendre sur le territoire autrichien afin d'y exercer leur droit. Ils sont les destinataires d'un service, qui consiste en l'octroi de la jouissance, contre rémunération, d'un droit de chasse dans un espace territorial et limité dans le temps. Le fait générateur de la taxe est constitué par la location du droit de chasse et seules les règles relatives à la libre prestation de services de l'accord bilatéral sont pertinentes aux fins d'apprécier la légalité de la taxe prélevée.

Ayant déterminé cela, la Cour de justice a ensuite examiné si lesdites dispositions de l'accord bilatéral doivent être interprétées comme s'opposant à une taxe qui opère une différence de taux en fonction de la nationalité du locataire du droit de chasse. Pour ce faire, elle s'est référée à l'article 5, paragraphe 3, de l'accord, lequel confère aux personnes considérées comme destinataires de services, un droit d'entrée et de séjour sur le territoire des parties contractantes et à l'article 23 de l'annexe I, lequel contient des dispositions particulières relatives au titre de séjour en faveur de ce type de personnes. Elle a considéré que l'accord vise à établir un principe général d'égalité de traitement en ce qui concerne le statut juridique des destinataires de services sur le territoire de l'une des parties contractantes. Toutefois, l'article 2, qui traite du principe de non-discrimination, ne prohibe toute discrimination des ressortissants de l'une des parties contractantes qui séjournent sur le territoire de l'autre partie contractante, mais uniquement les discriminations exercées en raison de la nationalité pour autant que la situation des ressortissants relève du champ d'application matériel des dispositions des annexes I à III de l'accord. Or, l'accord et ses annexes ne comportent aucune règle spécifique visant à faire bénéficier les destinataires de services du principe de non-discrimination dans le cadre de l'application de réglementations fiscales relatives aux transactions commerciales ayant pour objet une prestation de services.

La Cour de justice a également souligné dans cet arrêt, que la Suisse n'a pas adhéré au marché intérieur de l'Union européenne, qui vise à lever tous les obstacles pour créer un espace de liberté de circulation totale analogue à celui offert par un marché national, qui comprend en outre, la libre prestation de services et la liberté d'établissement, et que par conséquent l'interprétation donnée aux dispositions du droit de l'Union européenne concernant le marché intérieur ne peut être automatiquement transposée à l'interprétation de l'accord bilatéral. Dès lors, l'accord bilatéral ne s'oppose pas à ce que des ressortissants suisses, soient soumis en Autriche, en tant que destinataires de services, à un traitement différent de celui réservé aux citoyens de l'Union, au regard de la perception

d'une taxe due pour une prestation de services, telle que la mise à disposition d'un droit de chasse.

II. Les finalités de l'accord bilatéral sur la libre circulation des personnes et leur interprétation par la Cour de justice

Dans les quatre arrêts commentés, l'examen des finalités de l'accord bilatéral en matière de libre circulation des personnes mène la Cour de justice à des conclusions différentes.

Dans le premier arrêt de 2008, la Cour de justice a fait référence aux finalités de l'accord en rappelant que celui-ci a notamment pour objectifs l'attribution, en faveur des ressortissants des Etats membres de l'Union européenne et de la Suisse, d'un droit d'établissement en tant qu'indépendants ainsi que des mêmes conditions de vie, d'emploi et de travail que celles accordées aux nationaux. Elle a mis en évidence que ces objectifs ne seraient que partiellement atteints si les frontaliers indépendants, lors de l'exercice de leur activité, pouvaient être soumis à des restrictions particulières qui ne s'appliquent pas aux autres indépendants. La Cour a fait application de la méthode d'interprétation téléologique pour constater que différentes dispositions de l'annexe I de l'accord, lues à la lumière des articles 1 (objectifs de l'accord) et 2 (principe de non-discrimination) de l'accord, ne permettent pas de priver les frontaliers indépendants d'un traitement non moins favorable dans l'Etat d'accueil que celui qui est accordé par ce dernier à ses propres ressortissants en ce qui concerne l'accès à une activité non salariée et à l'exercice de celle-ci. La référence aux finalités de l'accord ainsi que le recours à la méthode d'interprétation téléologique ont permis une interprétation extensive de la disposition de l'accord bilatéral au bénéfice de l'individu, personne physique, qui a souhaité exercer son activité d'indépendant dans un autre Etat partie à l'accord.

Dans les trois autres arrêts de 2009 et 2010, la référence faite par la Cour de justice de l'Union européenne aux finalités de l'accord bilatéral a mis en évidence la différence d'objectifs entre l'accord bilatéral et le projet européen. La Cour a souligné que la Suisse n'avait ni adhéré au marché intérieur de l'Union européenne ni souscrit à la création d'un ensemble économique intégré avec un marché unique tel que celui mis en place dans le cadre de l'EEE. En cela, la Suisse est en retrait par rapport aux libertés applicables entre Etats membres de l'Union européenne et par rapport aux libertés applicables entre Etats parties à l'EEE, lequel compte aujourd'hui la participation de 30 Etats, les 27 Etats membres de l'Union européenne et les trois Etats de l'AELE, membres de l'EEE, soit la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein.

La référence à l'arrêt *Polydor* de 1982, qui concernait l'interprétation de dispositions de l'accord de libre-échange entre la Communauté économique européenne et le Portugal à l'époque, démontre clairement que, pour la Cour, les objectifs de l'accord sur la libre circulation des personnes ne sont pas identiques à ceux du marché intérieur en ce qui concerne la libre circulation des personnes, et que par conséquent l'accord bilatéral n'a pas les mêmes finalités que le traité FUE, en tout cas s'agissant de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services. Cela étant, la position adoptée par la Cour de justice n'est que la conséquence logique de la décision politique prise par les parties contractantes, la Suisse, la Communauté européenne (à l'époque) et ses Etats membres, au moment de la négociation et de la conclusion de l'accord bilatéral sur la libre circulation des personnes, créant une différence de substance entre les règles contenues dans l'accord et les règles applicables au sein de l'Union européenne. Cette différenciation implique que des restrictions liées à la liberté d'établissement des personnes morales ou des discriminations entre ressortissants suisses et citoyens de l'Union en matière de prestation de services peuvent subsister dans le cadre de l'accord bilatéral, alors qu'elles seraient inadmissibles à l'intérieur de l'Union européenne ou de l'EEE, dont l'accord prévoit des règles similaires ou identiques à celles du marché intérieur.

Ces arrêts récents rappellent les différences matérielles existantes entre l'accord bilatéral sur la libre circulation des personnes et le droit de l'Union européenne en la matière. Ce rappel est utile à l'heure où la Suisse et l'Union européenne se penchent sur les moyens d'améliorer « institutionnellement » le fonctionnement de leurs relations bilatérales.

Les réflexions en cours se concentrent sur l'élaboration de règles applicables en vue d'améliorer les mécanismes institutionnels ; elles ne devraient toutefois pas omettre de prendre en compte la dimension matérielle des relations sectorielles, lesquelles présentent des différences, parfois substantielles, avec les règles en application dans l'Union européenne ou dans l'EEE. Ces différences, qui peuvent en fonction des circonstances être en faveur ou en défaveur des ressortissants suisses (comme cela a été le cas dans les trois arrêts de 2009 et 2010), devraient être intégrées dans les réflexions actuelles. Que la volonté politique soit de les supprimer ou de les maintenir, en d'autres termes d'étendre ou non le champ de nos relations bilatérales, ces différences joueront un rôle déterminant sur le choix de l'instrument qui sera finalement arrêté par la Suisse et l'Union européenne en vue de réaliser leur objectif commun d'amélioration des relations bilatérales. Le choix à faire entre un accord-cadre, un EEE allégé, l'EEE tel qu'il existe, un accord d'association ou toute autre forme d'accord devra tenir compte de la relation indissociable entre l'« institutionnel » et le « matériel ».