

UN AUTRE VIKING DANS LE PRÉTOIRE

Commentaire sous CJ, 3F c. *Commission des Communautés européennes,* 9 juillet 2009, C-319/07 P

Franck LECOMTE¹

Résumé : *Le même jour, le Parlement danois adopte deux lois. La première crée un registre international autorisant les armateurs, dont le navire est inscrit sur ce registre, à employer des travailleurs résidant en dehors de l'UE à des conditions d'emploi régies par le droit de leur pays d'origine. La seconde vise à accorder diverses exonérations fiscales aux marins employés sur ces navires. S'appuyant sur les dispositions relatives aux aides d'État, un syndicat conteste la légalité de ces dernières mesures et forme par la suite un recours contre la décision de la Commission de ne pas soulever d'objections à l'égard de ces exonérations. Le présent arrêt examine l'appel formé contre l'ordonnance de rejet du TPI et se distingue pour trois motifs. En premier lieu, la Cour de justice (ex-CJCE) traite avec la plus grande diligence l'exception d'irrecevabilité soulevée par la Commission. Elle choisit en effet de statuer sur la recevabilité de l'action syndicale avant de renvoyer l'affaire devant le Tribunal (ex-TPI). Recevoir la demande fournit un instrument supplémentaire dans la «boîte à outils» syndicale et équivaut à reconnaître, en droit, la légitimité des représentants des travailleurs à participer à l'élaboration des politiques de l'emploi. En second lieu, le Tribunal devra se prononcer sur le fond du litige. L'examen de la procédure appropriée permet d'examiner de nouveau certains aspects relatifs à la compatibilité des politiques nationales de l'emploi à l'aune des dispositions relatives aux aides d'État. En dernier lieu, la nouvelle mention de l'article 151 TFUE (ex-136 TCE) mérite une attention particulière.*

1. Allocataire de recherche, Institut universitaire européen (IUE), Florence (Italie) ; enseignant invité, Institut Europe-Asie, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III. Je désire remercier les professeurs De Witte et Moreau ainsi que mes collègues S. Grosjean, C. Lazaro, C. Marzo, E. Mourlon-Druol, P. Reyniers et S. Renaud pour leurs précieux commentaires. L'auteur reste le seul responsable de toute erreur, omission ou imprécision.

Considéré comme une des pierres angulaires de la politique de l'emploi de l'Union, le caractère «programmatique» de cet énoncé l'a malgré tout confiné à un second rôle dans le système juridique de l'Union. La Cour semble avoir progressivement évolué sur cette question, puisque ce dispositif est désormais invocable afin de mettre en pratique la dualité d'objectifs de l'Union. À la suite de la récente saga du droit de l'emploi, l'examen de cette question, à partir de la présente décision, est une opportunité supplémentaire d'explorer à la fois l'utilisation qui est faite de cet énoncé dans le modèle argumentatif de la Cour et la dimension sociale de l'édifice juridique de l'Union.

- 1 Introduction
 - 2 La recevabilité du syndicat à contester la décision de la Commission
 - 2.1 Le régime des aides d'État et l'intervention de tiers
 - 2.2 L'irrecevabilité de la demande en première instance
 - 2.3 L'exclusion de l'exception d'irrecevabilité soulevée par la Commission
 - 3 La compatibilité des mesures avec le marché intérieur et la procédure d'examen appropriée
 - 3.1 L'examen d'une législation à l'aune du régime relatif aux aides d'État
 - 3.2 Les doutes relatifs à la compatibilité de la mesure fiscale avec le marché intérieur
 - 4 L'article 151 TFUE et le modèle argumentatif de la Cour
 - 4.1 La chaîne narrative autour de l'article 151 TFUE
 - 4.2 Les narrations autour de l'article 151 TFUE
 - 4.3 L'infiltration des dispositifs relatifs au droit de l'emploi dans les autres sphères
 - 5 Conclusion
- Summary*

1 INTRODUCTION

Les relations du travail sont généralement représentées sous les traits d'un rapport bilatéral entre la direction d'entreprise et le personnel (ou ses représentants)². S'il est incontestable que les entités publiques jouent un rôle particulier dans la structuration juridique des rapports d'emploi et des relations professionnelles³, elles sont aussi des utilisatrices de main-d'œuvre tout à fait singulières : le cadre juridique dans lequel les prestations se réalisent diffère du droit commun du travail⁴. Souvent négligé, un troisième aspect de leur activité est particulièrement digne d'intérêt. En

2. O. Kahn-Freund, *Labour and the Law*, 2nd ed., Londres, Steven & Sons, 1977, p. 4.

3. Voir, par exemple, L. Wedderburn, «Philosophies of Labour Law and Freedom of Association», *Industrial Law Journal (ILJ)*, 1989, pp. 1-38.

4. L'article 45-4 TFUE (ex-39-4 TCE) fournit sans doute l'élément le plus probant dans le domaine du droit de l'Union. Pour le droit de la République française, voir T. conf., 25 mars 1996, *Berkani c. CROUS de Lyon-Saint-Étienne*, D., 1996, p. 598, note Y. Saint-Jours ; *Dr. Soc.*, 1996, p. 735, obs. X. Prétot.

effet, que ce soit à l'échelon européen⁵ ou national⁶, les normes ayant pour objet le travail humain ont progressivement été intégrées dans un ensemble de politiques de l'emploi⁷. Ainsi, le marché de l'emploi est essentiellement façonné par diverses politiques publiques⁸. Ces évolutions dans la politique du droit invitent, symétriquement, à envisager un changement méthodologique dont l'aboutissement consisterait à replacer la notion d'emploi au cœur des études juridiques⁹ s'intéressant au travail et, finalement, à adopter une approche en termes de droit de l'emploi¹⁰. De manière générale, il semble être un préalable nécessaire à l'évaluation des transformations du droit du travail en Europe¹¹. Ce prisme du droit de l'emploi permet, ensuite, de mettre en lumière la dimension trilatérale des « relations d'emploi » (pôle patronal, pôle salarial et entités publiques). Par là même, il autorise non seulement à rendre compte de l'imbrication des sphères économiques et sociales dans les relations du travail en général¹² et du travail maritime en particulier¹³, mais aussi à voyager dans d'autres sphères du droit communément situées à la marge du droit du travail (droit public ou économique par exemple).

Le régime juridique des aides à l'emploi¹⁴ prolonge la mise au jour de la dimension trilatérale de la question de l'emploi et donne à voir la place et l'activité des entités nationales et européennes¹⁵ dans le traitement juridique de l'emploi dans

5. G. Lyon-Caen et A. Lyon-Caen, *Droit social international et européen*, 8^e éd., Paris, Dalloz, coll. « Précis », 1993, n° 322 et suiv. ; F. Gaudu, « L'influence du droit communautaire sur la politique de l'emploi », *Dr. Soc.*, 1993, p. 801 ; B. Teyssié, *Droit européen du travail*, 3^e éd., Paris, Litec, coll. « Manuels », 2006 ; P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, Paris, L.G.D.J., 2008, n° 301.
6. Pour une étude comparative, cf. le récent numéro spécial de la revue *European Sociological Review* (2009), vol. 25, numéro 6, sous la direction de P. Barbieri. Pour le droit français, voir F. Favennec-Héry, P.-Y. Verkindt, *Droit du travail*, Paris, L.G.D.J., coll. « Manuel », 2007, p. 293 et suiv. ; J. Péliissier, A. Supiot, A. Jeammaud, (avec la coll. de) G. Auzero, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 2008, n° 4 et suiv.
7. Sur la notion d'emploi en droit, cf. F. Gaudu, « La notion juridique d'emploi en droit privé », *Dr. Soc.*, 1987, p. 414 ; « Les notions d'emploi en droit », *Dr. Soc.*, 1996, pp. 569-576.
8. M. Freedland, « Employment Policy », in P. Davies *et al.* (dir.), *European Community Labour Law : Principles and Perspectives*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 275-309.
9. G. G. Balandì, « Diritto del mercato del lavoro e diritto del lavoro », *Lavoro e Diritto*, 2008, pp. 217-221 ; A. Jeammaud, « Mercato del lavoro e diritto del lavoro », *Lavoro e Diritto*, 2008, pp. 273-285 ; F. Valdés Dal-Ré, « Social Europe : Debates and Blows », in E. Ales *et al.* (dir.), *Fundamental Social Rights in Europe : Challenges and Opportunities*, Anvers, Oxford, Intersentia, 2009, pp. xi-xx, p. xvi.
10. Bien entendu, ces deux postures (droit du travail ou droit de l'emploi) ne sont pas exclusives. L'une ou l'autre sera préférée en fonction de l'objet d'étude examiné.
11. A. Supiot (dir.), *Au-delà de l'emploi*, Paris, Flammarion, 1999.
12. A. Jeammaud (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Paris, Dalloz, 2005.
13. P. Chaumette, « Le marin entre le navire et sa résidence. Le registre international français des navires (RIF) », *Revue critique de droit international privé*, 2006, pp. 275-299 ; plus généralement, on se référera avec beaucoup d'intérêt à la thèse de A. Charbonneau, *Marché international du travail maritime* (dir. P. Chaumette), Nantes, dactylographiée, 2008.
14. P. Rodière, préc., p. 330 et suiv.
15. J. Chevallier, « État et ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, Paris, Frison-Roche, 2003, pp. 59-72.

l'Union européenne (UE). D'une part, les normes relatives au Fonds social européen établissent un certain nombre de mécanismes en faveur de l'emploi (art. 162 du Traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE), ex-146 TCE). D'autre part, à travers le contrôle exercé par la Commission¹⁶ au nom du marché intérieur¹⁷, le droit de l'Union donne à voir les aides apportées par les entités publiques nationales (cf. art. 107 et 108 TFUE, ex-art. 87 et 88 TCE)¹⁸. Ces politiques de l'emploi consistent, pour une large part, à stimuler la demande de travail¹⁹; le présent arrêt en est une illustration.

En plus d'un registre ordinaire d'enregistrement des navires (le «registre DAS»), le Royaume du Danemark a adopté en juillet 1988 une loi créant un registre international (le «registre DIS») en vue de limiter les pratiques des pavillons de complaisance et d'autoriser les armateurs ayant inscrit leurs navires sur le DIS à employer des marins originaires de pays tiers de l'Union dans des conditions d'emploi conformes à leur pays d'origine²⁰. L'inscription sur ce registre est d'autant plus attractive que le Parlement danois a adopté le même jour une batterie de lois exemptant les marins employés sur ces navires de divers impôts (dont l'impôt sur

-
16. Ces formes de contrôles administratifs poursuivies à l'échelon européen ou national constituent un autre aspect de l'implication des entités publiques au sein des politiques de l'emploi. Distinguant l'élaboration du contrôle des politiques de l'emploi, la présente étude ne traitera que de la seconde.
17. F. Baron, *Marché intérieur et droit social dans l'Union européenne*, Aix-en-Provence, PUAM, 1998, p. 519.
18. M. Dony, (en coll. avec) F. Renard et C. Smits, *Contrôle des aides d'État*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 2007.
19. V. de Poulpique, «La flexibilité de l'emploi et la Communauté européenne», *RTDE*, 1999, pp. 709-739; A. Hatzopoulos, «A (More) Social Europe : A Political Crossroad or a Legal One-Way, Dialogues between Luxembourg and Lisbon», *Common Market Law Review (CMLR)*, 2005, pp. 1599-1635, spéc. p. 1600. L'article 4 de la directive 2008/104/EC du 19 novembre 2008 relative au travail intérimaire constitue un autre exemple de cette tendance. Elle prévoit en effet le réexamen des «interdictions ou restrictions concernant le recours aux travailleurs intérimaires». Désormais, celles-ci «sont uniquement justifiées par des raisons d'intérêt général tenant, notamment, à la protection des travailleurs intérimaires, aux exigences de santé et de sécurité au travail ou à la nécessité d'assurer le bon fonctionnement du marché du travail, et d'empêcher les abus». On ne manquera pas de confronter cet énoncé aux décisions antérieures de la Cour relatives à l'activité de placement et qui ont particulièrement nourri les débats relatifs aux relations entre droit économique et social. Voir par exemple CJ, 23 avril 1991, C-41/90, *Klaus Höfner et Fritz Elser c. Macrotron GmbH, Rec.*, I-01979; CJ, 10 décembre 1991, C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova SpA c. Siderurgica Gabrielli SpA, Rec.*, I-05889.
20. Les faits sont très proches de ceux ayant donné lieu à l'affaire CJ, 17 mars 1993, C-72/91 et C-73/91, *Firma Sloman Neptun Schiffarts AG c. Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG, Rec.*, I-00887 (ci-après *Firma Sloman Neptun*); X. Lewis, «The Employment of Foreign Seaman on Board Vessels of a Member State», *ILJ*, 1993, pp. 235-239; P. Chaumette, *JCP E.*, 1993, p. 458; W. Rodríguez Curiel, «Chronique de jurisprudence : quelques réflexions sur la jurisprudence récente de la Cour de justice en matière d'aides d'État», *R.I.D.E.*, 1993, pp. 433-460; P.J. Slot, *CMLR*, 1994, pp. 137-146; J.-J. Lavenue, «Pavillon bis et concurrence : les enseignements de l'arrêt *Firma Sloman* du 17 mars 1993», in *Mélanges offerts à Emmanuel Langavant*, Paris-Montréal, L'Harmattan, 1999, p. 239 et suiv.

le revenu)²¹. À l'appui des articles 107 et 108 TFUE et des orientations communautaires relatives aux aides d'État au transport maritime, le syndicat 3F (anciennement SID) formule, en 1998, une plainte auprès de la Commission contre le Royaume du Danemark afin de contester la légalité de ces mesures. Conformément à la procédure énoncée à l'article 4 du règlement (CE) n° 659/1999, la Commission conduit une enquête préliminaire. Au terme de cette enquête, la législation est qualifiée d'aide d'État, mais elle est déclarée conforme au marché intérieur le 13 novembre 2002. Le syndicat exerce alors un recours à l'encontre de la décision de la Commission de ne pas soulever d'objection. Par ordonnance du 23 avril 2007, le Tribunal de première instance déclare le recours en annulation irrecevable²². Le Tribunal refuse de recevoir la demande en se fondant sur l'absence de qualité pour agir. Dans la présente décision, l'appel formé par le syndicat est accueilli, l'exception d'irrecevabilité soulevée par la Commission est rejetée et la Cour renvoie les parties devant le Tribunal (ex-TPI) pour que l'affaire soit finalement jugée.

La reconnaissance de la dimension trilatérale des politiques de l'emploi n'induit pas l'égalité participation de chacune des parties à leur réalisation. Au contraire, certaines mesures peuvent parfois se résumer en un accord sommaire entre le pôle patronal et les autorités publiques, voire une décision unilatérale, sur lesquelles les représentants du personnel n'ont que peu de mots à dire²³. Divers arrêts antérieurs²⁴ illustrent par exemple les difficultés auxquelles les syndicats²⁵ sont confrontés pour participer à ces processus décisionnels²⁶. En outre, la Cour est récemment venue restreindre l'étendue des instruments juridiques permettant d'influer sur les décisions patronales²⁷. Il s'avère alors particulièrement intéressant d'observer la manière dont le droit reçoit les contestations formulées par les institutions de représentation du personnel (IRP) à l'égard des décisions prises, cette fois, par les autorités publiques.

21. Cela distingue le cas présent des faits ayant donné lieu à l'arrêt *Firma Sloman Neptun* (préc.).
22. T (ex-TPI), 23 avril 2007, T-30/03, *Specialarbejderforbundet i Danmark (SID) c. Commission*, inédit (ci-après *SID*).
23. CJ, 24 mars 1993, C-313/90, *CIRFS e.a. c. Commission, Rec.*, I-1125 (ci-après *CIRFS*), *JDI*, 1994, p. 519.
24. T, 27 avril 1995, T-12/93, *Comité central d'Entreprise de la Société anonyme Vittel et Comité d'Établissement de Pierval et Fédération générale agroalimentaire c. Commission des Communautés européennes, Rec.*, II-01247; CJ, 23 mai 2000, C-106/98, *Comité d'entreprise de la Société française de production et autres c. Commission, Rec.*, I-03659.
25. K. D. Ewing, « The Function of Trade-Unions », *ILJ*, 2005, pp. 1-22; B. Caruso, « Verso un insolito (evitabile ?) destino : la postdemocrazia sindacale », *WP C.S.D.L.E. « Massimo d'Antona »*, 2005 IT-28/2005.
26. H. Legrand, « Les modalités d'intervention des représentants des travailleurs dans les procédures communautaires intéressant la vie des entreprises », *Dr. Soc.*, 1998, p. 931 note sous T, 18 février 1998, T-188/97, *Comité d'entreprise de la Société française de production et autres c. Commission, Rec.*, 1998, p. II-335; F. Bignami, « Three Generations of Participation Rights before the European Commission », *Law and Contemporary Problems*, 2004, pp. 61-83; F. Lecomte, « L'information et les règles de droit dans les processus de restructuration », *Semaine Sociale Lamy*, 2008, numéro spécial 1376, pp. 23-32.
27. CJ, 11 décembre 2007, C-438/05, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti, Rec.*, 2007, I-10779 (ci-après *Viking*).

Enfin, malgré la considérable activité normative de l'Organisation Internationale du Travail (OIT)²⁸, le secteur maritime est le théâtre d'un important différend professionnel relatif aux pavillons de complaisance²⁹. Le conflit s'est intensifié depuis plusieurs décennies, au point de voir poindre certains d'entre eux dans les litiges portés devant la Cour³⁰.

Approvisionnement la boîte à outils syndicale d'un instrument supplémentaire dans l'élaboration de ses stratégies³¹, la recevabilité du syndicat à contester les mesures en question constitue une évolution significative dans la participation des parties prenantes aux processus d'élaboration des politiques de l'emploi (2). Il reviendra au Tribunal de renvoi, lors du réexamen de l'affaire, de déterminer le bien-fondé de la demande. Estimant que la Commission aurait dû ouvrir une procédure d'examen des mesures au-delà de la procédure préliminaire, le demandeur doit pour cela démontrer que des doutes existaient sur la compatibilité des mesures avec le marché intérieur (3). Enfin, cet arrêt se distingue à plusieurs titres à travers la nouvelle référence faite à l'article 151 TFUE (ex-136 TCE). Les références à cet énoncé sont aussi de plus en plus fréquentes³², et la Cour semble définitivement consacrer la nouvelle conception de cet article façonnée dans des arrêts précédents, consistant à ne plus trouver dans ce dispositif un énoncé programmatique mais un article invocable dans les différents litiges portés devant les juges de Luxembourg. Interrogeant en outre la dimension sociale de l'édifice juridique européen, il convient d'explorer plus amplement l'utilisation qui est faite de cet énoncé dans le modèle argumentatif de la Cour (4).

28. Voir la convention adoptée en 2006 sur le « travail maritime ». Adde. M. Marin, A. Charbonneau, « Une convention innovante pour le travail maritime ? Les apports de la Convention du travail maritime (CTM) 2006 », *Annuaire de Droit maritime et océanique*, 2009, p. 445.

29. D. Fitzpatrick, M. Anderson, *Seafarers' Rights*, Oxford, OUP, 2005, n° 1.42 ; A. Charbonneau, préc., 69 et suiv.

30. *Firma Sloman Neptun*, préc., *Viking*, préc.

31. À propos des évolutions stratégiques des acteurs des relations du travail, voir. M.-A. Moreau, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, Paris, Dalloz, coll. « À droit ouvert », 2006, p. 353 et suiv.

32. *Viking*, préc., para. 24, 43 et 79 ; et CJ, 18 décembre 2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets afdelning 1, Byggettan et Svenska Elektrikerförbundet*, *Rec.*, 2007, I-11767 (ci-après *Laval*) para. 90 et 105 ; voir B. Bercusson, « The Trade Union Movement and the European Union : Judgement Day », *European Law Journal*, 2007, vol. 13, pp. 279-308 ; P. Chaumette, « Les actions collectives dans le maillage de libertés communautaires des entreprises », *Dr. Soc.*, 2008, p. 210 ; B. Teyssié, « Esquisse du droit communautaire des conflits collectifs », *JCP S*, 2008, 1075 ; E. Lafuma, *RJS*, 3/2008 ; S. Laulom, « Les actions collectives contre le dumping social », *SSL*, janvier 2008, n° 1335 ; S. Robin-Olivier et E. Pataut, « Europe sociale ou Europe économique », *RDT*, février 2008, pp. 80-88 ; P. Rodière, *RTDE*, 2008, pp. 47-66 ; Ph. Syrpris et T. Novitz, « Economic and Social Rights in Conflict : Political and Judicial Approaches to their Reconciliation », *E.L.R.*, 2008, p. 411 ; A. Davies, « One Step Forward, Two Steps Back ? The Viking and Laval Cases in the ECJ », *ILJ*, 2008, p. 125.

2 LA RECEVABILITÉ DU SYNDICAT À CONTESTER LA DÉCISION DE LA COMMISSION

La lecture combinée de l'ordonnance de première instance et de l'opinion de l'avocat général Sharpston³³ (ci-après AG) illustre dans quelle mesure la reconnaissance de la recevabilité de la requête ne relevait pas de l'évidence. Par souci de clarté, on effectuera un rappel préliminaire relatif aux aspects procéduraux de ce régime.

2.1 Le régime des aides d'État et l'intervention de tiers

La licéité des aides d'État est examinée à l'aune des articles 107 et 108 TFUE. Le premier établit les critères substantiels, le second détermine le cadre procédural dont les modalités sont détaillées, en deux temps, par le règlement n° 659/1999 du 22 mars 1999. Dans un premier temps, la Commission conduit un examen préliminaire, à la suite duquel elle décide s'il convient ou non d'engager dans un second temps une procédure à l'encontre de l'État concerné. C'est précisément le refus de la Commission d'enclencher la seconde étape de la procédure qui constitue l'objet de la demande³⁴.

Quand bien même la procédure *stricto sensu* n'oppose que l'État membre visé et la Commission, le déclenchement de la procédure peut se faire par l'intervention d'une « personne intéressée » (en l'espèce, le syndicat). La décision de la Commission ayant pour destinataire le Royaume du Danemark, le syndicat est ici en situation de tiers, et doit par conséquent prouver que la décision l'atteint individuellement et personnellement afin de démontrer sa qualité de « personne intéressée »³⁵. De jurisprudence constante, « une personne physique ou morale ne peut former un recours contre une décision adressée à une autre personne que si cette décision la concerne directement et individuellement »³⁶. En d'autres termes, il doit établir que la décision litigieuse l'atteint « en raison de certaines qualités qui (lui) sont particulières ou d'une situation de fait qui (le) caractérise par rapport à toute autre personne et, de ce fait, (l') individualise d'une manière analogue à celle dont le destinataire d'une telle décision le serait »³⁷. La double référence à la notion de « personne intéressée » dans les articles 108§2 et 263 TFUE (ex-230 TCE) pourrait être source de confusion³⁸. L'expression désigne, dans sa première acception, les personnes autorisées

33. Conclusions, AG Sharpston, 3F, 9 mars 2009, C-319/07.

34. 3F, préc., para. 10.

35. Le Traité de Lisbonne a apporté quelques modifications à ce régime puisque, pour être déclaré recevable, le demandeur n'a plus besoin de démontrer que l'acte le concerne individuellement. Toutefois, cette évolution concerne uniquement les actes réglementaires (Art. 263 TFUE al. 4). *Adde.* M. Dougan, « The Treaty of Lisbon 2007 : Winning Minds not Hearts » *CMLR*, 2008, pp. 617-703, p. 675 et suiv.

36. CJ, 15 juillet 1963, C-25/62, *Plaumann c. Commission, Rec.*, 1963, p. 197.

37. 3F, préc., para. 29.

38. *Idem*, para. 22 et 29, 34.

à fournir leurs observations à la Commission lors de l'examen de la légalité d'une aide d'État. Il est généralement admis que le second énoncé détermine les conditions devant être réunies par une personne tierce afin de pouvoir formuler un recours à l'encontre d'une décision de la Commission. Toutefois, la Cour considère que, lorsque la requête vise à annuler un refus d'ouvrir la procédure prévue à l'article 108 TFUE, et afin de protéger les droits procéduraux des parties intéressées au sens de ce texte³⁹, la distinction entre ces deux conceptions n'a plus lieu d'être⁴⁰. Ainsi, dès lors qu'une personne tierce répond aux critères de la « personne intéressée » au sens de l'article 108 TFUE⁴¹, elle est considérée comme étant directement et individuellement concernée pour contester une décision émanant de la Commission. Dans le cas présent, le Tribunal, l'AG et la Cour divergent sur les critères permettant d'identifier une partie intéressée. Deux éléments fondaient principalement le refus du Tribunal de considérer le syndicat ou ses membres comme individuellement concernés par la décision.

2.2 L'irrecevabilité de la demande en première instance

Le Tribunal avait tout d'abord estimé que ni le syndicat ni ses membres n'étaient des concurrents des bénéficiaires⁴². En l'espèce, il distinguait les armateurs, qu'il estimait être les bénéficiaires du second registre, et les marins qu'il désignait comme des intermédiaires à travers lesquels l'exonération fiscale était allouée⁴³. Il n'était dès lors pas possible de considérer que la position des personnes que le syndicat

39. 3F, préc., para. 95.

40. CJ, 19 mai 1993, C-198/91, *William Cook plc c. Commission des Communautés européennes*, Rec., 1993, I-02487, *JDI*, 1994, p. 521 (ci-après *Cook*).

41. *Cook*, préc., para. 24-26 ; 3F, préc., para. 36-39 ; voir également V. Kreuschitz, « Some Thoughts on the Jurisprudence of the European Courts Concerning the Admissibility of Actions against State Aid Decisions », in *EC State Aid Law / Le droit des aides d'État dans la CE, Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, Alphen an den Rijn, Kluwer Law International, 2008, pp. 369-390, spéc. p. 385 et suiv.

42. La question des « bénéficiaires » des dispositifs en droit de l'Union est actuellement un thème doté d'une certaine récurrence. Voir *Laval*, préc., para. 58, 74-7 et la discussion S. Deakin, « Regulatory Competition after Laval », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2008, pp. 581-609, spéc. p. 597. *Adde* CJ, 3 avril 2008, C-346/06, *Rüffert c. Land Niedersachsen*, Rec., I-01989 (ci-après *Rüffert*), para. 36 et suiv. ; *RTDE*, 2008, pp. 485-495, note S. Robin-Olivier ; *Dr. Soc.*, 2008, pp. 866-872, commentaire N. Moizard ; *RDT*, 2008, pp. 412-414, note F. Jault-Seseke ; *JCP S*, 2008, n° 1352, pp. 23-25, note J. Cavallini ; *RJS*, 2008, pp. 601-604, commentaires J.-P. Lhernould ; P. Davies, *ILJ*, 2008, pp. 293-295, p. 295. Plusieurs écrits relatifs à la directive « détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services » mentionnaient déjà cette question ; cf. M.-A. Moreau, « Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne », *JDI*, 1996, pp. 889-908, spéc. p. 890 ; P. Davies, « Posted Workers : Single Market or Protection of National Labour Law Systems », *CMLR*, 1997, p. 571.

43. *SID*, préc., para. 31 et 37.

représente ait été affectée par ces mesures⁴⁴. L'AG Sharpston et la Cour opèrent une autre distinction⁴⁵. Si les marins sont bien les destinataires de l'exemption fiscale, ils ne sont pas pour autant les seuls bénéficiaires de ces aides d'État. En effet, la raison d'être de la mesure se trouve dans les pratiques des armateurs : elle vise à lutter contre les pavillons de complaisance. Or un tel résultat ne pourrait pas être atteint si les employeurs de la main-d'œuvre exemptée n'étaient pas, à un titre ou un autre, considérés comme l'un des bénéficiaires de la mesure. Le but de la législation serait manifestement manqué si l'on considérait que les premiers n'en tiraient aucun bénéfice. Ainsi, quelles qu'en soient les modalités (à travers une subvention directe ou un allègement des prélèvements fiscaux), employeurs et salariés ont la qualité de bénéficiaire de cette mesure si bien que le syndicat est à la fois un représentant des destinataires de la mesure (en tant que représentant des salariés) et un concurrent des bénéficiaires (les armateurs) en sa qualité de partie au processus de négociation collective⁴⁶.

Le Tribunal avait ensuite retenu une lecture originale de l'arrêt *Albany*. Estimant que celui-ci excluait la négociation collective de la sphère du droit de la concurrence⁴⁷, le Tribunal avait considéré que le syndicat ou ses membres ne pouvaient invoquer une modification de leur position concurrentielle⁴⁸. Or l'AG Sharpston et la Cour s'accordent à dire que cette interprétation de l'arrêt *Albany* est erronée. Ils estiment, comme l'arrêt *Laval* l'indique⁴⁹, que cet arrêt n'a jamais entendu écarter l'ensemble de la négociation collective de la « constitution économique »⁵⁰. En revanche, certains motifs tenant aux objectifs de politique sociale peuvent être accueillis avec pour effet, à la suite d'un examen de proportionnalité, de déclarer les mesures justifiées et d'exclure l'application du régime⁵¹. Examiner l'application du régime du droit de la concurrence à la présente hypothèse nécessite de différencier,

44. Assurément, le Tribunal ne fait pas preuve d'une grande rigueur dans la distinction entre le second registre et l'exonération fiscale. Sur les liens entre ces deux mesures, malgré l'isolement du second dans la demande du syndicat, voir *infra*.

45. AG Sharpston, conclusions, préc., para. 74-82. ; 3F, préc., para. 100 et suiv.

46. 3F, préc., para. 104, 107.

47. CJ, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfondstextielindustrie*, 21 septembre 1999, C-67/96, *Rec.*, I-05751, para. 60.

48. *SID*, préc., para. 32.

49. *Laval*, préc., para. 74 et 118.

50. L.-J. Constantinesco, « La constitution économique de la CEE », *RTDE*, 1977, p. 244 ; D. Gerber, « Constitutionalizing the Economy : German Neo-liberalism, Competition Law and the "New" Europe », *American Journal of Comparative Law*, 1994, p. 25 ; M. E. Streit, W. Mussler, « The Economic Constitution of the European Community : From "Rome" to "Maastricht" », *European Law Journal*, 1995, pp. 5-30 ; M. Poiarses Maduro, *We the Court : the European Court of Justice and the European Economic Constitution : a Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*, Oxford, Hart, 1998 ; J. Baquero Cruz, *Between Competition and Free Movement, The Economic Constitution*, Oxford, Hart, 2002 ; O. Debarge, T. Georgopoulos et O. Rabaey, *La constitution économique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008 ; pour une prospection de cette notion d'un point de vue travailliste, voir S. Giubboni, *Social Rights and Market Freedom in the European Constitution*, Cambridge, CUP, 2006.

51. AG Sharpston, conclusions, préc., para. 59.

d'un côté, la question de l'inclusion des conventions collectives et, de l'autre, la position des parties prenant part à ces processus de négociation collective. En effet, l'exemption des premières, dans certaines hypothèses, du régime du droit de la concurrence n'implique pas nécessairement une semblable éviction des secondes. En refusant d'effectuer une telle distinction, le Tribunal opère un amalgame entre ces deux questions et son ordonnance mérite, à ce titre, l'annulation.

2.3 L'exclusion de l'exception d'irrecevabilité soulevée par la Commission

L'infirmité de l'ordonnance du Tribunal se réalise en deux temps. La Cour va d'abord suivre l'opinion de l'AG qui proposait de trancher définitivement la question de la recevabilité de la requête⁵², en s'appuyant sur l'article 61 du statut de la Cour de justice⁵³. Dans un second temps, alors que l'AG suggérait de faire droit à la demande de la Commission, la Cour va rejeter l'exception d'irrecevabilité soulevée par la Commission, recevoir la demande du syndicat, et renvoyer les parties devant le Tribunal pour statuer sur le bien-fondé de cette demande. Pour cela, les juges semblent avoir été particulièrement attentifs à la qualité du demandeur dans le raisonnement les ayant conduits à reconnaître la recevabilité de la demande.

La Cour affirme que les associations ou organisations professionnelles sont des personnes intéressées au sens de l'article 108 TFUE⁵⁴. À ce titre, le syndicat s'appuyait sur différents précédents dans lesquels d'autres associations se trouvaient également être la partie demanderesse⁵⁵. Dans ces décisions, les organisations avaient, préalablement à la formulation de leur requête, participé à des négociations avec les entités publiques. Elles s'étaient alors prévaluées de cette circonstance pour établir leur qualité de personnes intéressées. 3F n'ayant participé à aucune procédure de négociation préalable avec les autorités danoises, cet argument n'a pas retenu l'attention de la Cour. Cependant, le rejet de ces précédents s'explique plus par les disparités de situation dans les différentes affaires⁵⁶ que par le refus de la Cour de prendre en considération la position particulière du demandeur. Comme le suggère la lettre de l'arrêt, « *le requérant est un organisme représentant des travailleurs qui négocie les termes et les conditions dans lesquels la main-d'œuvre est fournie aux entreprises, y compris aux armateurs dont les navires sont inscrits sur le registre DIS* »⁵⁷. La Cour poursuit son raisonnement en ce sens lorsqu'elle convoque les

52. 3F, préc., para. 105 et suiv.

53. Cet article autorise la Cour, en cas d'annulation de la décision du Tribunal, à statuer définitivement sur le litige lorsque celui-ci est en état d'être jugé.

54. 3F, préc., para. 108.

55. CJ, 2 février 1988, Affaires jointes C-67, 68 et 70/85, *Kwekerij Gebroeders van der Kooy c. Commission, Rec.*, I-219 (ci-après *Kwekerij Gebroeders van der Kooy*); *CIRFS*, préc.

56. AG Sharpston, conclusions, préc., para. 83-104; 3F, préc., para. 85-94.

57. 3F, préc., para. 100.

orientations communautaires qui reconnaissent les syndicats comme des acteurs privilégiés dans la détermination des conditions d'emploi. Les juges soulignent ensuite le rôle particulièrement vigilant du demandeur qui, grâce à son signalement, a mis en mouvement l'action de la Commission⁵⁸. Si remplir une plainte auprès de la Commission ne suffit pas, par principe, à démontrer sa qualité de personne intéressée, la Cour insiste, chemin faisant, sur la coopération du syndicat avec la Commission durant les quatre années d'examen préliminaire. Son implication dans la présente affaire semble avoir joué un rôle non négligeable dans le rejet de la prétention de la Commission qui, après avoir conversé pendant quatre ans avec un interlocuteur syndical, invoque par la suite, avec un certain opportunisme, l'irrecevabilité de l'action de ce dernier.

L'admissibilité des syndicats à contester la décision de la Commission dans le domaine des aides d'État établit une voie supplémentaire dans la détermination des politiques de l'emploi et informe du rôle qui peut être le leur dans ces processus nationaux et européens. Certes, la qualité de plaignant ne se confond pas avec celle de partie prenante. Toutefois, dès lors qu'un interlocuteur syndical a la possibilité de contester ultérieurement la licéité d'une mesure, il est plausible que les autres pôles fassent le choix de l'inclure dans les processus de détermination des décisions relatives à l'emploi. Ainsi, les entités publiques sont incitées à consulter les partenaires sociaux en raison de la possibilité qui leur est offerte de contester les mesures (à travers le régime des aides d'État par exemple). À l'échelon européen, cet arrêt confirme que les partenaires sociaux ne sont pas seulement des interlocuteurs formels ou informels des institutions européennes⁵⁹, mais des parties prenantes à l'élaboration des politiques de l'emploi. Enfin, la liberté d'association a singulièrement pesé sur l'issue de cette affaire⁶⁰. Dans un tel cas, il est inhabituel que la Cour ne fasse aucune mention de la convention n° 87 de l'OIT sur la liberté syndicale ou d'autres énoncés plus généraux relatifs à la liberté d'association tels l'article 11 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) ou l'article 12 de la Charte Européenne des Droits Fondamentaux (CEDF)⁶¹. Alors que la lettre de l'arrêt confirme l'inclination du modèle social européen pour le tripartisme⁶², une telle omission est assurément regrettable.

La demande du syndicat déclarée recevable, reste à envisager l'admissibilité de sa demande. En effet, l'exception d'irrecevabilité soulevée par la Commission ne constituait qu'un moyen afin d'éviter toute discussion sur le fond de l'affaire. Or la

58. *Id.*, para. 104-106.

59. Concernant la première, cf. les articles 154 et 155 TFUE. Pour la seconde, cf. S. Laulom, «La révision manquée de la directive sur les comités d'entreprise européens», *Semaine Social Lamy*, 2009, n° 1339 du 12 mai 2009, pp. 5-9.

60. *CIRFS*, préc.; *Kwekerij Gebroeders van der Kooy*, préc., et les références à la qualité d'organisation représentant les travailleurs pour le demandeur.

61. *Laval*, préc., para. 90; *Viking*, préc., para. 43.

62. J.-M. Servais, «Quelques réflexions sur un modèle social européen», *Relations industrielles*, 2001, pp. 701-719; B. Bercusson, *European Labour Law*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 257 et suiv., p. 519 et suiv.

requête du syndicat a pour principal objet de contester juridiquement l'opportunité du refus de la Commission d'ouvrir une procédure de contrôle au-delà de l'examen préliminaire⁶³. Établir le bien-fondé de l'action judiciaire implique de démontrer, comme l'indique l'article 4 du règlement n° 659/1999⁶⁴, que des doutes existent sur la compatibilité de la mesure au soutien de l'emploi avec le marché intérieur.

3 LA COMPATIBILITÉ DES MESURES AVEC LE MARCHÉ INTÉRIEUR ET LA PROCÉDURE D'EXAMEN APPROPRIÉE

Envisager la question de la compatibilité de la mesure avec le marché intérieur requiert de qualifier les mesures contestées d'aides d'État. Les termes du débat à venir devant le Tribunal sont d'ores et déjà connus puisque l'arrêt de renvoi précise sur quels fondements le bien-fondé de la demande devra être examiné.

3.1 L'examen d'une législation à l'aune du régime relatif aux aides d'État

La Cour de justice avait préalablement refusé de considérer la création d'un registre bis permettant l'emploi de marins à des conditions conformes à leur pays d'origine comme une aide d'État. L'absence de contribution de ressources étatiques constituait le motif principal de ce refus⁶⁵. Sans succès, les représentants des salariés avaient insisté sur la contribution à tout le moins indirecte de l'État allemand⁶⁶ : les salaires des marins employés sur des navires inscrits sur le registre international étant plus faibles, les sommes récoltées par l'État allemand au titre des cotisations sociales se trouvaient par là même diminuées. L'AG et la Cour avaient à l'inverse estimé, s'agissant des finances publiques, que ces charges étaient inhérentes à l'adoption de cette législation, et avaient donc considéré que la mesure ne remplissait pas le critère de ressources étatiques. En tant que précédent, l'arrêt *Firma Sloman Neptun* n'a toutefois pas eu pour conséquence d'exclure toute législation de l'examen du régime des aides d'État. La Cour admet en effet que la notion d'aides d'État inclut non seulement « des prestations positives telles que des subventions elles-mêmes, mais également des interventions qui, sous des formes diverses, allègent les charges

63. Voir *supra*.

64. Règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil, du 22 mars 1999, portant modalités d'application de l'article 88 du traité CE, JO, L 83, p. 1.

65. *Firma Sloman Neptun*, préc. ; X. Lewis, préc. Adde P. Davies « Market Integration and Social Policy in the Court of Justice », *ILJ*, 1995, pp. 49-77, spéc. p. 58 et suiv.

66. Constituent des aides d'État les aides qui cumulativement procurent un avantage, sont imputables à l'État, ont un effet sur le commerce intra-communautaire en faussant ou menaçant de fausser la concurrence, favorisent certains opérateurs économiques et utilisent les ressources étatiques (art. 107 TFUE).

qui normalement grèvent le budget d'une entreprise et qui, sans être des subventions au sens strict du mot, sont d'une même nature et ont des effets identiques»⁶⁷. Le régime des aides d'État couvrant également les exonérations fiscales⁶⁸, le syndicat a ciblé son recours sur les exonérations qui venaient compléter le second registre international⁶⁹. Les mesures qualifiées d'aides d'État, il importe désormais d'examiner la compatibilité de ces mesures avec le marché intérieur.

Le droit européen ne prohibe pas toutes les mesures qualifiées d'aides d'État ; seules les aides incompatibles avec le marché intérieur sont illicites (art. 107 al. 3 TFUE). Dans ce cas, le point 3.2 des *Orientations communautaires sur les aides d'État au transport maritime* ajoute que « les mesures de soutien du secteur maritime doivent (...) avoir d'abord pour objectif de réduire les coûts et charges fiscaux et autres supportés par les armateurs et les marins communautaires (...). Ces mesures doivent promouvoir directement le développement du secteur et de l'emploi plutôt que fournir une assistance financière générale. (...) Cela étant, les actions suivantes en ce qui concerne les coûts salariaux devraient être autorisées pour les transports maritimes communautaires : (...) réduction de l'impôt sur le revenu pour les marins de la Communauté naviguant sur des navires immatriculés dans un État membre ». Des critères économiques⁷⁰ et écologiques⁷¹ pourraient également justifier l'adoption de mesures de soutien au secteur maritime. Seuls les éléments relatifs aux politiques de l'emploi sont cependant mentionnés dans l'arrêt de renvoi. L'examen des justifications d'aides d'État pouvant se révéler assez large, notre propos se limitera aux instructions formulées dans le présent arrêt, c'est-à-dire à la « position concurrentielle du demandeur à l'égard d'autres syndicats » et aux « aspects sociaux découlant des mesures fiscales relatives aux marins employés sur les navires inscrits sur le registre international danois des navires ». Puisque l'arrêt se borne à examiner la recevabilité de la demande, les conclusions de l'AG constituent le principal indice de la position que le Tribunal de renvoi pourrait adopter, et serviront de ligne de conduite à la discussion.

67. CJ, 23 février 1961, C-30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c. High Authority of the European Coal and Steel Community*, Rec., 1961, p. 39.

68. CJ, 15 mars 1994, C-387/92, *Banco Exterior de España*, Rec., I-877, para 14 ; CJ, 22 juin 2006, Affaires jointes C-182/03 et C-217/03, *Royaume de Belgique et Forum 187 ASBL c. Commission des Communautés européennes*, Rec., I-5479, para 87.

69. Il aurait été intéressant d'observer la réponse de la Cour à une demande qui aurait entendu soumettre l'ensemble du dispositif (c'est-à-dire les exonérations fiscales couplées au registre) au test de légalité des aides d'État. Or, si les éléments de la qualification d'aides d'État étaient réunis (comme nous serions tenté de le croire dans le cas présent), rien n'empêcherait de conclure qu'il s'agit d'aides d'État.

70. J.-J. Larue, préc.

71. L'inscription de ces navires sur des registres européens permet notamment de les soumettre aux normes de sécurité européennes dans l'espoir d'éviter certaines catastrophes écologiques (cf. D. Fitzpatrick, M. Anderson, préc., 27 ; P. Chaumette, « Le marin entre le navire et sa résidence. Le registre international français des navires (RIF) », préc.).

3.2 Les doutes relatifs à la compatibilité de la mesure fiscale avec le marché intérieur

L'AG examine les aspects sociaux des mesures fiscales en deux temps. Dans un premier temps, il a estimé que seuls les travailleurs soumis à l'impôt sont visés par cette mesure⁷². Dans un second temps, il souligne que le groupe identifié par l'exonération fiscale ne contient aucune distinction entre les travailleurs. Il en conclut dès lors, suivant l'argumentation de la Commission, que l'aide est compatible avec le marché intérieur puisque les destinataires identifiés par la mesure contestée correspondent aux orientations communautaires.

Bien qu'elliptiques, les conclusions de l'AG méritent cependant un examen plus détaillé. À cette fin, quelques observations préliminaires sont nécessaires. Il est admis que le registre d'immatriculation ne constitue pas l'objet de la présente discussion : la question abordée se limite aux mesures fiscales. L'adoption, le même jour, de ces deux textes n'est pourtant pas une coïncidence. L'examen de l'un sans tenir compte de l'autre est difficilement concevable : le premier renseigne le second (l'existence du registre est un préalable à l'adoption des mesures fiscales), et le second renvoie au premier (la condition pour bénéficier de l'exonération est de travailler sur un navire enregistré sur le DIS). D'un côté, **seuls** les marins de pays tiers peuvent être employés dans des conditions conformes au droit de leur pays de résidence. De l'autre, **tous** les travailleurs employés sur des navires inscrits sur le registre DIS bénéficient de l'exonération⁷³. Pour le dire autrement, le second cas vise tous les travailleurs, qu'ils soient ou non des marins européens, le premier opère, lui, une sélection. Les deux catégories ne correspondent donc pas aussi parfaitement que les conclusions de l'AG semblent l'indiquer puisque l'un se réfère à tous les marins employés sur ces navires tandis que l'autre ne vise que les marins non communautaires. Et, si la mesure fiscale ne procède directement à aucune distinction sur la base de la nationalité, cela tient en partie au caractère fortuit d'une telle intervention : la sélection a déjà été opérée par le premier registre qui a préalablement différencié les travailleurs communautaires des travailleurs issus de pays tiers. Il est alors permis de s'interroger sur la réalité du motif justifiant l'adoption de ces mesures fiscales. Ne s'apparentent-elles pas plus à une aubaine pour les armateurs qu'à une réelle mesure permettant de soutenir l'emploi dans le secteur maritime ? Une fois le trouble jeté sur la réalité du motif invoqué pour justifier la mesure, la licéité de l'exonération fiscale se révèle très incertaine.

72. Ici surgit une difficulté particulière puisque les éléments fournis ne permettent pas de déterminer avec certitude si l'AG présume que tous les membres du syndicat ne sont pas forcément soumis à l'impôt, ou s'il se réfère aux orientations communautaires qui définissent les marins communautaires comme étant ceux qui payent des impôts ou des contributions sociales dans un des États membres de l'Union. Logiquement possible, il est toutefois fortement improbable que les marins résidant dans l'Union ne contribuent d'aucune manière aux ressources étatiques.

73. 3F, préc., para. 53.

La Cour invite dans un second temps le Tribunal de renvoi à considérer dans quelle mesure l'exonération fiscale affecte la position du syndicat dans les processus de négociation collective⁷⁴. En d'autres termes, il convient de démontrer dans quelle mesure la législation contestée opère une sélection entre les bénéficiaires de l'aide et d'autres personnes. Exiger du syndicat qu'il prouve l'altération de sa position concurrentielle équivaudrait volontiers à lui enjoindre de produire une preuve impossible à rapporter. Assurément, les mesures d'exonération fiscale ont pour effet, par leur seule existence, d'affaiblir la position des représentants des travailleurs non seulement en altérant les conditions d'emploi des travailleurs qu'ils peuvent représenter, mais en renforçant également la position des employeurs du secteur, rendant ainsi les négociations ultérieures plus délicates. En outre, aborder une telle question revient à tenir un propos alliant des arguments de fait et de droit. Dans le cas présent, n'ayant pas à notre disposition l'ensemble des éléments factuels, notre propos se limitera à la formulation de quelques pistes de réflexion à l'aide de travaux précédents⁷⁵. Un tel examen pourrait se structurer de la manière suivante. Les armateurs enregistrés sur le DIS ayant la faculté d'employer des travailleurs dans des conditions d'emplois conformes à leur droit local, il conviendrait d'examiner dans un premier temps l'évolution de la composition du personnel de ses navires. Dans un second temps, il pourrait s'avérer bénéfique d'inspecter les modalités selon lesquelles les droits applicables aux travailleurs ne résidant pas dans l'UE organisent la vie syndicale. Il est en effet probable que ces droits ne favorisent pas, dissuadent un syndicalisme indépendant ou servent certains acteurs syndicaux conciliants, avec pour corollaire l'affaiblissement de la position d'autres syndicats comme le demandeur à la présente instance. À ce titre, la variation dans la composition des équipages, dont une partie est rémunérée en deçà des *minima* du pays du pavillon, modifie vraisemblablement le rapport de forces au sein des relations professionnelles en défaveur du syndicat.

En fin de compte, la première branche suffit à mettre en doute la compatibilité des mesures fiscales avec le marché intérieur et à admettre une demande dont l'objet principal est la contestation du refus de la Commission d'ouvrir un examen plus approfondi. L'association d'éléments juridiques et factuels rend les chances de succès de cette seconde branche moins certaines. Cette dernière énonce toutefois des questions cruciales pour les relations professionnelles et l'élaboration des politiques de l'emploi. Ainsi, il sera particulièrement intéressant de suivre la manière dont le Tribunal de renvoi traitera de cette seconde branche. Alors que l'enquête préliminaire a duré quatre ans, il aurait sans doute été juridiquement opportun et approprié dans l'administration de ce différend d'ouvrir plus rapidement la procédure d'examen. En ce sens, la référence à l'article 151 TFUE (ex-136 TCE) dans le modèle argumentatif de la Cour fournit un élément supplémentaire à cette réflexion.

74. *Ibidem*, para. 34 et 59.

75. D. Fitzpatrick, M. Anderson, préc. ; P. Chaumette, « Le marin entre le navire et sa résidence. Le registre international français des navires (RIF) », préc. ; A. Charbonneau, préc.

4 L'ARTICLE 151 TFUE ET LE MODÈLE ARGUMENTATIF DE LA COUR

Faisant écho aux décisions dans lesquelles la conception antérieure de ce dispositif se transformait déjà⁷⁶, la présente référence à l'article 151 TFUE (ex-136 TCE)⁷⁷ confirme l'évolution en cours. Paradoxalement, les arrêts *Laval* et *Viking* ne sont pas seulement des décisions dans lesquelles les actions collectives peinent à se frayer un chemin face aux libertés de circulation ; ils témoignent également, à travers les références à l'article 151 TFUE⁷⁸, de la dimension sociale du modèle argumentatif de la Cour, quelle que puisse parfois en être la subtilité.

Afin d'évaluer les évolutions prétorienne du droit de l'emploi à la suite de ces décisions, B. Bercusson utilise le terme de « programme »⁷⁹. Cette terminologie implique cependant l'idée d'un plan d'action précis de la part de la Cour, ce qui est incertain ou s'avérerait délicat à démontrer. À l'inverse, l'idée de « chaîne narrative »⁸⁰ paraît constituer un outil analytique de substitution plus adéquat. Cette notion autorise d'abord à faire travailler ces occurrences sans préjuger de leur signification. Une analyse historique de ces mentions permet à la fois d'étudier dans quelle mesure l'article 151 TFUE constitue un référent dans le raisonnement de la Cour, au point qu'une chaîne narrative puisse être identifiée autour de cet élément, et de faire œuvre de prospection, c'est-à-dire de se prononcer sur l'éventuelle intégration systématique de cet article et d'entrevoir par la suite le sens qu'induit sa généralisation dans le modèle argumentatif de la Cour.

4.1 La chaîne narrative autour de l'article 151 TFUE

Dans l'arrêt *Firma Sloman Neptun*⁸¹, la Cour formule une position maintenue jusqu'en 2006⁸² : l'article 151 TFUE est un énoncé de nature programmatique dont

76. Cf. *supra* note n° 32.

77. 3F, préc., para. 49.

78. *Laval*, préc., para. 90 et 105 ; *Viking*, préc., para. 43 et 79.

79. B. Bercusson, préc., pp. 655-714.

80. R. Dworkin, *Law's Empire*, (1986), rééd., Oxford, Hart, 1998, p. 228. Suivant la traduction de ce chapitre en langue française, l'expression de « *chain novel* » est communément traduite par les termes de « chaîne du droit » (« La chaîne du droit », *Droit et Société*, n° 2, 1986, pp. 61-98). On préférera toutefois celle de « chaîne narrative » qui nous paraît plus à même de transcrire la référence au récit présente dans l'expression originale. (X. Thunis, « Droit et poésie : des mots pour le dire », in F. Ost et al. (dir.), *Lettres et lois, le droit au miroir de la littérature*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2001, p. 374.) Pour une récente évaluation critique de cette notion, voir J. Lee, « Fidelity in interpretation : Lord Hoffmann and The Adventure of the Empty House », *Legal Studies*, 2008, pp. 1-19. L'utilisation dans la présente étude de la notion de chaîne narrative n'implique pas l'acceptation de l'ensemble théorique exposé par Dworkin, notamment les développements relatifs à l'« unité » du droit (R. Dworkin, « La chaîne du droit », préc.).

81. *Firma Neptun*, préc., para. 23-28.

82. La dernière référence à cette conception se trouve, nous semble-t-il, dans l'arrêt CJ, 11 juillet 2006, C-13/05, *Sonia Chacón Navas c. Euresst Colectividades SA, Rec.*, 2006, I-06467.

il appartient aux « autorités compétentes » de définir la réalisation des objectifs de politique sociale. Les arrêts *Laval* et *Viking* constituent les points de rupture avec une telle conception⁸³. À partir de cette date, la Cour décide de ne plus voir uniquement dans cet article un énoncé programmatique, mais surtout un dispositif à partir duquel d'autres dispositifs peuvent être interprétés⁸⁴. Dans le cas présent, les juges énoncent qu'« *exclure a priori la possibilité (...) qu'un syndicat puisse démontrer qu'il est une personne intéressée au sens de l'article 88, paragraphe 2, CE, en se prévalant de son rôle lors de négociations collectives et des effets sur ce rôle de mesures fiscales nationales considérées par la Commission comme étant des aides compatibles avec le marché intérieur, serait de nature à compromettre les mêmes objectifs de politique sociale qui ont conduit la Cour à exclure de l'application de l'article 85, paragraphe 1, du traité l'accord collectif en cause dans l'arrêt Albany, précité* ». Ils indiquent ensuite que « *cette conclusion est confortée par le fait que, la Communauté ayant non seulement une finalité économique, mais également une finalité sociale, les droits résultant des dispositions du traité relatives aux aides d'État et à la concurrence doivent, le cas échéant, être mis en balance avec les objectifs poursuivis par la politique sociale, parmi lesquels figurent, notamment, ainsi qu'il ressort de l'article 136, premier alinéa, TCE, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate et le dialogue social (voir, en ce sens, en ce qui concerne les dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement, arrêt du 11 décembre 2007, International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union, C-438/05, Rec. p. I-10779, point 79)* »⁸⁵. Non seulement les juges maintiennent invariablement la conception de l'article 151 TFUE élaborée dans cette décision antérieure, confirmant ainsi la vocation à perdurer de cette représentation, mais surtout la mention de l'arrêt *Viking* illustre la dimension référentielle de cette décision. À travers ces précédents, une chaîne narrative dans le modèle argumentatif de la Cour semble ainsi s'affirmer autour de l'article 151 TFUE.

Une fois l'existence de cette chaîne avérée, encore convient-il d'en estimer l'étendue. Alors que les mentions précédentes sont apparues dans des arrêts rendus au visa de la libre circulation⁸⁶, les récentes citations concernaient principalement la politique sociale⁸⁷. Si la présente affaire intéresse toujours un énoncé de la constitution économique, elle concerne cette fois une autre question de droit de la concurrence, à savoir les aides d'État. La prolifération de ces mentions ainsi que leur apparition dans deux domaines généralement considérés comme les principaux

83. Respectivement *Laval*, préc., para. 90 et 105 et *Viking*, préc., para. 24, 43 et 79.

84. CJ, 15 avril 2008, C-268/06, *Impact c. Minister for Agriculture and Food, et autres*, Rec., I-02483 (ci-après *Impact*); CJ, 23 avril 2009, C-378/07 à C-380/07, *Angelidaki et autres*, à paraître (ci-après *Angelidaki*); CJ, 22 octobre 2009, C-116/08, *Christel Meerts c. Proost NV*, à paraître (ci-après *Meerts*); CJ, 22 avril 2010, C-486/08, *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhäuser Tirols c. Land Tirol*, à paraître (ci-après *Landeskrankenhäuser Tirols*).

85. 3F, préc., para. 57-8.

86. Respectivement *Laval*, préc., para. 90 et 105 et *Viking*, préc., para. 24, 43 et 79.

87. Cf. *supra*, note 84.

composants de la constitution économique⁸⁸ permettent d'affirmer qu'elles ne sont pas fortuites. Ces références constituent autant d'éléments tangibles esquissant l'évolution probable de la chaîne narrative et indiquant une *généralisation* ou une *intégration systématique* de l'article 151 TFUE dans le modèle argumentatif de la Cour. Cette évolution est d'ailleurs tangible puisque les références à cet article se poursuivent⁸⁹.

4.2 Les narrations autour de l'article 151 TFUE

On pourrait à la fois reconnaître la dimension novatrice de la référence à l'article 151 TFUE dans le modèle argumentatif de la Cour et faire observer le peu de différence sur la substance même des jugements rendus. Une solution assez proche pourrait ainsi être obtenue en invoquant l'article 3 TFUE (ex-art. 2)⁹⁰, ce qu'au demeurant la Cour a déjà fait⁹¹. De plus, les aides d'État sont non seulement une composante de la constitution économique mais surtout un domaine dans lequel les justifications admises au nom des politiques sociales ne sont pas rares⁹². Ces objections soulèvent la question de l'« effet utile » des références faites à cet énoncé. Cela nécessite, pour y répondre, d'explorer ce qui distingue les références faites à l'article 151 TFUE de celles faites à l'article 3 UE.

Alors que les mentions du plein emploi et du progrès social contenues dans l'article 3 TFUE se révèlent assez vagues, les références à « *la promotion de l'emploi, (à) l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, (à) une protection sociale adéquate, (au) dialogue social, (au) développement des ressources humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable et à la lutte contre les exclusions* » offrent d'abord un ensemble de précisions sur la portée de la politique de l'emploi en Europe.

De plus, l'article 151 TFUE mentionne la Charte Communautaire des Droits Sociaux Fondamentaux des Travailleurs de 1989 (CCDSFT) ou à la Charte Sociale Européenne (CSE). Les mentions à la CCDSFT et la CSE dans les arrêts *Laval*, *Viking*⁹³ et *Angelidaki*⁹⁴ corroborent déjà semblable utilisation de cet article dans

88. J. Baquero Cruz, préc., p. 85 et suiv.

89. *Impact*, préc.; *Angelidaki*, préc.; *Meerts*, préc.; *Landeskrankenhäuser Tirols*, préc.

90. Art. 3.3 TFUE : « *L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique.* » (nous soulignons).

91. *Laval*, préc., para. 104 ; *Viking*, préc., para. 78.

92. F. Baron, préc., A. Biondi, L. Rubini, « Aims, Effects and Justifications : EC State Aid Law and Its Impact on National Social Policies », in E. Spaventa, M. Dougan (dir.), *Social Welfare and EU Law*, Oxford, Hart, 2005, pp. 79-103.

93. *Laval*, préc., para. 90-91 ; *Viking*, préc., para. 24-25.

94. *Angelidaki*, préc., para. 112.

le raisonnement de la Cour. Désormais, la référence aux droits fondamentaux dans l'emploi inclut également le droit de tous les travailleurs à une «*rémunération équitable leur assurant, ainsi qu'à leurs familles, un niveau de vie satisfaisant*»⁹⁵ ou encore le droit au congé parental⁹⁶. Dans le présent arrêt, cette disposition est bel et bien utilisée afin de soutenir l'implication des partenaires sociaux dans la dimension procédurale d'élaboration des politiques de l'emploi⁹⁷. Et les juges font implicitement référence, en insistant sur la qualité du demandeur, à un autre aspect de la politique de l'emploi : la négociation collective⁹⁸.

Plus généralement, la Cour utilise cet énoncé afin d'appuyer le caractère fondamental de certains droits. Ce dispositif contient un ensemble d'énoncés «*relevants*» au système juridique de l'Union européenne⁹⁹. À l'instar du nouvel article 6 TFEU, qui accorde à la CEDF la même valeur juridique que les traités et à la CEDH la qualité de «*principes généraux*» du droit de l'Union, l'article 151 TFUE œuvre ainsi dans l'édifice juridique de l'UE, et particulièrement dans la sphère de l'emploi, à la manière de ce que l'on pourrait qualifier un *pont normatif* puisqu'il redonne une force normative à ces chartes qui, trop souvent, sont confinées à une dimension programmatique.

Poursuivant la mise en perspective des différentes dimensions de ce dispositif, une réflexion d'ensemble permettra d'avancer plus encore dans la clarification du sens de cette chaîne narrative. Combinant la protection des droits sociaux fondamentaux, la citoyenneté sociale au sens large, et le souci d'une économie compétitive, il est soutenu, avec conviction, que l'article 151 FUE incarne le modèle social européen¹⁰⁰. La référence aux droits fondamentaux mise à part, cet article ne fournit pas,

95. *Impact*, préc., para. 113.

96. *Meerts*, préc., para. 37 ; *Landeskrankenhäuser Tirols*, préc., para. 52.

97. Voir les extraits de la décision *supra*.

98. Bien que la négociation collective appartienne également aux droits fondamentaux européens (CSE et CSE révisée, Art. I. 6 ; Art. 26 de la CDFUE, Art. 11 de la CEDH, cf. Cour européenne des droits de l'Homme (CrEDH), 12 novembre 2008, n° 34503/97, *Demir et Baykara c. Turkey* (ci-après *Démir*) ; N. Hervieu, «*La Cour européenne des droits de l'homme, alchimiste de la liberté syndicale*», *RDT*, 2009, pp. 288-294), la Cour ne cite pas cet élément. Il est également possible de regretter que le second alinéa de l'article 151 TFUE, faisant plus explicitement référence à la négociation collective dans l'élaboration du droit de l'emploi, n'ait pas été mentionné.

99. S. Romano, *L'ordre juridique*, rééd. (1918, trad. fr. 1975), Paris, Dalloz, 2002 ; N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, Roma, Laterza, 2007, pp. 139-159.

100. Selon H. Collins (*Employment Law*, Oxford, Clarendon Law Series, 2003, p. 21), l'article 151 TFUE constitue l'expression du modèle social européen. Quand bien même on pourrait voir dans cette précision un certain maniérisme puisque l'article 151 TFUE fait référence à la négociation collective, le tableau du modèle social européen nous paraît plus exhaustif si on lui adjoint les articles 154 et 155 TFUE qui prévoient la participation des syndicats et organisations professionnelles au processus législatif de l'Union. Assurément, cette particularité constitue une spécificité européenne non négligeable, et mérite d'être incorporée à toute tentative visant à représenter, en droit, le modèle social européen. De même, pour être complet, il convient d'inclure également l'article 6 TFEU afin de couvrir les questions d'égalité et de lutte contre les discriminations. Quant à l'article 45 TFUE (ex-39 CE), il peut alternativement être perçu comme un élément à part entière du modèle social européen ou une pré-condition.

pour le moment, une réelle direction dans laquelle l'Europe sociale peut se diriger. En effet, cet article énumère à la fois les domaines dans lesquels le droit de l'emploi peut se développer et illustre l'interpénétration des sphères économiques et sociales, mais ne contient pas les lignes directrices permettant de déterminer le contenu de ces politiques de l'emploi. La mise en évidence de l'interpénétration des sphères économiques et sociales ne règle pas la question de leur équilibre.

4.3 L'infiltration des dispositifs relatifs au droit de l'emploi dans les autres sphères

La place particulière qu'occupe la figure du juge dans le processus d'intégration de l'UE est incontestable¹⁰¹, et le droit de l'emploi n'échappe pas à ce constat¹⁰². Toutefois, force est de constater que son niveau d'implication n'est pas le même dans la sphère de la constitution économique que dans celle du droit de l'emploi. L'émoi suscité par la récente saga¹⁰³ du droit de l'emploi dépasse toutefois la simple primauté de la constitution économique. La Cour semble être de plus en plus réceptive aux arguments économiques et il semble, à ce titre, qu'elle opère sur les bases d'un *logiciel économique*. La nouvelle construction de l'article 151 TFUE apporte cependant certains éléments permettant de faire évoluer par la suite cette narration prétorienne.

La dogmatique juridique et le débat judiciaire sont basés sur une certaine rhétorique juridique¹⁰⁴ dans laquelle, pour être compris, il convient d'utiliser des arguments que l'on admet constituer des arguments juridiques. En d'autres termes, il importe de « parler droit »¹⁰⁵. Formuler une demande en termes juridiques pourrait alors être suffisant afin qu'elle soit admise. Un examen minutieux indique cependant

101. La littérature relative à cette question est vaste. On se référera toujours avec intérêt à J. H. H. Weiler, «The Transformation of Europe», *Yale Law Journal*, 1991, 2403-2483. Pour un récent examen en contre-plongée, voy. M. Rasmussen, «The Origins of a Legal Revolution – The Early History of the European Court of Justice», *Journal of European Integration History*, Vol. 14, n° 2, 2008, pp. 77-98.

102. S. Sciarra (ed), *Labour Law in the Courts*, Oxford, Hart, 2001 ; S. O'Leary, *Employment Law at the European Court of Justice : Judicial Structures, Policies and Processes*, Oxford, Hart, 2002 ; C. Kilpatrick, «The ECJ and Labour Law : A 2008 Retrospective», *ILJ*, 2009, pp. 180-208.

103. Viking, préc. ; Laval, préc. ; Rüffert, préc. ; CJ, 19 juin 2008, C-319/06, *Commission c. Luxembourg*, Rec., I-04323 (ci-après *Luxembourg*) ; *RJS*, 2008, pp. 765-768, commentaires J.-P. Lhernould ; C. Barnard, «The UK and Posted Workers : The Effect of Commission v. Luxembourg on the Territorial Application of British Labour Law : Case C-319/06 Commission v Luxembourg, Judgment 19 June 2008», *ILJ*, 2009, pp. 122-132.

104. Différents courants juridiques partent de ce postulat. Voir par exemple R. von Jhering, *La lutte pour le droit*, (1890) rééd., Paris, Dalloz, coll. «La bibliothèque Dalloz», 2006 ; C. Perelman, *Logique juridique*, 2^e éd., rééd. (1979), Paris, Dalloz, 1999, n° 71 ; N. McCormick, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford, OUP, 2005, p. 122.

105. D. Schiff, R. Noble et G. Teubner, «The Autonomy of Law : Introduction to Legal Autopoiesis», in D. Schiff, R. Nobles (dir.), *Jurisprudence*, Londres, Butterworth, 2003, p. 899.

que « parler droit » puisse ne pas être suffisant. Empiriquement, il semble qu'une demande ait plus de chance d'aboutir dès lors qu'elle est formulée en termes économiques.

L'examen de différentes décisions indiquent en effet que la Cour est particulièrement réceptive aux arguments formulés dans la sémantique économique. Les juges interrogent par exemple le niveau de salaire requis dans le secteur du bâtiment dès lors que « *la protection résultant d'un tel taux de salaire, qui, au demeurant, ainsi que le relève également la juridiction de renvoi, excède le taux de salaire minimal applicable en vertu de l'AEntG (loi sur le détachement des travailleurs), n'est nécessaire à un travailleur actif dans le secteur de la construction que lorsque ce dernier est employé dans le cadre d'un marché public de travaux et non lorsqu'il travaille dans le cadre d'un marché privé* »¹⁰⁶. De la même manière, la Cour écarte un moyen soulevé par un défendeur qui visait à promouvoir « *les objectifs de protection du pouvoir d'achat des travailleurs et de paix sociale* » au motif qu'il n'a avancé « *aucun élément permettant d'évaluer la nécessité et la proportionnalité des mesures adoptée* »¹⁰⁷. De même, requérir, dans la présente espèce, que le syndicat démontre l'altération de sa position de négociateur au-delà des effets mêmes que ces exonérations induisent sur sa position au processus de négociation collective¹⁰⁸ est à la fois juridiquement discutable et confirme une certaine inclination pour les critères économiques dans le modèle argumentatif de la Cour. L'inclination de la Cour pour les arguments formulés dans la sémantique économique dépasse le cadre de la constitution économique. Dans le domaine de l'hygiène et de la sécurité, et en lien avec la responsabilité de l'employeur, la Cour a par exemple considéré, contrairement à ce que soutenait la Commission, que la directive 89/391 CE n'établissait pas un régime de responsabilité sans faute à la charge de ce dernier. Dans un recours en manquement, la Cour a donné raison au défendeur dont la législation interne permet à l'employeur de s'exonérer de sa responsabilité dès lors qu'il a démontré « *avoir mis en œuvre tout ce qui était raisonnablement praticable pour empêcher la survenance de risques pour la sécurité et la santé des travailleurs. À cette fin, il serait tenu de démontrer qu'il existait une disproportion flagrante entre, d'une part, le risque pour la sécurité et la santé des travailleurs et, d'autre part, le sacrifice consenti en termes de coûts, de temps ou de difficultés que l'adoption des mesures nécessaires pour empêcher la survenance dudit risque aurait impliqué, et que ce dernier était insignifiant par rapport audit sacrifice* »¹⁰⁹.

Ces arrêts indiquent que la Cour semble accueillir plus favorablement les arguments dès lors qu'ils sont traduits en des termes économiques. Il semble dès lors que le modèle argumentatif de la Cour opère sur les bases d'un *logiciel écono-*

106. Rüffert, préc., para. 40

107. Luxembourg, préc., para. 53.

108. Voir *supra*.

109. CJ, 14 juin 2007, C-127/05, *Commission c. Royaume-Uni, Rec.*, I-04619, para. 31, obs. P. Chaumette, « La sécurité pour autant que ce soit raisonnablement praticable ? », *Dr. Soc.*, 2007, p. 1037 ; *RJS*, 2007, pp. 783-786, note E. Lafuma.

mique. Cette expression trouve son origine sémantique et théorique dans la théorie autopoïétique du droit. Selon cette dernière, le système juridique opère selon un code binaire légal-illégal¹¹⁰. Le logiciel est le second code dont le système a besoin afin de différencier le légal de l'illégal¹¹¹. En d'autres termes, le code originaire est le système opératoire alors que le logiciel est le second code. Pour les fins de notre argumentation, le logiciel économique constitue uniquement un instrument permettant de dépeindre le modèle argumentatif de la Cour¹¹². Pour être compris de la Cour, les arguments juridiques ne seraient plus suffisants : encore faudrait-il traduire les prétentions dans la sémantique économique. La nouvelle construction de l'article 151 TFUE apporte plusieurs précisions sur le contenu de cette chaîne narrative et tout porte à croire qu'elle puisse influencer sur les développements ultérieurs du modèle argumentatif de la Cour.

La suprématie des énoncés de la constitution économique ainsi que le *logiciel économique* présument la subordination de la sphère sociale à la sphère économique. Or l'article 151 TFUE ne renferme pas une telle mention. Il n'est fait référence ni à la subordination de la sphère sociale à la sphère économique ni à la subordination inverse. Alors que l'enchevêtrement des sphères économique et sociale a d'abord été présenté comme un phénomène à sens unique¹¹³, des travaux ultérieurs ont mis en exergue les emprises réciproques de ces deux domaines¹¹⁴. On passe ainsi d'une conception verticale à une conception horizontale des relations entre les sphères économique et sociale. Comme le souligne le professeur Azoulai, la technique de réconciliation des deux sphères n'a toutefois pas encore atteint l'idéal annoncé¹¹⁵. L'argument prend alors une tournure prescriptive : « *les droits résultant des dispositions du traité relatives aux aides d'État et à la concurrence doivent (...) être mis en balance avec les objectifs poursuivis par la politique sociale* »¹¹⁶. À la suite des

110. N. Luhmann, « Law as a Social System », *Nw. U. L. Rev.*, 1989, pp. 136-150, spéc. 140.

111. N. Luhmann, *Law as a Social System*, Oxford, OUP, 2004, p. 209.

112. L'utilisation de ce terme, malgré la reconnaissance de sa filiation avec N. Luhmann et ses disciples, n'implique pas **nécessairement** l'acceptation complète des théories luhmaniennes. De la même manière, des auteurs ont utilisé la métaphore numérique sans se référer à une quelconque analyse systémique (A. Supiot, « Travail, droit et technique », *Dr. Soc.*, 2002, pp. 13-25 ; L. Azoulai, « The Court of Justice and the Social Market Economy : The Emergence of an Ideal and the Conditions for its Realization », *CMLR*, 2008, pp. 1335-1356.

113. G. Lyon-Caen, « L'infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence », *Dr. ouvr.*, 1992, p. 313.

114. Pour le droit européen en général, voir J.-S. Bergé, S. Robin-Olivier, *Introduction au droit européen*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 2008, n° 123 ; s'agissant de l'entrelacement des sphères économiques et sociales, voir L. Idot, « Droit social et droit de la concurrence : confrontation ou cohabitation ? », *Europe*, 1998, n° 11, pp. 4-8 ; L. Dríguez, *Droit social et droit de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Concurrence », 2006 ; pour une approche travailliste, voir les contributions d'A. Jeammaud, « La condition du travailleur dans l'ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, préc., pp. 371-383 et M.-A. Moreau « L'ordre concurrentiel et les droits fondamentaux au plan international », *ibid.*, pp. 385-399.

115. L. Azoulai, préc., p. 1353.

116. *3F*, préc., para. 57-8 (nous soulignons).

arrêts *Laval* et *Viking* et comme la lettre du présent arrêt l'affirme, dès lors que des différences perdurent entre ces deux sphères, celles-ci doivent être corrigées.

Le second enseignement a trait à l'exclusivité respective de ces sphères : les droits économiques ne peuvent être des droits sociaux et, réciproquement, les droits sociaux ne peuvent être des droits économiques. Or l'affirmation d'une telle exclusivité est des plus contestables si l'on garde à l'esprit qu'« *il n'est pas de lien de droit qui n'ait pas à la fois une dimension économique et une dimension sociale* »¹¹⁷. Car, si les relations entre le droit économique¹¹⁸ et le droit social¹¹⁹ ont d'abord évoqué le quant-à-soi¹²⁰, nul ne conteste désormais leur entrelacement¹²¹. Plus encore, les questions conventionnellement définies comme étant sociales révèlent, empiriquement, une dimension économique non négligeable. Les relations professionnelles, par exemple, traitent en grande partie de questions économiques. Les systèmes juridiques des États membres en sont le reflet. Les interruptions concertées de travail visent à soutenir des revendications professionnelles¹²². La question salariale constitue également un des enjeux principaux de la négociation annuelle obligatoire (art. L. 2242-8 c. trav.). De la même manière, certains droits que l'on qualifie d'économiques possèdent une dimension sociale indéniable. Même si la libre circulation des travailleurs (art. 45 TFUE (ex-art. 39 CE)) ne concerne que certaines personnes¹²³, une analyse historique et comparée¹²⁴ nous renseigne sur la dimension éminemment sociale d'une liberté originellement admise comme étant uniquement économique¹²⁵. Une autre illustration relative cette fois à la « substance » même de dispositions communément répertoriées dans la sphère économique est fournie par l'article 157 TFUE (ex-141 CE)¹²⁶. Alors que la principale justification de cet article se trouvait dans la protection de la concurrence entre les États membres, cet article se mue en un énoncé permettant d'appréhender à la fois les finalités écono-

117. A. Supiot, « préface de l'édition Quadridge », in *Critique du droit du travail* (1994), rééd. Paris, PUF, 2002, xxiii. Adde B. De Witte, « Non-Market Values in Internal Market Legislation », in N. Nic Shuibhne (dir.), *Regulating the Internal Market*, Cheltenham, Edward Elgar, 2006, pp. 61-86.

118. G. Farjat, « L'importance d'une analyse substantielle en droit économique », *R.I.D.E.*, 1986, pp. 9-42 ; J.-B. Racine, F. Siirainen, « Retour sur l'analyse substantielle en droit économique », *R.I.D.E.*, 2007, pp. 259-291.

119. L. François, *Introduction au droit social*, Liège, Faculté de Droit de Liège, 1974.

120. A. Lyon-Caen, « Droit social et droit de la concurrence, Observations sur une rencontre », in *Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur du Professeur Jean Savatier*, Paris, PUF, 1992, pp. 331-343.

121. A. Jeammaud « La condition du travailleur dans l'ordre concurrentiel », préc.

122. Soc., 18 juin 1996, *Bull. civ.* V, n° 243.

123. I. Ward, *A Critical Introduction to European Law*, 3^e éd., Cambridge, CUP, 2009, p. 143.

124. J. Le Goff, *Du Silence à la parole*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2004, 218 ; S. Deakin, F. Wilkinson, *The Law of the Labour Market, Industrialization, Evolution and Employment*, Oxford, OUP, 2005, pp. 110-200 ; Art. 11 et 12 de la Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949.

125. Pour une conclusion similaire, voir P. Rodière, préc., p. 143 ; S. O'Leary, « The Free Movement of Persons and Services », in P. Craig, G. de Burca (dir.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, OUP, 1999, pp. 377-416, spéc. p. 385.

126. C. Barnard, *EC Employment Law*, 3^e éd., Oxford, OUP, 2006, p. 45.

miques et les finalités sociales de la construction de l'Union¹²⁷. La Cour compléta la métamorphose dans l'arrêt *Deutsche Post* en affirmant que « la finalité économique poursuivie par l'article 119 du traité et consistant en l'élimination des distorsions de concurrence entre les entreprises établies dans différents États membres revêt un caractère secondaire par rapport à l'objectif social visé par la même disposition, lequel constitue l'expression du droit fondamental de la personne humaine de ne pas être discriminée en raison de son sexe »¹²⁸. C'est donc sur la base de l'interprétation des domaines économiques et sociaux¹²⁹ qu'il faut repenser la signification des relations entre des droits économiques et sociaux.

Le présent arrêt se fait l'écho d'une chaîne narrative incorporant progressivement l'article 151 TFUE au point que sa *généralisation* n'est plus une éventualité. Malgré l'impossibilité de préjuger des futurs développements de la chaîne narrative, il ne faut pas oublier que la pratique juridique est principalement argumentative et s'avère à ce titre évolutive. L'indétermination, l'indéfini ou encore l'imprécision sont en effet le propre du récit, et les narrations juridiques ne font pas exception¹³⁰. Plus encore, il est possible d'affirmer qu'elles font preuve en droit d'une certaine ambivalence¹³¹. Dans l'hypothèse qui nous intéresse ici, la *généralisation* de l'article 151 TFUE est riche de possibilités¹³². Quelles que soient les précédentes sensibilités aux questions sociales dans le raisonnement de la Cour, l'article 151 TFUE constitue

127. CJ, 8 avril 1976, C-43/75, *Gabrielle Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, Rec.*, I-00455.

128. CJ, 10 février 2000, Affaires jointes C-270/97 et C-271/97, *Deutsche Post AG c. Elisabeth Sievers and Brunhilde Schrage, Rec.*, I-00929, para. 57.

129. Voir le premier cas à notre connaissance à utiliser cette terminologie CJ, 21 juin 1974, C-2/74, *Reyners c. État belge, Rec.*, I-00631 ; cf. *Laval*, préc., para. 90 et 105 ; *Viking*, préc., para. 24, 43 et 79. Pour une référence plus récente, voir les conclusions de l'AG Poiares Maduro, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri c. Ministero della Giustizia, Marco Cavallera*, 28 février 2008, C-311/06, para. 48.

130. Voir, par exemple, C. Perelman, *op. cit.*, n° 25 ; H.L. Hart, *Le concept de droit*, 2^e éd., Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2005, p. 143 et suiv. ; B. Tamanaha, *Law as a Means to an End*, Cambridge, CUP, 2006, p. 248 et suiv. Pour une distinction intéressante des termes d'« équivoque », « vague », etc., voir R. Guastini, « Le "point de vue de la science juridique" », *Analisi e Diritti*, 2006, pp. 137-145, spéc. p. 142 et suiv. Enfin, pour un exemple en droit social, voir M. Dawson, « The Ambiguity of Social Europe in the Open Method of Coordination », *European Law Review*, 2009, pp. 55-79.

131. Pour une discussion théorique sur la notion d'ambivalence dans la narration juridique, voir D. Galligan, *Law in Modern Society*, Oxford, Clarendon Law Series, 2007, p. 193 et suiv. Pour une application particulière au droit social, voir l'article pionnier de J.-Cl. Javillier, « Ambivalence, effectivité et adéquation du droit pénal du travail : quelques réflexions en guise d'introduction », *Dr. Soc.*, 1975, p. 375 et, par la suite, A. Jeammaud, « Le droit du travail dans le capitalisme, questions de fonction et de fonctionnement », in A. Jeammaud (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie*, préc., 15, 17. Adde. M. Zamboni, « The "Social" in Social Law – An Analysis of a Concept in Disguise », *Scandinavian Studies in Law*, 2008, pp. 513-539. Dans le cas du droit européen, voir P. Rodière, *op. cit.*, p. 153.

132. S. Robin-Olivier, E. Pataut, préc. ; H. Collins, « A Workers' Civil Code? Principles of European Contract Law Evolving in EU Social and Economic Policy », in M. W. Hesselink (dir.), *The Politics of a European Civil Code*, La Haye, Kluwer Law International, 2006, pp. 55-70, spéc. p. 69.

un instrument permettant d'infiltrer les énoncés de la sphère économique à l'aide de ces références aux droits sociaux fondamentaux¹³³. À un moment où la dimension sociale de la construction européenne est mise en question¹³⁴, ce n'est pas le moindre des accomplissements de cette chaîne narrative que d'apporter un début de réponse. L'inclusion d'une clause sociale horizontale avec le Traité de Lisbonne¹³⁵ constitue d'ailleurs un soutien supplémentaire à l'infiltration du droit de l'emploi dans le droit de l'Union européenne.

5 CONCLUSION

En référence à la CEDH, O. Kahn-Freund qualifiait la CSE de « *grosse note de bas de page* »¹³⁶. Quelques mois après les arrêts *Laval* et *Viking*, la CrEDH rendait des décisions relatives à la négociation collective¹³⁷ et au droit de grève¹³⁸. Combinant de manière inspirée la CSE et l'article 11 de la CEDH, ces arrêts se sont révélés d'une importance considérable. Ils rappellent, si besoin était, que l'Europe sociale ne se limite pas à l'Union européenne mais inclut également le Conseil de l'Europe. Surtout, le pas franchi par les arrêts *Demir* et *Enerji* démontre que les « notes de bas de pages » peuvent fournir le matériau nécessaire à l'écriture de chapitres significatifs à l'édifice juridique social européen. De la même manière, l'article 151 TFUE a longtemps été le parent pauvre de l'édifice social de l'UE. Le présent arrêt témoigne d'une évolution profonde dans le modèle argumentatif de la Cour. Graduellement, les références à ces dispositifs (la charte sociale et l'article 151 TFUE) construisent parallèlement l'Europe sociale au sein du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne.

À la lettre, le présent arrêt donne à voir un autre viking dans le prétoire. Il confirme d'abord la contemporanéité des questions relatives aux pavillons de complaisance¹³⁹ et l'acuité des propos affirmant que le travail maritime constitue

133. H. Collins, « The European Economic Constitution and the Constitutional Dimension of Private Law », *European Review of Contract Law*, 2009, pp. 71-94, spéc. p. 84. Sur l'hypothèse de l'infiltration, cf. G. Lyon-Caen, préc., et sur les modalités actuelles de celle-ci, cf. S. Giubboni, préc., 151.

134. Voir *supra*, adde E. Dockès, « L'Europe antisociale », *RDT*, 2009, pp. 145-150.

135. L'article 9 TFUE précise que « dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et actions, l'Union prend en compte les exigences liées à la promotion d'un niveau d'emploi élevé, à la garantie d'une protection sociale adéquate, à la lutte contre l'exclusion sociale ainsi qu'à un niveau élevé d'éducation, de formation et de protection de la santé humaine ».

136. O. Kahn-Freund, « European Social Charter », in F. G. Jacobs (dir.), *European Law and the Individual*, Amsterdam, Elsevier, 1976, p. 182.

137. *Demir*, préc.

138. CrEDH, 21 avril 2009, n° 68959/01, *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turkey* (ci-après *Enerji*) ; J.-P. Marguénaud et J. Mouly, « La Cour européenne des droits de l'homme à la conquête du droit de grève », *RDT*, 2009, pp. 499-504.

139. P. Chaumette, « Les actions collectives dans le maillage des libertés communautaires des entreprises », préc.

l'avant-garde du questionnement, en droit, de la mondialisation du travail¹⁴⁰. Ensuite, alors que les systèmes juridiques de certains États membres et la procédure législative européenne consacrent une certaine place aux syndicats, les représentants des travailleurs éprouvent parfois certaines difficultés à participer à l'élaboration des décisions relatives à l'emploi au sein et en dehors de l'entreprise¹⁴¹. Confirmant la dimension trilatérale des relations d'emploi, la reconnaissance de la recevabilité de la demande conforte à la fois leur participation dans l'élaboration de ces politiques et leur qualité d'interlocuteur privilégié des entités publiques. La référence à l'article 151 FUE vient enfin compléter l'analogie. L'utilisation ravivée de ce dispositif dans le modèle argumentatif de la Cour en prolonge la reconceptualisation. Cet énoncé infiltre un droit économique de moins en moins imperméable et illustre les différentes dimensions de cette chaîne narrative dans l'élaboration, en droit, d'un modèle social européen.

**SUMMARY : ANOTHER VIKING IN COURT : COMMENTS
ON CJ, 3F C. COMMISSION DES COMMUNAUTÉS
EUROPÉENNES, 9 JUILLET 2009, C-319/07 P**

In addition to a secondary international ship register, which enabled registered ship-owners to employ third-country nationals on terms and conditions of employment in accordance with the law of their country of residence, the Danish Parliament enacted a law allowing seafarers to benefit from different tax exemptions. A trade union, 3F (hereafter TU), subsequently filed a complaint before the European Commission to review the compatibility of the fiscal relief with regard to State aid provisions. Following the preliminary examination, the Commission decided to raise no objections to the latter measure and not to open the full examination procedure. The TU then brought judicial proceedings before the European jurisdictions. Initially the Court of First Instance (CFI) held that the TU had no standing. The present case hears the appeal lodged by the TU. The Court (ex ECJ) showed appropriate diligence prior to remitting the case to the General Court (ex CFI) (which will have to reconsider the merits of the claim) in dismissing the plea of inadmissibility raised by the Commission. The first section of this article examines the TU standing. Past decisions illustrate the difficulties faced by workers' representatives in having a voice in employment decision-making processes; the present ruling thus provides a decisive additional tool for them in the collective action toolkit. The second section discusses the merits of the case, i.e. the necessity to open the full examination procedure. In light of the directives instructed by the Court, which limit the examination of the forthcoming remitted case before the General Court, the compatibility of fiscal relief in accordance with the internal market is investigated. The third section explores the

140. A. Supiot, « Revisiter les droits d'action collective », *Dr. Soc.*, 2001, pp. 687-704; A. Charbonneau, préc.

141. *Viking*, préc.

further reference to Article 151 TFEU (ex 136 TCE). Considered as the cornerstone of the European employment policy, it has evolved from a programmatic to a substantive provision, which encompasses the dual objectives of the Community. This renewed construction is an opportunity to draw attention to the current employment law saga and the operating system of the Court.

Mots clés : droit de l'emploi, aides d'État, recevabilité d'un syndicat, article 151 TFEU (ex-article 136 TCE)

Keywords : employment law, State aids, trade union standing, article 151 TFEU (ex-136 TCE)

Subject Descriptors (*Econlit* Classification System) : F 150, F 160, J 500, J 610, J 800, J 880, K 340, K 410