CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL MARCO DARMON
présentées le 10 juin 1986

Monsieur le Président,
Messieurs les Juges,

1. De nationalité néerlandaise, M. Segers dirige depuis 1980 une entreprise commerciale — la « Free Promotion International » — dont le siège social est aux Pays-Bas. Désireux d'étendre son activité, notamment à des opérations de courtage sur le marché financier, il décide de la transformer en société à responsabilité limitée. Jugeant à la fois trop longs les délais légaux prévus aux Pays-Bas pour cette transformation et plus attractive la mention « Ltd » que son équivalent néerlandais « BV », il procède de la façon suivante:

— création au Royaume-Uni d'une « private company limited by shares », dénommée « Slenderose Ltd »;

— transformation de l'entreprise néerlandaise en filiale de la société britannique, sous la dénomination « Free Promotion International Company Ltd », qui exerce en fait toutes les activités de Slenderose.

A la suite de cette opération et pour être admis au bénéfice des prestations maladie prévues par la législation néerlandaise portant régime d'assurance maladie (Ziektewet), M. Segers s'adresse à l'Association professionnelle du secteur bancaire, des assurances, du commerce de gros et des professions libérales, institution compétente en la matière (ci-après « l'Association »).

Celle-ci rejette sa demande, au motif que M. Segers ne pourrait être considéré comme un travailleur salarié dans son entreprise, sa relation de travail ne révélant aucun lien de subordination. Sans plus de succès devant la juridiction de première instance compétente, le requérant au principal forme recours devant le Centrale Raad van Beroep dont l'ordonnance de renvoi éclaire le problème d'interprétation qui vous est soumis.

2. La Ziektewet couvre les personnes ayant la qualité de salarié, celle-ci se définissant précisément par l'existence d'un lien de subordination à l'égard de l'employeur. Comme l'observe la juridiction néerlandaise, une telle qualification ne saurait, en principe, être attribuée au directeur d'une société détenant la moitié des parts de son entreprise, l'autre moitié appartenant à son épouse. Néanmoins, en raison de la volonté du législateur de coordonner les règles applicables en matières sociale et fiscale, le Centrale Raad van Beroep est lui-même revenu sur sa jurisprudence antérieure. Par deux arrêts du 10 décembre 1968, il a assimilé le directeur d'une société détenant 50 % ou plus des parts de cette dernière à un salarié.

Or, l'Association entend réserver le bénéfice de cette assimilation aux seuls directeurs/détenteurs majoritaires de parts des sociétés qui ont leur siège social aux Pays-Bas. C'est pourquoi, bien que de nationalité néerlandaise, M. Segers, directeur d'une société

dont le siège social est à Londres, ne saurait, selon elle, en bénéficier.

Le Centrale Raad van Beroep est ainsi conduit à vous renvoyer les deux questions suivantes:

« 1) Les principes de liberté d'établissement dans la Communauté économique européenne et de libre prestation de services à l'intérieur de la Communauté économique européenne — notamment les dispositions combinées des articles 52, *in fine*, et 58, d'une part, et des articles 60, *in fine*, et 66 du traité CEE, d'autre part — imposent-ils au juge néerlandais, appelé à apprécier l'obligation d'assurance au titre d'une loi néerlandaise en matière de sécurité sociale, de ne pas faire de différence entre le directeur/gros détenteur de parts d'une société à responsabilité limitée de droit néerlandais et celui d'une société à responsabilité limitée constituée selon le droit d'un autre État membre, même si la société étrangère n'exerce manifestement pas d'activités commerciales dans l'autre État membre mais en fait uniquement aux Pays-Bas?

2) En cas de réponse négative, le droit communautaire en matière de sécurité sociale [notamment l'article 3, paragraphe 1, du règlement (CEE) n° 1408/71] ou toute autre disposition du droit communautaire interdisent-ils d'opérer une telle différenciation? »

3. Afin de délimiter l'objet de votre interprétation et de donner une réponse utile à la juridiction néerlandaise, il convient, à titre préliminaire, de faire les deux observations suivantes.

En premier lieu, il convient de souligner que le traitement différencié en cause n'est pas fondé sur la nationalité de l'intéressé. Ce qui est déterminant pour le bénéfice du régime de sécurité sociale, c'est la localisation — aux Pays-Bas et non dans un autre État membre — du siège social de la société mère.

Précisons, en second lieu, que M. Segers, directeur de la société Slenderose Ltd, est établi aux Pays-Bas où il dirige également sa filiale dont nous rappelons qu'elle en concentre toute l'activité. Il ne relève donc pas des dispositions de l'article 59 du traité CEE garantissant la libre prestation des services. Rappelons, en effet, que, selon votre jurisprudence constante, ces dispositions

« comportent ... l'élimination de toutes discriminations à l'encontre du prestataire en raison de sa nationalité ou de la circonstance qu'il est établi dans un État membre autre que celui où la prestation doit être fournie » (62-63/81, Seco, Rec. 1982, p. 223, point 8).

En définitive, le traitement différencié dont, selon l'Association, devrait faire l'objet M. Segers ne trouve sa source ni dans la nationalité ni dans la résidence de l'intéressé mais dans l'établissement dans un autre État membre du siège social de la société mère qu'il dirige. Dès lors, c'est dans les articles 52 à 58 du traité relatifs à la liberté d'établissement qu'il faut rechercher si le ressortissant d'un État membre peut être privé, pour cette seule raison, du bénéfice de sa législation nationale en matière de sécurité sociale.

Au-delà de cette question, l'ordonnance de renvoi comme les observations qui vous ont été présentées suggèrent, à partir de la constatation que la filiale néerlandaise de la société Slenderose exerce en fait l'intégralité des activités de cette dernière, de rechercher

également si une telle différenciation peut trouver sa justification dans le souci de prévenir toute tentative de fraude à la loi.

Examinons successivement les deux aspects du problème d'interprétation ainsi circonscrit.

4. Selon les dispositions de l'article 52, alinéa 2, du traité CEE:

« La liberté d'établissement comporte ... la constitution et la gestion d'entreprises, et notamment de sociétés au sens de l'article 58, alinéa 2, dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants ... »

L'article 52, alinéa 1, étend la levée des restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre

« aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre ».

Cette disposition doit être lue en liaison avec l'article 58 du traité, selon lequel

« les sociétés constituées en conformité de la législation d'un État membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la Communauté sont assimilées, pour l'application des dispositions du présent chapitre, aux personnes physiques ressortissant des États membres ».

Le principe fondamental du traitement national, ainsi garanti par l'article 52 depuis l'expiration de la période de transition et indépendamment des directives prévues par les articles 54 et 57 pour le mettre en œuvre (2/74, Reyners, Rec. 1974, p. 631, points 24 à 30), bénéficie donc non seulement aux personnes physiques, mais également aux sociétés, dès lors que celles-ci remplissent les deux conditions cumulatives énoncées par l'article 58, alinéa 1, concernant, d'une part, leur légalité, d'autre part, l'existence d'un critère de rattachement à l'un des États membres.

La liberté d'établissement emporte donc, d'une part, le droit, pour tout ressortissant d'un État membre, d'établir, même à titre secondaire, une société dans un autre État membre aux conditions que sa législation impose à ses nationaux (article 52, alinéa 2), d'autre part, celui, pour une société, de poursuivre ses activités dans un autre État membre par le biais d'une agence, d'une succursale ou d'une filiale (article 52, alinéa 1).

Sur ce dernier point, votre arrêt 270/83, Commission/France, du 28 janvier 1986 (Rec. 1986, p. 273), relatif au refus par cet État d'accorder le bénéfice d'une exonération fiscale aux succursales et agences françaises de sociétés d'assurances ayant leur siège dans un autre État membre, a mis, dans les termes suivants, en évidence la portée de l'assimilation des sociétés aux personnes physiques énoncée par l'article 58 du traité:

« pour les sociétés, il importe de relever dans ce contexte que leur siège au sens (de cet article) sert à déterminer, à l'instar de la nationalité de personnes physiques, le rattachement à l'ordre juridique d'un État ».

Vous en avez conclu que

« admettre que l'État membre d'établissement puisse librement appliquer un traitement différent en raison du seul fait que le

siège d'une société est situé dans un autre État membre, viderait ... cette disposition de son contenu » (270/83, point 18).

Précisément, nous avons déjà relevé que la décision de refus opposée à M. Segers a pour fondement exclusif le fait qu'il dirige une société dont le siège statutaire est fixé à Londres. De ce point de vue, elle doit, par conséquent, être qualifiée de discriminatoire.

Il y a plus. Au-delà de cette première constatation de principe, il convient d'en ajouter une autre, dégagée des faits de l'espèce. Une telle différenciation de traitement social risque, en amont, de dissuader, quelle que soit sa nationalité, un ressortissant déjà établi aux Pays-Bas de créer une société à l'étranger ou de devenir actionnaire majoritaire d'une telle société. Dans cette perspective, c'est le droit des personnes physiques, garanti par l'article 52, alinéa 2, du traité CEE, de constituer et de gérer des sociétés dans un autre État membre qui serait en définitive vidé de sa substance.

De ce point de vue également, la différenciation d'ordre social qu'entend établir l'Association apparaît comme constitutive d'un obstacle à l'exercice de la liberté d'établissement des ressortissants communautaires résidant aux Pays-Bas, dès lors qu'elle retire à la société qu'ils dirigent le bénéfice du traitement national accordé à celles dont leurs dirigeants ont maintenu le siège social sur le territoire de cet État.

5. Aucun des arguments avancés par l'Association défenderesse pour écarter l'application des articles 52 et 58 ne nous paraît pouvoir être retenu.

En premier lieu, s'il est exact que l'article 58 CEE n'assimile pas expressément les sociétés d'origine étrangère aux sociétés nationales, on ne saurait en conclure que cette disposition est inapplicable en l'espèce. En étendant aux sociétés l'application de l'article 52 CEE, l'article 58 leur ouvre, en effet, le même champ de liberté qu'aux individus, imposant aux États membres de faire bénéficier du traitement national les sociétés ayant leur siège social dans tout autre État membre de la Communauté.

En deuxième lieu, on ne peut partager avec l'Association l'analyse selon laquelle la situation en cause, parce qu'elle concerne le cas d'un citoyen néerlandais résidant aux Pays-Bas où il exerce en fait toutes ses activités, serait purement interne. En effet, comme nous l'avons souligné à plusieurs reprises, le traitement différencié que l'Association prétend appliquer à M. Segers a pour source exclusive la fixation au Royaume-Uni du siège social de la société mère. La situation d'espèce s'inscrit donc dans le cadre communautaire tracé par les articles 52 et 58 CEE. Relevons, au surplus, qu'il importe peu que la filiale exerce *de facto* l'intégralité des activités de la société britannique, dès lors que cette dernière, constituée conformément au droit britannique, satisfait à l'un des trois critères alternatifs de rattachement énumérés par l'article 58, en l'occurrence la fixation à Londres du siège statutaire.

Enfin, pour écarter le grief tiré de la discrimination, la défenderesse au principal soutient que les ressortissants des États membres peuvent, en toute connaissance de cause, choisir de constituer une société soit aux Pays-Bas soit dans un autre État membre. Un tel argument revient, en vérité, à vider de son contenu la liberté d'établissement des sociétés puisque, sous l'apparence trompeuse d'une option librement laissée au choix des intéressés, on dissuade, par le

refus d'une protection sociale, les sociétés étrangères de s'établir aux Pays-Bas. Une telle conséquence s'analyse comme une restriction contraire aux dispositions combinées des articles 52 et 58. Comme l'a indiqué la Commission, la règle du traitement national, appliquée aux sociétés ayant leur siège social dans un autre État membre, entraîne pour les membres de leur personnel, dirigeant ou non, l'application de la législation sociale dont bénéficient leurs homologues des sociétés ayant leur siège social dans l'État membre d'établissement. On trouve, en ce sens, pour reprendre la formule de votre Cour (voir, par exemple, 197/84, Steinhauser, du 18 juin 1985, Rec 1985, p. 1819, point 15), une « indication utile » dans le « Programme général pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement » du 18 décembre 1961 (JO du 15.1.1962, p. 36) selon lequel il y a lieu de ranger notamment au titre des restrictions à la liberté d'établissement celles qui

« prohibent ou restreignent le droit de participer à la sécurité sociale... » [titre III, point A, sous i)].

Doit, par conséquent, être qualifiée de restriction à la liberté d'établissement, interdite depuis la fin de la période de transition par l'article 52 du traité CEE, combiné avec les dispositions de l'article 58, le refus d'étendre aux dirigeants d'une société, pour cette seule raison qu'elle a son siège social dans un autre État membre, le bénéfice de la législation nationale sur l'assurance maladie, applicable, par contre, aux dirigeants des sociétés ayant leur siège social aux Pays-Bas, non seulement en tant qu'elle a pour effet de restreindre la faculté pour les sociétés établies dans un autre État membre d'exercer leurs activités aux Pays-Bas par l'intermédiaire d'une succursale, d'une agence ou d'une filiale créée à cette fin, mais également en tant qu'elle peut dissuader les ressortissants établis aux Pays-Bas de constituer une telle société ou d'en devenir actionnaires majoritaires.

6. Il reste à examiner l'hypothèse de la fraude à la loi.

Pour l'Association, la transformation d'une entreprise d'un État membre en filiale d'une société établie dans un autre État membre pourrait permettre aux ressortissants du premier État de se soustraire à l'application de leur législation nationale. L'intérêt général commanderait donc de limiter le droit d'établissement afin de prévenir les abus de cet ordre.

Cette argumentation appelle de notre part les observations suivantes.

L'opération décrite ci-dessus est rendue possible par la combinaison du droit, reconnu aux personnes physiques, d'établir une société dans un autre État membre et de celui, pour les personnes morales, y compris les sociétés ainsi créées, d'exercer leur activité par l'intermédiaire d'une filiale dans le pays d'origine de la personne physique.

Si paradoxale que puisse paraître une telle situation, elle est la conséquence logique des droits garantis par le traité. Au demeurant, elle participe à l'objectif pour lequel la liberté d'établissement a été inscrite dans le traité CEE: favoriser la libre circulation des personnes et, par là même, la réalisation d'un marché commun. A cet égard, le fait, pour le ressortissant d'un État membre, de

tirer parti de la souplesse du droit britannique des sociétés et d'exploiter l'effet d'attraction exercé, selon lui, sur la clientèle, par une appellation à connotation anglo-saxonne, s'inscrit dans cette perspective.

Pour autant, et même si l'Association a reconnu à l'audience que son refus n'était pas motivé par une quelconque tentative de fraude de la part du requérant au principal, on ne saurait exclure qu'une opération du même type que celle entreprise par ce dernier puisse servir une finalité à caractère frauduleux. Néanmoins, la simple éventualité qu'un tel risque se réalise ne saurait justifier une restriction générale au droit d'établissement des personnes physiques et morales. Par contre, on ne peut dénier aux autorités nationales le droit, cas par cas, de vérifier que les sociétés ainsi constituées l'ont été, comme le prévoit expressément l'article 58 CEE, conformément aux dispositions légales prévues à cet effet. De même, il leur est loisible de contrôler leurs activités au regard des exigences de l'ordre public. L'article 56 CEE indique, à cet égard, que les règles du traité

« ne préjugent pas l'applicabilité des dispositions législatives, réglementaires et administratives prévoyant un régime spécial pour les ressortissants étrangers, et justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique ».

Sous ces réserves, et pour légitime que puisse être son contrôle, l'État membre doit appliquer aux sociétés des autres États membres les mêmes conditions de constitution et d'activité que celles prévues pour les sociétés « nationales ».

Sans qu'il y ait lieu, dès lors, d'examiner la seconde question préjudicielle posée par le Centrale Raad van Beroep, nous vous suggérons de dire pour droit que:

Le refus d'accorder le bénéfice d'un régime de protection sociale, opposé au directeur d'une société, pour la seule raison que cette dernière a son siège social dans un autre État membre, constitue une restriction à la liberté d'établissement, contraire aux dispositions des articles 52 et 58 du traité CEE.