



College of Europe
Collège d'Europe



Natolin

European Legal Studies
Etudes Européennes Juridiques

RESEARCH PAPERS IN LAW

5/2007

Vassilis Hatzopoulos

Que reste-t-il de la directive sur les services ?

© *Vassilis Hatzopoulos, 2007*

Que reste-t-il de la directive sur les services ?

Vassilis Hatzopoulos¹

1. Introduction

La directive sur les services (ci-après : la Directive) est un des textes du droit dérivé les plus controversés dans l'histoire législative de l'Union Européenne (UE). Elle fût adoptée à la suite d'intenses débats parlementaires, portant sur plus d'une centaine de modifications par rapport au texte soumis par la Commission en janvier 2004. Les débats en vue de l'adoption de la Directive, en décembre 2006, ont connu un certain retentissement en raison des nombreuses manifestations que cette proposition généra à Bruxelles, à Strasbourg, et dans d'autres villes européennes, et de son association à l'échec du Traité Constitutionnel. Le texte finalement adopté est certainement en retrait par rapport à la proposition initiale, assez ambitieuse, de la Commission.

L'idée directrice de la Commission était de régler dans un texte unique, de manière horizontale, l'ensemble des services non spécifiquement régis par des directives sectorielles.² Pour ce faire, la Commission se fondait dans sa proposition³ sur la jurisprudence, désormais très extensive,⁴ de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) en matière de services. La Commission opérait toutefois une avancée assez importante, en proposant l'application généralisée – soumise à d'importantes exceptions – du principe du pays d'origine (PPO). Suite aux réactions parlementaires et populaires, le PPO fût abandonné, et la liste des services non couverts par la Directive a été largement étendue. Ces deux mouvements, amplement médiatisés, ont occulté d'autres aspects (moins) importants de la Directive et ont fait douter de sa valeur ajoutée.⁵ De plus, le manque de clarté sur la manière dont ces nombreuses exceptions et dérogations se concilient avec les règles dégagées par la CJCE (auxquelles, par définition, il ne peut être dérogé par un texte de droit dérivé), a conduit certains auteurs à voir, dans la Directive, un facteur d'insécurité juridique.

Ces critiques ne sont pas dénuées de pertinence. Cela étant, une analyse approfondie des « restes d'un projet très ambitieux », montre que cette Directive n'est pas dénuée de toute importance – bien au contraire. Afin de procéder à un examen exhaustif de la Directive, on s'attachera, dans un premier temps, à étudier ses aspects qui sont sans réelle valeur ajoutée par rapport à la situation antérieure (para. 2). Nous nous concentrerons ensuite sur les éléments de la Directive qui peuvent contribuer à promouvoir la libre prestation des services à l'avenir (para. 3). Quelques conclusions viendront clore cet exposé (para. 4).

¹ Professeur Assistant à l'Université Democrite de Thrace (Grèce), Professeur Visiteur au Collège d'Europe, Bruges (Belgique), Membre du barreau d'Athènes; vasshatz@ath.forthnet.gr.

² Il a été observé que cette approche horizontale, par un texte unique, est le fruit du travail proactif de la Commission et ne lui a pas été imposé ou même suggéré par aucune autre Institution ou aucun groupe d'intérêts, v. B. de Witte, *Setting the Scene : How did Services get to Bolkenstein and Why ?*, EUI working papers, Law 2007/70, disponible à http://cadmus.iue.it/dspace/bitstream/1814/6929/1/LAW_2007_20.pdf. Il faut, cependant, observer que l'approche horizontale proposée a gagné le support de la vaste majorité d'auteurs ainsi que de la *House of Lords* Britannique, traditionnellement sceptique envers les projets ambitieux émanant « de Bruxelles », v. *Completing the Internal Market in Services, Report with Evidence, 6th Report of Session 2005-6*, p. 63-74.

³ COM (2004) 2 final, du 13 janvier 2004.

⁴ Pour une revue d'ensemble de la jurisprudence pertinente, v. outre les synthèses annuelles présentées dans les présents *Cahiers* (v. en dernier lieu KEPPELLE ET VAN RAEPENBUSCH, « Les principaux développements de la jurisprudence de la Cour de Justice et du Tribunal de Première Instance, Année 2003 », (2004) p. 439-513), ainsi que dans d'autres Revues, des présentations plus synthétiques sur base quinquennale, effectuées par le présent auteur dans la *CMLRev* (2000) p. 43-82 et, en dernier lieu, avec T. Do, (2006) p. 923-991.

⁵ U. Do, « La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur... définitivement hors service ? » (2006) *RDUE*, p. 1-20 ; V. HATZOPOULOS & U. Do, op.cit, p. 978 ; H. VAN MEERTEN « A comparison of the Services Directive with the Case Law of the Court of Justice: A Case Study » (2006) *Griffin's View*, p. 141-162.

2. Une directive peu ambitieuse / en retrait par rapport à l'approche traditionnelle sur la LPS

L'abandon du PPO et les modifications supplémentaires apportées au projet de Directive dans le cadre de la procédure de conciliation prévue par l'article 251 CE, ont pu être présentés comme une « réparation du bateau en haute mer ». ⁶ Ce bricolage, fruit de la procédure de co-décision, elle-même animée par des manifestations de l'opinion publique alimentée par des idées préconçues plus que par la connaissance des réalités juridiques, a abouti à un texte clairement dénaturé par rapport à celui initialement élaboré. Ceci n'a pas seulement affecté l'objectif initial des promoteurs du texte, mais aussi, à bien des égards, les « acquis » en matière de libre prestation des services, tel qu'ils découlent des dispositions du Traité et de la jurisprudence de la Cour. Cette « dénaturation » du texte se manifeste principalement de deux manières. D'abord – et surtout – par l'abandon du PPO (2.1). Puis, par l'introduction d'importantes exceptions et autres dérogations aux règles de la Directive (2.2).

2.1. L'abandon du PPO en faveur de la LPS

Le terme même de PPO, tout comme son concept, sont largement antérieurs à la proposition de Directive. ⁷ Pourtant, les débats relatifs à l'adoption de la Directive ont fait couler beaucoup d'encre à propos de ce concept, entraînant des opinions souvent divergentes, voire contradictoires. Si tous les auteurs s'accordent à considérer que le PPO trouve sa source d'inspiration dans la jurisprudence de la Cour (déjà dans l'arrêt *Van Binsbergen* et, de manière plus explicite, *Cassis de Dijon*. ⁸), leurs points de vue divergent sur bien d'autres aspects.

Des divergences existent en premier lieu à propos de la nature du PPO comme règle de droit international. Certains y voient une règle de conflit de lois à proprement parler qui remplacerait systématiquement les règles du droit international public ; la règle aurait, toutefois, une application limitée tant *ratione materiae* (seulement sur les échanges de services) que *ratione loci* (qui présentent un élément de rattachement avec l'UE). ⁹ D'autres considèrent que le PPO instaure une simple exception aux règles traditionnelles des conflits de lois, qui vise à écarter la loi normalement applicable lorsque celle-ci crée un obstacle démesuré à la libre prestation de services. ¹⁰ D'autres, enfin, voient dans le PPO une simple règle de fond étrangère au jeu des conflits de lois. ¹¹

Des désaccords existent encore à propos de la « base juridique » du PPO, autrement dit de son point d'ancrage dans l'ordre juridique communautaire. Certains auteurs considèrent que le PPO est inhérent aux dispositions du Traité sur le marché intérieur et notamment l'article 49 CE concernant les services (le cas échéant en combinaison avec l'article 10 CE, établissant l'obligation de coopération loyale entre les Etats membres). ¹² D'autres éminents auteurs estiment, au contraire, qu'aucune base juridique n'existe dans le Traité pour la mise

⁶ B. DE WITTE, précité, p. 17.

⁷ Pour une discussion assez exhaustive du PPO dans les directives « passeport » pour les banques, assurances et services financiers, v. V. HATZOPOULOS, *Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services*, Sakkoulas/Bruylant (1999), p. 419-435; v. aussi E. LOMNICKA, « The Home Country Control Principle in the Financial Services Directives and the Case Law », (2000) *EBLRev*, p. 324-336.

⁸ CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral, Cassis de Dijon*, aff. 120/78, Rec. p. 648.

⁹ V. en ce sens O. DE SCHUTTER ET ST. FRANCO, « La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur : reconnaissance mutuelle, harmonisation et conflits des lois dans l'Europe élargie », ces *Cahiers* (2005) 603-660 ; p. 640.

¹⁰ V. en ce sens M. AUDIT, « Régulation du marché intérieur et libre circulation des lois » (2006) *JTDI* p. 1333-1363.

¹¹ V. pour une brève présentation mais récente de cette idée, avec des références extensives à d'autres auteurs, M. WILDERSPIN, « Que reste-t-il du principe du pays d'origine ? Le regard des internationalistes » (6/2007) *Europe* p. 26-28.

¹² V. en ce sens M.-D. GARABIOL-FURET, « La directive Bolkenstein, bouc émissaire d'une Europe incertaine » (2005) *RMUE* p. 295-302, 295, qui considère que la proposition de Directive « s'inscrivait dans la tradition d'intégration européenne qui repose sur le principe du PPO » ; v. aussi P. PELLEGRINO, « Directive sur les services dans le marché intérieur, Un accouchement dans la douleur » (2007) *RMUE* 14-21, p. 17, qui considère que le PPO découle de l'application de l'article 50§2 du Traité.

en œuvre d'un tel principe et qu'il ne peut être instauré qu'en vertu de textes du droit dérivé,¹³ en l'assujettissant alors à un champ d'application bien déterminée et à une motivation appropriée.¹⁴

La doctrine s'oppose également sur le point de savoir si la version finale de la Directive s'est définitivement départie du PPO¹⁵ ou si, au contraire, elle n'a fait que le masquer sous des mots moins vexants.¹⁶

Enfin, et surtout, le contenu même du PPO est l'objet d'un débat. C'est cette dernière divergence entre les auteurs qui explique, à nos yeux, toutes les précédentes. Ainsi, quelques brèves observations sur le contenu et la nature du PPO semblent appropriées, afin d'apprécier la valeur ajoutée de la Directive par rapport à la situation antérieure à son adoption.

2.1.1. De l'invention du principe du pays d'origine

Du point de vue de ses fondements théoriques, le PPO est doté d'une multitude de sources. En effet, depuis les arrêts de la Cour dans *Van Binsbergen* et *Cassis de Dijon*, beaucoup d'eau a coulé dans le moulin du droit communautaire. D'une part, la Cour a érigé en principe général du droit communautaire le principe de confiance mutuelle¹⁷ ainsi que, de nature plus fonctionnelle, celui de la reconnaissance mutuelle.¹⁸ D'autre part, le législateur a mis en place la « nouvelle approche »,¹⁹ suivie par « l'approche globale »²⁰ de législation pour le marché intérieur, toutes deux basées sur une application plus ou moins étendue et plus ou moins indirecte de la loi du pays d'origine du bien ou du service concerné²¹. De plus, des pièces législatives de nature sectorielle ont mis en œuvre différentes versions du PPO. Cependant, le PPO mis en avant par la proposition de directive fut le plus complet et, de ce fait, le plus ambitieux et le plus contesté.

Ainsi, s'il est vrai que le PPO ne constitue pas un « novum » juridique dans le système communautaire, encore convient-il de distinguer trois versants consécutifs de ce même principe. Ces différents versants, par leur succession dans le temps et par leur contenu de plus en plus étendu, peuvent aussi être présentés comme « les trois générations » du PPO. La première génération du PPO fut mise en œuvre par les directives « passeport » concernant les établissements de crédit, les assurances et les services d'investissement. Cette première génération était fondée sur une distinction nette entre les conditions d'autorisation (accès) et celles de contrôle (exercice), le PPO s'appliquant seulement aux premières²². Ainsi les autorisations délivrées par les autorités compétentes d'un Etat membre constituent un « passeport » valable sur l'ensemble du territoire communautaire. Forts de ce passeport, les prestataires de services peuvent s'établir sur le territoire de n'importe quel autre Etat membre. Les conditions d'exercice de ces prestataires dans chacun des territoires concernés demeurent régies cependant par les règles du pays d'accueil. De surcroît, pour

¹³ V. en ce sens O. DE SCHUTTER ET ST. FRANCO, *supra* p. 606 qui considèrent que « l'instauration du PPO renverse la logique qui préside au chapitre que le Traité CE consacre à la libre prestation des services »; cependant ces mêmes auteurs concèdent dans la suite de leurs développements que « le PPO est un avatar du principe de la reconnaissance mutuelle dégagé par la Cour », v. à la p. 641. S. MICOSSI, de sa part dans « Fixing the Services Directive » *CEPS Policy Brief* 100/2006, p. 7 estime que « straight application of the country-of-origin principle would have entailed a radical step-change in EU regulation, going well beyond the ECJ case law ».

¹⁴ B. de WITTE, *supra* n. 2.

¹⁵ V. en ce sens M. WILDERSPIN, *supra* n. 11.

¹⁶ V. dans ce sens P. PELLEGRINO *supra* n. 12, p. 18 ; v. aussi C. KLEINER, « La conception des règles de droit international privé dans la directive services » dans (6/2007) *Europe* 48-54.

¹⁷ Depuis l'arrêt de la CJCE, 11 mai 1989, *Bouchara*, aff. 25/88, Rec. p. 1105.

¹⁸ V. V. HATZOPOULOS, *supra* n. 7, p. 116 et s.

¹⁹ V. notamment la Résolution du Conseil du 7 mai 1985 JOCE [1985] C 136/1.

²⁰ V. notamment Communication de la Commission sur une approche globale en matière d'essais et de certification, JOCE n° 231, du 8 septembre 1989 et n° 267, du 19 octobre 1989.

²¹ Pour une présentation de ces deux techniques législatives.

²² Il est vrai qu'en pratique la distinction entre les conditions d'autorisation et celles de la poursuite effective d'une activité économique est souvent assez brouillée, mais a) la distinction demeure pertinente au niveau conceptuel comme critère de délimitation des compétences des autorités des différents Etats membres et b) le fait est que si difficilement il y a, elles n'arrivent qu'exceptionnellement devant la Cour, v. récemment pour un des rares exemples, CJCE, 7 septembre 2004, *Commission c/ France, assurances*, aff. C-347/02, Rec. p. I-7557.

nourrir la confiance mutuelle entre les Etats membres et pour assurer que l'autorisation délivrée par l'Etat d'origine soit reconnue par tous les Etats d'accueil, une harmonisation était organisée par les directives, et ce à un double niveau. Etaient harmonisées, d'une part, les garanties minimales de liquidité et de solvabilité des entreprises et, d'autre part et de manière complémentaire, les règles techniques concernant le calcul des avoirs et la publicité des comptes.²³ Cette première génération du PPO était donc doublement limitée : d'une part, elle ne concernait que les conditions d'accès à l'activité de services – et non pas celles de son exercice – et d'autre part elle s'appuyait sur une harmonisation substantielle et concomitante des conditions d'accès et de leur contrôle.

La deuxième génération du PPO était clairement plus ambitieuse sur ces deux aspects. Tout d'abord, elle ne concernait pas seulement les conditions d'accès mais aussi celles d'exercice de l'activité concernée. Ensuite, l'harmonisation sur laquelle elle s'appuyait était très limitée, voire marginale. Cette deuxième génération du PPO fût mise en œuvre pour la première fois par la modification de la Directive « télévision sans frontières » en 1997,²⁴ puis par la Directive sur les signatures électroniques,²⁵ celle sur le commerce électronique²⁶ et, enfin, la deuxième Directive concernant la protection des données personnelles dans le domaine des télécommunications²⁷. Ces directives contiennent typiquement une clause dite « du marché intérieur » selon laquelle « les États membres assurent la liberté de réception et n'entravent pas la retransmission sur leur territoire [des services] en provenance d'autres États membres pour des raisons qui relèvent des domaines coordonnés par la présente directive ».²⁸

De surcroît, ces directives partagent trois caractéristiques communs : a) elles opèrent une harmonisation minimale, b) comportent de dérogations provisoires pendant lesquelles les autorités de l'Etat d'accueil regagnent leurs compétences de contrôle et c) prévoient de domaines entièrement exclus de leur champ d'application. Par la même, ces directives contiennent des règles assez détaillées permettant de déterminer l'Etat dans lequel le prestataire est censé être établi, afin d'éviter ce qu'il est communément appelée « la fraude à la loi ».²⁹ De manière plus importante, chacune de ces directives a un domaine d'application fort circonscrit, alors qu'elles partagent toutes une caractéristique déterminante du point de vue de la mise en œuvre du PPO : elles concernent toutes des prestations qui se réalisent sans déplacement physique de leur prestataire. Ainsi, les pouvoirs des autorités compétentes de l'Etat d'origine de délivrer l'autorisation et, en même temps, de contrôler les conditions d'exercice de l'activité concernée, semblent découler naturellement.

En comparaison des deux générations précitées, la version du PPO préconisée par le projet de Directive constituait clairement une troisième génération, bien plus avancée. Ceci pour, au moins, trois raisons. D'abord, et de manière très importante, parce que ce principe avait vocation à s'appliquer non seulement aux conditions d'accès et d'exercice de l'activité, mais aussi à la détermination de la loi applicable en cas de mauvaise exécution. Le PPO devait englober ainsi la totalité de la prestation (autorisation, exécution, résolution des différends), quitte à empiéter directement sur le domaine du droit international privé. Ensuite, la proposition de Directive avait un domaine d'application très général – soumis à d'exceptions importantes, il est vrai – et ne se limitait point aux seules activités de services offerts au départ de l'Etat d'origine, tout au contraire. Enfin, la Directive organisait un niveau

²³ Pour une présentation plus détaillée, v. HATZOPOULOS, « Le principe de reconnaissance ... » *op.cit.* p. 413-450.

²⁴ Directive 97/36/CE du PE et du Conseil du 30 juin 1997 modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (« télévision sans frontières »), JOCE n° L 202 du 30 juillet 1997, p.60.

²⁵ Directive 1999/93 du PE et du Conseil du 13 décembre 1999, pour un cadre communautaire pour les signatures électroniques, JOCE n° L 13 du 19 janvier 2000, p. 12-20.

²⁶ Directive 2000/31 du PE et du Conseil du 8 juin 2000, pour le commerce électronique, JOCE n° L 178 du 17 juillet 2000, p. 1-16.

²⁷ Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), JOCE L 201 du 31.7.2002, p. 37-47 ; cette Directive abroge la Directive 97/66/CE qui traitait du même sujet.

²⁸ Directive « télévision sans frontières », art. 2 bis.

²⁹ Il est vrai que ces règles « anti-contournement » ont perdu en importance depuis les arrêts de la Cour dans les affaires CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, Rec p. I-1459 ; CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering*, aff. C-208/08, Rec. p. I-9919 ; CJCE, 5 juillet 2007, *Hans Markus Kofoed*, aff. C-321/05, nep.

d'harmonisation tellement rudimentaire, qu'il était douteux que le mot même d'harmonisation puisse être employé³⁰. Ce sont ces trois caractéristiques qui ont fait la gloire et qui ont provoqué la chute du PPO dans le projet de Directive.

2.1.2. De l'abandon du principe du pays d'origine

La troisième génération du PPO, telle que préconisée par le projet de Directive, sans constituer une nouveauté absolue dans le système communautaire, avait un domaine d'application et des conséquences bien plus étendus que toute application précédente de ce même principe. Les promoteurs du projet de Directive, conscients de cela, avaient imaginé plusieurs moyens pour « maîtriser » la portée révolutionnaire du principe (2.1.2.1). Toutefois, face aux risques réels et virtuels que comportait la mise en œuvre de la Directive, le PPO fût abandonné (2.1.2.2).

2.1.2.1. Comment le PPO devrait s'intégrer dans le système de la Directive

L'innovation apportée par l'application générale du PPO devrait être contrebalancée, dans le projet de Directive, par au moins trois séries des dispositions.

a) D'une part, il y avait des exceptions très importantes à l'application du PPO, tantôt de nature permanente (article 17 du projet), tantôt de nature transitoire (article 18 du projet), tantôt, enfin, de nature individuelle, à l'égard des prestataires dont l'activité touche à la santé et à l'ordre publics (article 19 du projet).

En ce qui concerne les exceptions permanentes prévues par le projet de Directive, deux remarques s'imposent. D'une part étaient exclus (quasiment) les mêmes services d'intérêt économique général qui figurent actuellement dans l'article 17§1 de la Directive (exclusions), sans pour autant être identifiés en tant que catégorie générique, comme c'est le cas dans la présente rédaction dudit article. D'autre part, et de manière plus significative, le projet de Directive prévoyait trois exceptions permanentes à l'application du PPO de portée très large : étaient exclus du PPO les contrats conclus par les consommateurs (article 17 al. 21), la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat (article 17 al. 20) et la responsabilité non contractuelle du prestataire en cas d'accident (article 17 al. 23). Le PPO ne devait donc régir que les prestations de services « business to business », et ceci uniquement dans la mesure où les parties n'avaient pas exprimé une volonté différente et à condition qu'aucun accident n'ait eu lieu à l'occasion de la prestation en question. Par la même, tous les discours « eschatologiques » relatifs aux risques encourus par des consommateurs « démunis » et « non avertis » apparaissent totalement injustifiés. Au demeurant, le PPO ne s'appliquait pas au détachement des travailleurs (articles 24 et 25 du projet)³¹. C'est dire si la polémique née autour du projet de Directive a été parfois bien artificiellement alimentée ...

b) Ensuite, le projet de Directive prévoyait une harmonisation minimale concernant différents aspects de la prestation de services. Ainsi, dans le Chapitre « Qualité des services » étaient prévues des conditions d'information, de publicité, etc... minimales que les Etats membres devaient imposer aux prestataires établis sur leurs territoires respectifs. Par la même, dans le Chapitre « Programme de convergence » était prévue une forme plus souple d'harmonisation par l'adoption de codes de conduite communautaires, ainsi que la possibilité d'harmonisation complémentaire pour des activités identifiées à l'avance.

c) Enfin, le projet de Directive prévoyait un système assez élaboré de coopération administrative entre les autorités compétentes des Etats membres, afin d'assurer la mise en œuvre effective et efficace du PPO³².

2.1.2.2. Pourquoi le PPO fût abandonné

Malgré ces précautions, le PPO n'était pas dénué de risques, et ceci à, au moins, trois degrés.

³⁰ Sur ce sujet v. *infra* 3.1.2.1

³¹ Pour le sort des travailleurs détachés v. *infra* 2.2.3.

³² L'harmonisation et la coopération administrative prévues par la Directive n'ont été modifiées que marginalement et constituent, désormais, son apport le plus important ; elles seront examinées dans la deuxième partie du présent article.

a) D'abord, parce que la mise en œuvre efficace du PPO exige une coopération poussée des autorités de l'Etat membre d'accueil avec celles de l'Etat d'origine du prestataire. En effet, puisque la surveillance du prestataire dans le territoire de l'Etat d'accueil est, de prime abord, assurée par les autorités de l'Etat d'origine, ces dernières doivent être en contact direct avec celles de l'Etat d'accueil, non seulement pour l'échange d'informations mais aussi, le cas échéant, pour assurer une coopération opérationnelle. Une telle coopération était loin d'être assurée dans la pratique, en dépit des dispositions prévues à cet effet par la Directive. L'expérience montre en effet que la coopération entre les administrations des Etats membres, prévue dans bien des domaines par le droit communautaire, demeure souvent un objectif idéaliste plutôt qu'une réalité, en dépit des « meilleures intentions » souvent affichées par les parties concernées. A titre d'illustration, l'efficacité concrète d'un instrument de coopération aussi vieux et disposant d'un domaine d'application aussi spécifique que la Directive 77/799³³ sur la coopération en matière fiscale ne cesse d'être mise en doute, y compris par la CJCE elle-même³⁴. Citons également un texte encore plus ancien et dont l'importance est pourtant cardinale pour la libre circulation des personnes dans l'UE. Il s'agit du Règlement 1408/71³⁵ qui prévoit, lui aussi, un système de coopération entre les autorités des Etats membres compétentes en matière d'assurance-maladie. Ce Règlement n'a pas permis d'empêcher l'avènement, plus de trente ans plus tard, de situations comme celle « dénoncée » par la CJCE dans l'affaire *IKA v Ioannidis*³⁶ où chaque autorité nationale (en l'occurrence Hellénique et Allemande) était enfermée dans ses propres procédures et refusait de prendre en compte les actions entreprises ou les documents émis par l'autre Etat. Il n'est point surprenant dès lors que, dans les domaines dans lesquels les Etats membres désirent assurer une coopération efficace, ces derniers mettent en place des instances communes, sous forme d'agences, offices ou assimilés.³⁷

Dans ces conditions, la mise en œuvre du PPO risquait de créer des tensions entre les autorités compétentes des Etats membres. Les premières victimes du manque d'efficacité en découlant auraient, sans doute, été les consommateurs qui se seraient retrouvés sans protection vis-à-vis des prestataires d'autres Etats membres insuffisamment contrôlés.

b) Deuxièmement, les conséquences du PPO en tant que règle du droit international privé, régissant la responsabilité du prestataire, semblent aussi être préjudiciables au consommateur. Cela tient au fait que les règles du droit international privé sont conçues dans une logique de protection de la partie la plus faible, c'est-à-dire du consommateur. C'est ainsi que la Convention de Rome de 1980³⁸ prévoit l'application de la loi du pays où la prestation caractéristique est fournie (qui sera, le plus souvent l'Etat où le consommateur est domicilié, article 4) et, en tout état de cause l'application des lois de police de l'Etat du consommateur (article 5), alors que le Règlement 44/2001, dit « Bruxelles I »³⁹ prévoit la compétence des juridictions de ce même pays (article 5, 1, b). Par ailleurs, les règles du droit international privé contiennent de grands principes, mais aussi des longues séries d'exceptions, afin de mieux accommoder les intérêts en question. Le PPO, en revanche, constitue une règle monolithique d'application générale ne souffrant, à priori, d'aucune exception. Dans la balance des intérêts en question, le PPO renverse les solutions traditionnellement adoptées par le droit international privé. En effet, le PPO donne prévalence aux intérêts du prestataire,

³³ Directive 77/799/CEE du Conseil du 19 décembre 1977, concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des Etats membres dans le domaine des impôts directs, JOCE n° L 336, du 19 décembre 1977, p. 15-20.

³⁴ V. p. ex. CJCE, 3 octobre 2002, *Danner*, aff. C-136/00, Rec. p. I-8147.

³⁵ Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs, salariés, non salariés et aux membres de leur familles se déplaçant à l'intérieur de la Communauté, JOCE n° L 149, du 5 juillet 1971, p. 2. Ce Règlement a été modifié au moins trente fois, en dernier lieu par le Règlement (CE) n° 859/2003 du Conseil, du 14 mai 2003, JOCE n° L 124 du 20 mai 2003, p. 1-3. Il a été abrogé et codifié par le Règlement (CE) n° 883/2004 du PE et du Conseil, du 29 avril 2004, JOCE n° L 166 du 30 avril 2004, p. 1-123.

³⁶ CJCE, 25 février 2003, *IKA c/ Ioannidis*, aff. C-326/00, Rec. p. I-1703, et son analyse par le présent auteur dans CML Rev. (2003), 1251-1268.

³⁷ Il suffit de penser à Europol et Eurojust, mais aussi à l'Agence Européenne des Frontières qui, toutes, ont remplacé des instances de coopération moins intégrées et moins efficaces.

³⁸ Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JOCE n. 27, du 26 janvier 1998, p. 34-46.

³⁹ Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOCE L 12, du 16.1.2001, p. 1-23.

lui permettant de déployer son activité économique dans des conditions et selon des règles avec lesquelles il est familier⁴⁰. Il lui épargne ainsi le coût d'information et d'adaptation aux règles des autres Etats membres. Ce résultat bénéfique n'est cependant pas sans coût puisqu'il suppose qu'en cas de contestation, le consommateur défende ses intérêts selon des règles et, le cas échéant, devant des juridictions de l'Etat membre où le prestataire est établi. Ainsi, le PPO est une « zero sum operation » qui opère un transfert de la charge que représente l'adaptation aux règles d'un autre Etat du prestataire vers le consommateur.⁴¹ Un tel transfert, bien que contraire aux solutions traditionnelles du droit international privé, n'est pas forcément condamnable⁴². Il s'agit cependant, d'un changement de cap important, ayant un fort aspect politique, qui ne devrait pas s'opérer de manière purement technique, comme « dommage collatéral » à une réglementation du marché intérieur, laquelle, de surcroît, ne concerne que les seuls services. Ce dernier point met en lumière une difficulté supplémentaire que soulèverait l'application du PPO en tant que règle de conflits de lois : dans des prestations dites « mixtes » (bien connues du droit des marchés publics) où la prestation d'un service se combine avec la fourniture d'un bien, l'application du principe poserait davantage des problèmes qu'il n'en résoudrait. Il en va de même pour les prestations qui, au lieu d'un paiement, entraînent une contre-prestation en nature.

c) Enfin, le troisième problème que poserait l'application généralisée du PPO serait celui de la concurrence réglementaire entre les ordres juridiques des Etats membres⁴³. Une telle concurrence pourrait entraîner un nivellement par le bas et générer un phénomène de dumping social. Certes, ces risques ont toujours été présents dans la construction européenne, depuis la signature du Traité de Rome en 1957, mais ils ne se sont jamais matérialisés, hormis dans quelques cas isolés⁴⁴. Cependant, les conditions actuelles sont plus propices que jamais à la réalisation de ces dangers, et ceci à trois niveaux.

Au niveau économique, d'abord ; les Etats membres traversent une longue phase de récession économique à chômage élevé. En même temps, les Etats qui participent ou se préparent à l'Euro, ont perdu toute possibilité de relance, aussi bien par le taux de change, que par la mise en œuvre des politiques Keynésiennes basées sur les dépenses publiques. Ainsi, le seul moyen disponible pour faire face à la conjoncture économique consiste en des politiques « d'offre », c'est-à-dire une augmentation de l'offre des biens et services associée, le cas échéant à une baisse de leur coût. Les dépenses sociales sont généralement les premières visées lorsqu'il s'agit de réduire les coûts de production. Or, si un Etat membre commence à abaisser ses standards sociaux, sous la pression des délocalisations facilitées par le marché intérieur, les autres Etats seront obligés de suivre.

Au niveau politique ensuite ; dans une Union comprenant de nombreux Etats, assez hétérogènes et n'ayant pas nécessairement beaucoup de points communs, il peut être tentant de « tricher » en essayant de tirer les bénéfices – même précaires – d'un abaissement des coûts par rapports à ses « partenaires ». Il en allait différemment dans une

⁴⁰ En effet, c'est plus d'une question de familiarité, une question de pure convenance : après les arrêts de la Cour dans *Centros*, *Uberseering* et *Kofoed* cités à la note 29, le prestataire a le choix (presque) libre de l'environnement réglementaire dans lequel il souhaite opérer.

⁴¹ Pour cette idée de transfert de fardeau v. entre autres M. AUDIT, *op.cit.* n. §§ p. 1353 et s., et O. de SCHUTTER ET S. FRANCO, *op.cit.* n. §§, p. 640 et s.

⁴² V. notamment la *House of Lords* Britannique qui, dans son rapport *op.cit.* à la note 1, privilégie clairement la poussée des transactions commerciales, notamment par des petites et moyennes entreprises de prestation des services n'ayant pas la capacité économique de s'adapter aux règles des autres Etats membres, alors qu'elle passe sous silence les conséquences négatives pour les consommateurs.

⁴³ Pour la concurrence réglementaire v. parmi plusieurs articles (surtout en langue anglaise), M. AUDIT, *op.cit.* n. §§ ; V. MAYER-SCHÖNBERGER & A. SOMEK, « Introduction : Governing Regulatory Interaction : the Normative Question » (2006) *ELJ* 431-439 ; P. ZUMBANSEN, « Spaces and Places : A Systems Theory Approach to Regulatory Competition in European Company Law » (2006) *ELJ* 534-556 ; et de manière plus classique et plus générale, C. BARNARD ET S. DEAKIN, « Market Access and Regulatory Competition » Jean Monnet Working Paper n. 9/2001 disponible à <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/012701.html> ainsi que F. SCHARPF, « Introduction : The Problem Solving Capacity of Multi-level Governance » (1997) *JEPP* 520-538.

⁴⁴ Tel que l'affaire Hoover en 1993, à propos duquel v. J.-P. CHANTEAU « Délocalisations et emploi : faux débats et vrais enjeux » (2001) *Innovations* p. 87-110, aussi disponible sur http://cairn.webnext.com/article.php?ID_REVUE=INNO&ID_NUMPUBLIE=INNO_013&ID_ARTICLE=INNO_013_0087

Europe « club fermé » où participaient quelques Etats riches à haut niveau de protection sociale.

Ces dernières années, on observe en effet que les Etats sont de plus en plus tentés d'essayer de maintenir ce qu'ils considèrent comme un avantage compétitif par rapport à leurs partenaires, et ceci au détriment des politiques communément décidées. La voie de libéralisation des marchés de réseau (notamment celle de l'énergie) est ainsi semée de demandes de dérogations et de manquements d'Etats. De même, très récemment, le Président de la République Française a annoncé que son pays ne satisfera aux prescriptions du Pacte de Stabilité et de Croissance - qu'il a commencé à violer déjà depuis 2003 - qu'après 2012. Ces exemples et d'autres encore incitent la doctrine la plus autorisée à estimer que, contrairement à la première phase d'achèvement du marché intérieur, pendant laquelle les intérêts individuels des Etats membres étaient suffisamment servis par la création du grand marché, actuellement « il est plus payant » de violer ses obligations découlant du droit communautaire⁴⁵.

Au niveau de l'évolution de l'UE enfin, les derniers élargissements ont introduit dans le marché du travail européen – avec des périodes de transition, il est vrai – un nombre important de travailleurs ayant des revenus et un niveau de protection sociale nettement moins élevés de ceux de l'Union des 15. Dans ces conditions, on comprend que la caricature du « plombier polonais » menaçant les services locaux ait pu avoir un certain écho.

2.1.3. Ce qui reste du PPO

Le PPO ayant été éliminé du texte de la Directive, a-t-il par là même disparu de l'ordonnancement juridique communautaire ? On l'a vu, la doctrine n'est pas unanime sur ce point⁴⁶.

Selon l'analyse qui précède, il serait erroné de confondre les quelques obligations qui imposent à l'Etat d'accueil de reconnaître de manière systématique et en forme simplifiée les documents ou certificats en provenance d'autres Etats membres et de s'abstenir de l'imposition des conditions qui feraient double emploi avec celles déjà remplies dans l'Etat d'origine, avec une mise en œuvre du PPO⁴⁷. Il ne s'agit là que d'obligations qui découlent du principe d'équivalence et de reconnaissance mutuelle, érigé en principe général du droit par le juge communautaire déjà depuis les années 90⁴⁸. Il est vrai que, ces dernières années, la Cour a souvent poussé aux extrêmes les obligations découlant pour les Etats de ce principe général, sans pour autant atteindre, par la voie judiciaire, le PPO. En effet, par une série d'arrêts récents concernant la libre prestation des services, la Cour semble tantôt parvenir à la mise en œuvre d'un « quasi-PPO » (2.1.3.1), tantôt imposer aux autorités des Etats membres des obligations renforcées de coopération (2.1.3.2), et ceci uniquement en vertu de l'article 49 CE.

2.1.3.1. Un quasi-PPO

Dans deux affaires de manquements, l'une concernant les consultants de transport et l'autre les agences de travail intérimaire, l'Italie fut condamnée parce qu'elle exigeait la prise de garanties auprès de l'administration provinciale, sans tenir compte des garanties équivalentes déjà souscrites dans l'Etat d'origine des prestataires.⁴⁹ De manière plus significative, l'Italie fût aussi condamnée, à propos de services de nettoyage, pour avoir imposée une exigence stricte d'enregistrement, au motif que sa législation « n'exclut pas de son champ d'application le prestataire de services établi dans un autre Etat membre que la République italienne et qui satisfait déjà, conformément à la législation de l'Etat membre d'établissement, à des formalités équivalentes à celles requises par la loi italienne »⁵⁰. Cet arrêt est plus important

⁴⁵ S. COLLIGNON, dans sa présentation orale à la conférence commémorative du CEPCS pour les cinquante ans du Traité de Rome, « De Rome à Berlin » à Madrid, le 19-20 juin 2007.

⁴⁶ V. notes 15 et 16.

⁴⁷ Cette opinion semble être exprimée par les auteurs cités dessus à la note 16, ainsi que par L. DRIGUEZ « Le détachement des travailleurs après la directive sur les services », (6/2007) Europe 35-39.

⁴⁸ V. *supra* n. 18.

⁴⁹ CJCE, 29 mai 2001, *Commission c/ Italie, Consultants de transports*, aff. C-263/99, Rec. p. I-4195; CJCE, 7 février 2002, *Commission c/ Italie, Agences de travail temporaire*, aff. C-279/00, Rec. p. I-1425.

⁵⁰ CJCE, 9 mars 2000, *Commission c/ Italie, services de nettoyage*, aff. C-358/98, Rec. p. I-1255, att. 13.

que les deux précédents, pour autant qu'il ne concerne pas simplement la reconnaissance, par les autorités de l'Etat d'accueil, des simples garanties financières, mais globalement des conditions de délivrance de l'autorisation par l'Etat d'origine. Dans le même esprit les autorités des Pays Bas furent aussi condamnées, à propos d'activités de gardiennage⁵¹. D'une part, elles soumettaient les activités en question à une autorisation préalable tout « en excluant qu'il soit tenu compte des obligations auxquelles le prestataire de services transfrontalier est déjà soumis dans l'État membre dans lequel il est établi », violant ainsi le principe de proportionnalité⁵². D'autre part, fût aussi condamnée la condition de délivrance, par les autorités néerlandaises, de cartes d'identité spéciales pour les agents de gardiennage, au motif qu'elle faisait double emploi avec les passeports/cartes d'identités délivrés par l'Etat d'origine des travailleurs et « qu'il n'est pas tenu compte des contrôles ou vérifications qui auraient été déjà effectués dans l'État membre d'origine et qui attesteraient desdites compétences et honorabilité » des agents. Il convient de souligner que toute une série d'arrêts rendus à propos des activités de gardiennage suivent les mêmes lignes directrices⁵³. Enfin, l'arrêt *Mazzoleni*, constitue une application très marquée de ces mêmes principes, dans la mesure où la Cour a jugé que les autorités de l'Etat d'accueil ne peuvent, sans violer le principe de proportionnalité, imposer aux travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation des services leurs conditions de rémunération, qu'après avoir pris en compte l'ensemble des bénéfices salariaux, fiscaux, etc... dont jouissent ces mêmes travailleurs en vertu de la législation de l'Etat où se trouve établi leur employeur – prestataire des services⁵⁴. Deux grands principes découlent de l'ensemble de ces arrêts. Premièrement, tous les contrôles, vérifications et autres autorisations de l'Etat d'origine doivent être pris en compte par les autorités de l'Etat d'accueil, indépendamment du point de savoir s'ils justifient des exigences purement formelles, tel le dépôt d'une garantie, ou des qualifications substantielles, tels la compétence ou l'intégrité du prestataire. Cette obligation couvre aussi bien les contrôles spécifiquement liés à l'exercice de l'activité en cause, que ceux qui servent d'autres buts plus généraux, tels les passeports/cartes d'identité dans l'affaire néerlandaise. Deuxièmement, l'application d'un « quasi- PPO » constitue une partie intégrale de l'appréciation de la proportionnalité des mesures nationales restrictives de la libre prestation des services. Ainsi, la Cour, tout en n'étant pas en mesure d'imposer un PPO à proprement parler, qui priverait les autorités de l'Etat d'accueil de tout pouvoir sur les prestataires des autres Etats membres, introduit néanmoins un principe voisin, qui aboutit à un contrôle renforcé de la proportionnalité des mesures imposées par ces mêmes autorités.

2.1.3.2. Obligation de coopération administrative entre les autorités des Etats membres

L'obligation des autorités des Etats membres de coopérer entre elles en bonne foi est un corollaire du principe évoqué ci-dessus et une condition technique à sa mise en oeuvre. Cette obligation revêt deux formes. En premier lieu, elle impose aux autorités nationales de tenir compte et de mettre en valeur toute information, document, certificat, etc... fournis par l'Etat d'origine du prestataire. Cette obligation est amplement illustrée par la jurisprudence présentée au paragraphe précédent et constitue une application typique du principe de reconnaissance mutuelle. En second lieu, l'obligation de coopération imposée par la Cour imposent aux autorités des Etats concernées de travailler activement les unes avec les autres, en vue de promouvoir la réalisation des libertés du Traité. Cette deuxième voie est plus radicale et la Cour s'y est engagée à la fois avec précaution et avec fermeté.

Dans une première série d'affaires, la Cour s'appuie sur des obligations de coopération spécifiques, prévues par des textes du droit dérivé, qu'elle étend. Ainsi, dans *IKA c/ Ioannidis*,⁵⁵ une affaire concernant le remboursement des soins de santé reçus par un pensionné grec en Allemagne, selon les règles du règlement 1408/71, la Cour jugea que « l'institution du lieu de séjour et celle du lieu de résidence assument *conjointement* la tâche d'appliquer les articles [...] et doivent, conformément aux *articles 10 CE* et 84 du règlement n° 1408/71, coopérer afin d'assurer une *application correcte* des dispositions susmentionnées

⁵¹ CJCE, 7 octobre 2004, *Commission c/ Pays Bas, gardiennage*, aff. C-189/03 Rec. p. I-9289.

⁵² Arrêt précité, att. 18.

⁵³ V. toutes les affaires présentées ci-dessous, dans 2.2.2.3. Pour le même raisonnement appliqué dans une situation factuelle différente, v. CJCE, 15 janvier 2002, *Commission c/ Italie, Foires commerciales*, aff. C-439/99, Rec. p. I-1255.

⁵⁴ Pour des plus amples développements sur l'arrêt *Mazzoleni*, v. ci-dessous, 2.2.3.

⁵⁵ CJCE, 25 février 2003, *IKA c/ Ioannidis*, précit. n. 36.

et, partant, le *plein respect* des droits conférés par l'article 31 du règlement n° 1408/71 aux titulaires [...] en vue de faciliter la libre circulation de ces assurés sociaux »⁵⁶. De cet attendu et du reste de l'arrêt, il découle que les autorités des Etats membres ne peuvent pas se contenter d'un simple « effort » de coopération mécanique selon les termes des règles du droit dérivé (en l'occurrence, le règlement 1408/71) mais doivent, en vertu de l'article 10 CE, positivement rechercher à assurer « l'application correcte » et « le plein respect » des droits des particuliers. Quelques mois plus tard, dans l'arrêt *Kapper*,⁵⁷ concernant la mise en oeuvre de la Directive 92/439/CE pour les permis de conduire⁵⁸, la Cour est allée jusqu'à reconnaître la possibilité pour les Etats membres d'initier des procédures de manquement, en vertu de l'article 227 CE, à l'encontre de tout autre Etat dont les autorités ne remplissent pas leurs obligations de coopération loyale découlant de ladite directive.⁵⁹ Dans l'affaire *Danner*,⁶⁰ concernant une mesure danoise prétendument justifiée par l'efficacité des contrôles fiscaux, la Cour jugea que même si la législation secondaire en vigueur (en l'occurrence la directive 77/799⁶¹) n'assure pas un niveau de coopération suffisant, les autorités de l'Etat d'accueil doivent essayer d'obtenir des renseignements supplémentaires par les intéressés, avant d'adopter des mesures restrictives à leur égard⁶².

Dans une deuxième catégorie d'arrêts, mais alors de manière bien plus prudente, la Cour fonde une obligation de coopération entre les autorités des Etats membres en l'absence de tout texte du droit dérivé. Ainsi, dans *Oulane*⁶³, la Cour jugea que les autorités d'un Etat ne peuvent exiger des ressortissants d'autres Etats membres sur leur territoire d'être en possession d'un passeport ou d'une carte d'identité en cours de validité, alors que leur identité peut être établie par d'autres moyens. Ce faisant, la Cour interdit aux autorités compétentes de se réfugier derrière l'absence de documents avec lesquels elles sont familières et les oblige à rechercher elles-mêmes des preuves, vraisemblablement en coopération avec les autorités de l'Etat d'origine de l'intéressé. De même, dans *Commission c/ France, laboratoires médicaux*, la Cour accepte que les autorités de l'Etat d'accueil (en l'occurrence, la France) peuvent, exceptionnellement, imposer des conditions au fonctionnement des laboratoires médicaux établis dans un autre Etat (en l'occurrence, l'Allemagne) qui offrent leurs services sur le territoire de ce premier Etat (la France), à condition de tenir dûment compte de la réglementation et de la pratique administrative des autorités de l'Etat d'origine (l'Allemagne).

A travers toutes ces affaires, la Cour, dans les limites de son rôle en tant qu'agent d'intégration négative, crée à la charge des autorités des Etats membres des obligations similaires à celles prévues par le projet de Directive, à savoir, des obligations de reconnaissance mutuelle et de coopération renforcée. Cependant, ces obligations, aussi poussées soient-elles, n'aboutissent pas à la mise en place d'un PPO à proprement parler, ne serait-ce que pour des simples raisons ayant trait à la charge de la preuve. C'est dire que, sous le système du projet de Directive, chaque prestataire des services aurait pu déployer ses activités dans les autres Etats membres sans avoir à se préoccuper des règles, conditions, etc... applicables dans ces autres Etats, alors qu'il aurait incombé, le cas échéant, aux autorités de ces Etats de prouver la nécessité et la proportionnalité de leur intervention. Sous le système actuel, en revanche, tel qu'il résulte du texte de la Directive et de la jurisprudence susmentionnée, le prestataire est a priori obligé à se soumettre à toutes les règles et autres conditions raisonnables de chacun des Etats dans lequel il désire déployer ses activités, aidé en cela par un principe de reconnaissance mutuelle et de coopération administrative entre les autorités. La différence est loin d'être purement technique, comme elle correspond à des coûts entièrement différents. Le PPO permettrait au prestataire de s'épargner l'effort matériel et économique nécessaire pour se familiariser avec les systèmes juridiques et administratifs des Etats dans lesquels il désire déployer ses activités. Ceci n'est

⁵⁶ *IKA c/ Ioannidis*, att. 51, c'est nous qui soulignons.

⁵⁷ CJCE, 29 avril 2004, *Kapper*, aff. C-476/01, Rec. p. I-5205.

⁵⁸ Directive 91/439/CEE, du Conseil, du 29 juillet 1991 relative au permis de conduire, JOCE n° L 237, du 24 août 1991, p. 1., telle que modifiée par la Directive du Conseil 97/26/EC du 2 juin 1997, JOCE n° L 150, du 7 juin 1997, p. 41-43.

⁵⁹ *Kapper*, précit. att. 48.

⁶⁰ Précit. n. 34.

⁶¹ Directive 77/799/CEE du Conseil du 19 décembre 1977, concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des Etats membres dans le domaine des impôts directs, JOCE n° L 336, p. 15.

⁶² *Danner*, précit. n. 34 att. 50 et 51-52.

⁶³ CJCE, 17 février 2005, *Oulane*, aff. C-215/03, Rec. p. I-1215.

pas le cas sous le principe, actuellement en vigueur, de la libre prestation des services, tel que mis en œuvre par la jurisprudence de la Cour.

En d'autres termes, s'il est vrai que les autorités des Etats membres sont d'ores et déjà soumises à une obligation renforcée de reconnaissance mutuelle et de coopération administrative, qui ne diffère pas substantiellement de celle découlant d'un PPO à proprement parler, les prestataires des services, eux, se trouvent dans une situation toute autre, puisqu'ils ne peuvent automatiquement bénéficier des conditions favorables ainsi créées, mais doivent avancer au cas par cas, pays par pays. A cet égard, deux observations formulées par la House of Lords britannique méritent d'être reprises ici, ne serait-ce que pour la finesse du propos: d'une part, « il peut y avoir un écart important entre les perceptions et les droits subjectifs des prestataires » et cet écart risque de se répercuter sur le marché ; d'autre part, « il se peut que les prestataires seront peu enclins à tester les restrictions locales devant les juridictions des Etats autres que celui de leur établissement ».⁶⁴

Il est clair que le PPO bénéficierait surtout aux petites et moyennes entreprises, pour lesquelles le coût d'investigation des nouveaux marchés est prohibitif. Il est aussi clair que la puissance économique de l'UE repose, beaucoup plus que celle de ses partenaires économiques, sur les petites et moyennes entreprises et que la stratégie de Lisbonne vise, en grande mesure, ces mêmes catégories d'entreprises. Rien qu'au Royaume Uni – dont l'économie dépend pourtant beaucoup moins des petites et moyennes entreprises que dans d'autres Etats membres – il y aurait, selon les calculs du gouvernement, une perte de 10-20% du PIB, en termes des bénéfices potentiels, liée à l'abandon du PPO en faveur du principe de liberté de prestation des services énoncé dans l'article 16 de la Directive⁶⁵.

Enfin, toute la discussion qui précède répond aussi à la dernière question théorique soulevée au début de la présente section : est-ce que le PPO trouve son ancrage, une base juridique directe, dans le Traité ? Selon l'analyse qui précède on distingue entre, d'une part, les obligations générales de reconnaissance mutuelle et de coopération administrative qui découlent aussi bien des dispositions particulières sur les libertés fondamentales (articles 39, 43, 49, etc... CE) que de la disposition générale de l'article 10 CE, et d'autre part le renversement de la charge de la preuve qui découle spécifiquement du PPO. Si cette analyse est exacte, la réponse à la question posée est clairement négative.

2.2. Les Exclusions et dérogations

Un des aspects les plus remarquables de la Directive est sa longueur – et aussi celle de ses attendus⁶⁶. La Directive ne compte pas moins de 118 attendus pour seulement 46 articles, et autant de pages pour ses attendus que pour les articles. Le texte initialement présenté par la Commission était singulièrement moins long. Relevons simplement qu'il contenait seulement 73 attendus et des dispositions individuelles bien plus laconiques (et, le plus souvent, plus claires) que celles finalement adoptées. Le zèle législatif du Parlement Européen a surtout pris la forme de l'adjonction d'exceptions, de restrictions et de toutes sortes de limitations à l'application de la Directive, tantôt dans sa totalité, tantôt sur des dispositions particulières.

On se retrouve en définitive aujourd'hui avec un texte qui éclaire davantage sur ce qu'il ne fait (règle) pas que sur ce qu'il fait (règle). Ce « négativisme ambiant » de la Directive, que de respectables membres de la doctrine ont qualifié d'« anti-législation »⁶⁷, est perceptible sur l'ensemble du texte de la Directive, allant jusqu'à en imprégner sa structure (2.2.1). Certaines des exclusions méritent toutefois une attention particulière (2.2.2).

2.2.1. Une structure marquée par un négativisme ambiant

La Directive contient de longues séries d'exceptions qui affectent soit son domaine d'application en général (2.2.1.1), soit des règles spécifiques qu'elle établit (2.2.1.2).

2.2.1.1. Exclusions du domaine d'application de la Directive

⁶⁴ House of Lords, « Emerging Conclusions on the revised draft Services Directive », 25 mai 2006, p. 3, en traduction libre de l'auteur.

⁶⁵ *Ibid*, p. 4.

⁶⁶ V. aussi F. PICOD, « Le champ d'application de la directive n° 2006/123/CE, (6/2007) Europe, p. 10-13, 10.

⁶⁷ PH. MANIN, « Conclusions » sur la Directive 2006/123/CE, (6/2007) Europe, p. 29-30, 29.

L'article premier de la Directive, qui devrait en définir l'objet et qui, dans la proposition de la Commission, consistait en une simple phrase, composée de 28 mots⁶⁸, est devenu une longue liste de sept paragraphes, composée de 423 mots, dans laquelle on est informé des points que la Directive « ne traite pas », « n'affecte pas » ou auxquelles elle « ne porte pas atteinte » et « ne s'applique pas ». Si les mots ont un sens, « ne s'applique pas » est plus fort que « ne traite pas ». La première formule exclut tout effet de la Directive dans le domaine contemplé, alors que la seconde constate que la Directive n'a pas comme objet de régir le domaine concerné⁶⁹. Cependant, la concentration de toutes ces clauses négatives dans une seule disposition de la Directive, et notamment la toute première, est source d'incertitudes qui ne pourront être levées que par la jurisprudence subséquente de la Cour. Selon cet article premier, ne sont pas affectés (au sens large du terme) par l'application de la Directive: a) la libéralisation des services économiques d'intérêt général et les privatisations, b) l'abolition des monopoles de services, c) la protection de la diversité culturelle et linguistique, d) le droit pénal, e) le droit du travail et f) les droits fondamentaux.

Ensuite, l'article deux, intitulé « Champ d'application », contient une liste de douze activités qui sont exclues du domaine de la Directive. Sont ainsi exclus: a) les services d'intérêt NON économiques, b) les services financiers, c) les services et réseaux des communications électroniques, d) les services des transports, e) les services d'agence de travail intérimaire, f) les services de soins de santé, g) les services audiovisuels, h) les activités des jeux d'argent, i) les activités participant à l'exercice d'autorité publique, j) certains services sociaux, k) les services de sécurité privée, l) les services des notaires et d'huissiers publics. Enfin, est aussi exclue la matière fiscale.

On peut légitimement se demander ce qu'il y a de commun entre les services sociaux et les activités de sécurité privée, ou entre les soins de santé et les activités des jeux d'argent. Une réponse immédiate n'est, toutefois, pas facilement perceptible. Une explication possible en est que ce sont les secteurs d'activité les mieux représentés auprès des instances législatives communautaires ; explication peu satisfaisante du point de vue juridique. Cette vision semble être confirmée, cependant, lorsque on compare le texte final de la Directive avec la proposition de la Commission, qui elle, contenait une liste de trois exceptions seulement. Par ailleurs, dans la version actuelle du texte on peut se demander pourquoi l'exclusion du domaine fiscal est resté dans l'article 2, alors qu'il aurait mieux trouvé sa place dans l'article premier, où sont désormais recensés tous les domaines qui ne sont pas « affectés » par la Directive.

Enfin, l'article trois de la Directive, énumère, de manière indicative, une série de directives sectorielles ou de règlements qui « priment » sur la Directive et qui ne sont donc pas affectées par elle. Ainsi, apprend-t-on que la Directive n'affecte pas l'application de la Directive 96/71 sur le détachement des travailleurs⁷⁰, ni celle sur la télévision sans frontières⁷¹, ni encore la récente Directive 2005/36 sur la reconnaissance des diplômes et le Règlement 1408/71 sur la sécurité sociale⁷². Et la liste n'est point exhaustive.

Ce n'est qu'après ce long prélude d'exclusions, et autres domaines non affectés, que la Directive aborde les définitions, en son article 4.

2.2.1.2. Exclusions du principe de la libre prestation des services

La disposition principale de la Directive concernant la libre prestation de services est l'article 16. C'est cette disposition qui, dans la proposition initiale, prévoyait l'application du PPO et qui fut remplacée par la clause dite de la « libre prestation des services ». De manière

⁶⁸ « La présente directive établit les dispositions générales permettant de faciliter l'exercice de la liberté d'établissement des prestataires ainsi que la libre circulation des services »

⁶⁹ Pour la confusion résultant des différentes formulations de la Directive v. aussi F. PICOD, *précit.* p. 13.

⁷⁰ Directive 96/71/CE du PE et du Conseil, du 16 décembre 1996, concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, JOCE n° L 18, du 21 janvier 1997, p. 1-6.

⁷¹ Directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, «télévision sans frontières», JOCE n° L 298, du 17 octobre 1989, p. 23-30.

⁷² Règlement 1408/71/CEE du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs, salariés, non salariés et aux membre de leur familles se déplaçant à l'intérieur de la Communauté, JOCE n° L 149, du 5 juillet 1971, p. 2-50.

surprenante, alors que cette clause est censée poser le principe de la libre prestation, sa plus grande partie est consacrée aux restrictions que les Etats peuvent apporter à cette liberté. Outre le paragraphe 4, qui contient une clause de rendez-vous pour 2011, deux des trois paragraphes restants servent à justifier des restrictions nationales à la libre prestation des services plutôt que de les abolir. Ainsi, le paragraphe premier pose le principe selon lequel « l'État membre dans lequel le service est fourni garantit le libre accès à l'activité de service ainsi que son libre exercice sur son territoire ». Immédiatement après, le même article autorise, à travers une rédaction tordue par l'utilisation des deux négations consécutives, des restrictions à ce principe. Il est prévu, en effet, que l'Etat membre d'accueil peut imposer des restrictions qui sont *nécessaires* pour la protection de l'ordre, la santé et la sécurité publics ou pour celle de l'environnement, à condition qu'elles soient *non discriminatoires* et *proportionnelles* au but poursuivi. Et pour insister – comme s'il en était besoin – sur le fait que la Directive n'avance aucunement par rapport à la jurisprudence antérieure de la CJCE sur ce point, le paragraphe 3 de cette même disposition reconnaît un chef de compétence supplémentaire en faveur de l'Etat d'accueil. Il est expressément prévu que la Directive n'empêche pas l'Etat d'accueil d'imposer des exigences justifiées par l'ordre, la sécurité et la santé publics ainsi que par la protection de l'environnement : raisons lesquelles, rappelons-nous, rendent aussi « nécessaire » l'intervention de l'Etat d'accueil selon le paragraphe premier de cette même disposition. Ainsi, outre la confusion sémantique apportée par la lecture combinée du paragraphe premier et du paragraphe 3 de l'article 16 – puisque les mêmes raisons apparaissent d'abord comme éléments du test de nécessité justifiant des restrictions à la libre prestation des services, et ensuite comme des justifications à leur propre chef – la combinaison des deux paragraphes dans la même disposition de la Directive ne fait rien pour clarifier la situation légale de la libre prestation des services. A cet égard, il est intéressant de noter que les deux paragraphes ont été ajoutés lors de la procédure de conciliation et que l'incohérence qui en résulte n'est pas due à une rédaction antérieure de l'article 16. C'est dire que le Parlement Européen non seulement a évincé le PPO en faveur du principe préexistant de la libre prestation des services, mais encore a ajouté deux séries des restrictions à ce même principe, aux effets peu clairs.

Suit l'article 17 de la Directive au titre évocateur « Dérogations *supplémentaires* à la libre prestation des services ». Cette disposition, qui contenait initialement 23 cas d'exclusion de l'application du PPO, est désormais réduite à une liste de 15. Ceci cependant ne doit pas masquer le caractère juridiquement inexplicable de cette disposition. D'abord parce que, par rapport à la liste initiale, celle finalement adoptée contient des catégories d'exclusions très larges et non exhaustives, dans lesquels sont regroupées plusieurs des catégories exclues dans le projet initial ; l'exemple le plus caractéristique étant celui des services d'intérêt économique général⁷³. Ensuite, parce que nombre des domaines exclus qui, dans le projet de Directive, étaient énumérés dans l'article 17 – tout comme les dérogations transitoires prévues dans l'article 18 du projet – sont désormais déplacés dans d'autres dispositions de la Directive, notamment son article 3 et sont complètement et définitivement exclus de son domaine. Enfin, et de manière plus importante, l'article 17 avait un sens – et un sens important – lorsqu'il portait dérogation au PPO. En revanche, une fois ce principe remplacé par celui de la libre prestation des services, on peut se demander quel est le sens de prévoir, dans un texte de droit dérivé, la non application d'un principe qui découle directement des dispositions originaires du Traité CE et dont la mise en œuvre a donné lieu à des centaines des arrêts de la CJCE⁷⁴.

Enfin, l'article 18 de la Directive prévoit la possibilité de « Dérogations dans des cas individuels », relatives à la sécurité des services. A cette fin, l'Etat membre d'accueil peut adopter des mesures (restrictives) dans le cadre de la procédure d'assistance mutuelle prévue dans l'article 35 de la Directive, à condition qu'il n'y ait pas d'harmonisation communautaire dans ce domaine et que les mesures imposées aient une valeur ajoutée nette par rapport à celles applicables dans l'Etat d'origine du prestataire. Ici encore, il s'agit d'une disposition qui avait un sens en tant que dérogation au PPO mais qui ne semble plus pertinente en vue de la rédaction actuelle de l'article 16. En effet, puisque les Etats sont autorisés, en vertu de l'article 16, à imposer des restrictions pour la protection de l'ordre,

⁷³ Sur ce point v. ci-dessous 2.2.2.1.

⁷⁴ Pour une présentation synthétique de la jurisprudence de la CJCE depuis 1995 v. les revues quinquennales par le présent auteur, précit. n. 4.

sécurité et santé publics et pour celle de l'environnement, on voit mal dans quelles conditions ils auront recours aux dispositions plus restrictives et plus techniques de l'article 18.

Enfin, une incertitude supplémentaire découle de la longue série de dérogations au principe de la libre prestation des services et de la volonté d'en avoir des rappels aussi minutieux que possible. En effet, l'article 16 de la Directive, aussi bien dans son paragraphe premier que dans son paragraphe 3, prévoit que les Etats membres peuvent imposer des restrictions à la libre prestation des services pour quatre raisons : l'ordre public, la sécurité publique, la santé publique et la protection de l'environnement. Cette énumération des raisons des restrictions soulève au moins deux questions. En premier lieu, on constate que les trois premières raisons constituent des exceptions prévues dans l'article 46 CE, alors que la quatrième est une raison impérieuse d'intérêt général reconnue par la Cour⁷⁵. Le mariage entre les deux apparaît contre nature, d'autant plus que selon la jurisprudence de la Cour – et contrairement au texte de l'article 16 de la Directive – les exceptions prévues par le traité justifient aussi des restrictions discriminatoires⁷⁶. En deuxième lieu, et de manière plus significative, le fait que l'article 16 fasse référence à ces quatre justifications contraste clairement avec d'autres dispositions de cette même Directive, notamment en matière de liberté d'établissement, qui se réfèrent de manière plus générale aux « raisons impérieuses d'intérêt général », telles que définies de manière assez large dans l'article 4 de la Directive. Ceci signifierait-il que, dans le domaine couvert par la Directive, désormais les Etats ne pourront invoquer que les quatre justifications de l'article 16, et ceci seulement pour justifier des restrictions non discriminatoires, alors que les autres « raisons impérieuses » prévues par la jurisprudence de la Cour deviendraient inapplicables? Une telle interprétation serait plausible seulement si l'on admettait que la Directive opère une harmonisation complète des matières qu'elle régit⁷⁷. Or, ceci ne semble pas être le cas.

2.2.2. Exclusions et dérogations dans des domaines particuliers

2.2.2.1. Des services d'intérêt général et des services d'intérêt économique général

La mise en place de la législation sur la libéralisation des industries de réseau, a eu comme conséquence directe que le langage communautaire s'est enrichi de plusieurs mots et expressions qui désignent des services liés à l'intérêt général : service public, obligations de service public, service universel, service minimum, service d'intérêt général, service économique d'intérêt général, etc... Une des vertus de la Directive est qu'elle entérine et clarifie, dans un texte de droit positif, les deux derniers concepts. Ainsi, dans la suite du Livre Blanc de 2004 « Sur les services d'intérêt général »⁷⁸, la Directive éclaire sur le fait que la catégorie « services d'intérêt général »⁷⁹ a deux composantes bien distinctes, à savoir, d'une part, les « services économiques d'intérêt général » et, d'autre part, les « services non économiques d'intérêt général »⁸⁰.

La seconde composante échappe entièrement du domaine d'application de la Directive selon l'article 2(2) a. Cette exclusion, elle aussi ajoutée pendant le parcours politique mouvementé de la Directive, semble être sans objet. En effet, aux termes mêmes de l'article 50 CE, le traité ne s'applique qu'aux seuls services « marchands » offerts contre rémunération. La jurisprudence de la Cour est constante sur ce point⁸¹. Il est vrai que la Cour applique des

⁷⁵ CJCE, 20 septembre 1988, *Commission c/ Danemark, emballages recyclables*, aff. 302/86, Rec. p. 4607.

⁷⁶ Sur les rapports entre les exceptions prévues par le traité et celles reconnues par la CJCE v. V. HATZOPOULOS, « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses: une théorie, des théories ou pas de théorie du tout? » (1998) *RTDEur*, p. 191-236.

⁷⁷ Dans le même sens Ch. Lemaire, « La directive, la liberté d'établissement et la libre prestation de services. Confirmations, innovations » (2/2007) *Europe*, p. 15-26, 21.

⁷⁸ COM (2004) 374 final, du 12 mai 2004.

⁷⁹ Laquelle selon le Livre Blanc, précité, p. 22 « couvre les services marchands et non marchands que les autorités publiques considèrent comme étant d'intérêt général et soumettent à des obligations spécifiques de service public ».

⁸⁰ A ce sujet v. de manière exhaustive, M. DONY, « Les notions de 'service d'intérêt général' et service d'intérêt économique général » dans J.V. Louis & St. Rodriguez, *Les services d'intérêt économique général et l'UE*, (2006) Bruylant, p. 3-38.

⁸¹ CJCE, 27 septembre 1988, *Humbel*, aff. 263/86, Rec. p. 5365 ; CJCE, 7 décembre 1993, *Wirth*, aff. C-109/92, Rec. p. I-6447; et plus récemment, CJCE, 22 mai 2003, *Freskot*, aff. C-355/00, Rec. p. I-5263.

critères assez souples quand elle cherche à qualifier un service de marchand : elle admet a) que la rémunération peut provenir non seulement du bénéficiaires du service mais aussi par des tiers se trouvant en relation contractuelle avec lui⁸², ou n'ayant aucune relation directe⁸³, b) que la rémunération peut ne pas correspondre au coût effectif de la prestation offerte⁸⁴ et c) que la rémunération peut être antérieure à la prestation et ceci non seulement de quelques instants⁸⁵ mais aussi des plusieurs années, voire d'une génération entière⁸⁶. On peut être critique du laxisme et de la flexibilité excessive démontrée par la Cour dans l'identification du caractère marchand des différents services⁸⁷, mais l'affirmation, dans la disposition précitée de la Directive, que les services non économiques ne rentrent pas dans son domaine d'application, ressemble à une lapalissade plus qu'à autre chose.⁸⁸

En ce qui concerne les services d'intérêt économique général, là aussi la Directive ne semble pas avoir une valeur ajoutée claire. Ces services ne sont pas d'emblée exclus du domaine d'application de la Directive. Ceci étant, a) la Directive ne traite pas de leur libéralisation (article 1§2) et b) elle n'est pas applicable à certains des services d'intérêt économique général, tels les services de télécommunications, de transport, de santé etc (article 2§2). De manière plus importante, c) les services d'intérêt économique général sont entièrement exclus du principe de « la libre circulation » posé par l'article 16 de la Directive (article 17§1). Alors que, dans la proposition de Directive, étaient exclus du PPO certains services d'intérêt économique général, énumérés de manière exhaustive dans l'article 17, dans la version finalement adoptée sont exclus de manière générale tous les services d'intérêt économique général. Et la liste de cinq exclusions figurant à l'article 17§1 n'est qu'indicative. Ainsi, le seul apport que semble avoir la Directive sur les services d'intérêt économique général se limite à l'amélioration de la coopération administrative et la simplification des procédures⁸⁹.

Ce résultat ne se départit pas grandement de la jurisprudence de la Cour en matière de services d'intérêt économique général, si ce n'est que la logique suivie est différente dans les deux cas. Selon la jurisprudence de la Cour, telle qu'inaugurée avec le fameux arrêt *Corbeau*⁹⁰ et développée depuis, l'offre d'un service d'intérêt économique général dans des conditions de continuité, couverture, qualité déterminées, constitue une raison impérieuse d'intérêt général justifiant des restrictions à la libre prestation des services. Il s'agit, cependant, d'un chef de justification soumis, entre autre, au principe de proportionnalité – et non pas d'une exclusion totale de ce type des services du domaine d'application de l'article 49 CE.

Il est vrai que, dans sa jurisprudence la plus récente, la Cour laisse plus de latitude aux Etats membres pour assurer le financement des services d'intérêt économique général. Dans un premier temps, dans *Corbeau* et *Commune d'Almelo*⁹¹, la Cour semblait avancer un critère de « séparabilité » (severability) selon lequel, seuls les services non-viables pourraient être exclus du domaine du Traité, alors que tous les autres devraient y être soumis. Dans sa jurisprudence la plus récente, la Cour reconnaît plus de liberté aux Etats membres. Ceci se

⁸² Tels les caisses d'assurances qui paient pour les soins de santé reçus par leurs assurés, v. par ex. CJCE, 12 juillet 2001, *Smits & Peerbooms*, aff. C-157/99, Rec. p. I-5473.

⁸³ Tels les publicitaires qui paient les chaînes de télévision pour les émissions qui bénéficient aux spectateurs, CJCE, 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders*, aff. 352/85, Rec. p. 2085 ; ou les sponsors et chaînes de télévision qui supportent les sportifs, pour le spectacle qu'ils offrent au public, CJCE, 11 juillet 2000, *Deliège*, aff. jtes. C-51/96 et C-191/97, Rec. p. I-2549.

⁸⁴ *Smits & Peerbooms*, précit., att. 58, c'est nous qui soulignons.

⁸⁵ CJCE, 24 mars 1994, *Schindler*, aff. C-275/92, Rec. p. I-1039.

⁸⁶ CJCE, 26 juin 2003, *Skandia*, aff. C-422/01, Rec. p. I-6817.

⁸⁷ V. pour la totalité de la jurisprudence récente en la matière V. HATZOPOULOS & U.DO, *op. cit.* n. 4 p. 934-937.

⁸⁸ Il faut aussi convenir avec B.J. DRIBER dans « Les services d'intérêt économique général et la libre prestation des services » dans J.V. Louis & St. Rodriguez, *Les services d'intérêt économique général et l'UE*, (2006) Bruylant, p.65-97, 89 que la jurisprudence de la Cour n'étant pas toujours très claire sur le caractère économique des services d'intérêt général, la distinction nette entre services d'intérêt général et services d'intérêt économique général, opérée par la Directive risque d'affecter par ricochet aussi les premiers, malgré leur exclusion formelle de son domaine d'application.

⁸⁹ Pour lequel v. *infra* 3.

⁹⁰ CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, aff. C-320/91, Rec. p. I-2562. V. pour cet arrêt A. WACHSMANN, ET F. BERROD, "Les critères de justification des monopoles: un premier bilan après l'affaire *Corbeau*", *RTDEur*, n° 1/1994, p. 39 et R. KOVAR, "La Cour de justice et les entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général. Un pas dans le bon sens vers une dérégulation réglée", *Europe*, 7 et 8-9/1994, chron. 6.

⁹¹ CJCE, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo*, aff. C-393/92, Rec. p. I-1477.

manifeste à, au moins, trois niveaux. D'abord la Cour ne raisonne plus en termes de simple « viabilité » des services d'intérêt économique général, mais vise leur prestation dans des conditions « d'équilibre économique »⁹². En conséquence, elle laisse les Etats plus libres d'inclure dans le domaine « réservé » des activités purement marchandes⁹³, alors qu'elle limite son propre contrôle à un contrôle minimum et n'examine point l'opportunité des choix opérés par les Etats membres⁹⁴. Par là même, elle avance des critères plus clairs concernant l'applicabilité des autres dispositions du traité, notamment celles sur les aides publiques, aux services d'intérêt économique général⁹⁵. A l'inverse, la Cour est assez stricte lorsqu'il s'agit d'imposer des contraintes administratives, tel un système d'autorisation préalable, dans le but d'assurer un service d'intérêt économique général, comme par exemple les connections maritimes régulières entre le continent et les îles insulaires d'un Etat membre⁹⁶. Ainsi, les solutions jurisprudentielles se reflètent dans la Directive. Deux interrogations se soulèvent alors : a) en quoi la Directive fait avancer le statut juridique des services d'intérêt économique général et b) l'exclusion totale desdits services du principe de libre circulation des services stipulé par l'article 16 de la Directive, signifie-t-elle que les mesures étatiques prises pour l'organisation de tels services ne sont pas soumises au test de proportionnalité et de non-discrimination stipulé par ce même article ? La réponse à la deuxième question étant négative (la proportionnalité et la non-discrimination étant des principes généraux du droit communautaire), on reste, à nouveau, avec une sensation de vanité ...

2.2.2.2. Santé

La jurisprudence de la Cour dans le domaine des soins de santé a connu des développements pour le moins spectaculaires ces cinq dernières années⁹⁷. Ainsi, il est désormais acquis que le patient d'un Etat membre peut, outre les soins urgents dispensés dans les autres Etats membres en vertu de la carte européenne d'assuré (ex document E 111):

- a) recevoir des soins non hospitaliers⁹⁸ dans n'importe quel autre Etat membre et en demander ensuite le remboursement par son Etat d'origine, aux tarifs applicables dans ce dernier, et ceci sans avoir besoin d'autorisation préalable⁹⁹, en vertu de l'article 49 CE ;
- b) recevoir toute sorte de soins dans d'autres Etats membres, dans les mêmes conditions (frais, remboursement, indemnité, etc... – sauf la durée -) que pour les patients de l'Etat d'accueil, une fois délivrée l'autorisation par son institution d'origine, en vertu de l'article 22 du Règlement 1408/71 ;

⁹² CJCE, 25 octobre 2001, *Glöckner*, aff. C-475/99, Rec. p. I-8089.

⁹³ Même arrêt.

⁹⁴ CJCE, 10 février 2002, *Deutsche Post*, aff. C-147/97, Rec. p. I-825.

⁹⁵ CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans*, Rec. p. I-7747 ; v. aussi O. DUPERON ; « Le régime des services publics en droit communautaire: des précisions apportées par la Cour de justice des Communautés européennes », (2003) *Petites affiches* n° 229 p.6-12 ; J.-L. CLERGERIE, « La légalité d'une contrepartie d'obligation de service public », (2003) *Dalloz Jur.* p.2814-2817 ; M. MEROLA & C. MEDINA, « De l'arrêt *Ferring* à l'arrêt *Altmark*: continuité ou revirement dans l'approche du financement des services publics », ces *Cahiers* (2003), p. 639-694.

⁹⁶ CJCE, 20 février 2001, *Analir*, aff. C-205/99, Rec. p. I-1271, pour l'Espagne. V. J.-P. SLOT, (2003) *CML Rev.* p. 159-168.

⁹⁷ V. HATZOPOULOS, « Killing national health and insurance systems but healing patients? The European market for health care services after the judgments of the ECJ in *Vanbraekel* and *Peerbooms* », (2002) *CML Rev.* p. 683-729, et plus récemment « Health law and policy, the impact of the EU », in De Burca (ed) *EU Law and the Welfare State: In Search of Solidarity* (2005) EUI/OUP, p. 123-160. V. aussi G. DAVIES, « Welfare as a service », (2002) *LIEI*, p. 27-40; P. CABRAL, « The Internal Market and the right to cross-border medical care », (2004) *ELRev.* p. 673-685, et A.-P. VAN DER MEI, « Cross-border access to health care within the EU: Some reflections on *Geraets-Smits* and *Peerbooms* and *Vanbraekel* », (2002) *ML*, p. 289-215 and « Cross-border access to medical care: Non-hospital care and waiting lists », (2004) *LIEI*, p. 57-67. Encore plus récemment v. A. DAWES, « Bonjour Herr Doctor: national healthcare systems, the Internal Market and cross-border medical care within the EU », (2006) *LIEI*, p. 167-182. Pour une présentation plus étendue des relations entre l'UE et le droit de la santé, v. T. HERVEY AND J. MCHALE, *Health Law and the European Union* (2004) CUP, Cambridge.

⁹⁸ L'infrastructure hospitalière étant définie de manière plutôt restrictive, v. CJCE 18 mars 2004, *Leichtle*, aff. C-8/02, Rec. p. I-2641.

⁹⁹ CJCE, 18 avril 1998, *Kohll*, aff. C-158/96, Rec. p. I-1931 ; *Smits & Peerbooms*, précit., CJCE, 13 mai 2003, *Müller-Fauré*, aff. C-385/99, Rec. p. I-4509.

c) forcer l'obtention de ladite autorisation (pour aller se soigner dans un autre Etat membre) chaque fois que le traitement objectivement nécessaire¹⁰⁰ n'est pas disponible dans des délais raisonnables dans son Etat d'origine, compte tenu de sa situation personnelle¹⁰¹, en vertu de l'article 49 CE.

Ces droits bénéficient aux ressortissants de tous les Etats membres, à tout système de santé, indépendamment du fait qu'il s'agisse¹⁰² a) de systèmes de remboursement de frais, comme c'est le cas (principalement)¹⁰³ en France, en Allemagne et au Luxembourg¹⁰⁴, b) de systèmes de prestations en nature par des institutions conventionnées, comme c'est le cas aux Pays Bas¹⁰⁵, ou c) systèmes de soins par des institutions essentiellement publics comme c'est le cas au Royaume Uni¹⁰⁶.

L'affaire *IKA c/ Ioannidis*¹⁰⁷ met bien en évidence le fait que la mise en œuvre des droits susmentionnés suppose un niveau de coopération administrative et de reconnaissance assez élevé entre les autorités compétentes des Etats membres. Cette coopération peut trouver ses fondements soit dans les termes du Règlement 1408/71 et de ses règlements d'application (tel le Règlement 574/1972), soit dans les obligations plus générales découlant de l'article 10 CE. Dans l'espèce susmentionnée, l'intéressé était tombé dans un cycle vicieux, où les autorités de l'Etat d'accueil (l'Allemagne) refusaient de prendre en compte un formulaire E 111 délivré par les autorités helléniques, alors qu'elles sollicitaient un formulaire E 112, dont la délivrance était refusée par les autorités helléniques. Et la Cour de justice de juger que « l'institution du lieu de séjour et celle du lieu de résidence assument conjointement la tâche d'appliquer les articles [...] et doivent, conformément aux articles 10 CE et 84 du règlement n° 1408/71, coopérer afin d'assurer une application correcte des dispositions susmentionnées et, partant, le plein respect des droits conférés »¹⁰⁸.

Dans ces conditions, l'exclusion des soins de santé du domaine de la Directive ne semble avoir aucun effet substantiel sur les droits que les particuliers tirent directement de l'article 49 CE et sur les autres dispositions du droit dérivé, mais peut affecter de manière négative leur mise en œuvre concrète : a) d'abord, elle prive les autorités nationales compétentes de la possibilité de coopérer de manière plus efficace selon les termes et les procédures prévues par la Directive ; b) ensuite, elle prive aussi les particuliers de toute l'information à laquelle ils pourraient avoir accès en faisant usage des guichets uniques, du système électronique des renseignements, etc... ; c) en outre, les patients transfrontaliers ne pourront pas bénéficier des garanties et facilités prévues par la Directive en faveur des destinataires des services ; d) enfin, les autorités des Etats membres ne seront pas tenues par un texte de leur droit national (transposant la Directive) les obligeant à ouvrir leurs soins de santé. Elles pourront ainsi plus aisément faire preuve de mauvaise foi, en invoquant telle ou telle particularité nationale, pour refuser d'appliquer la jurisprudence de la Cour¹⁰⁹.

Ces quatre conséquences auront un effet négatif sur la mobilité des patients en Europe. En effet, l'information disponible, la facilité d'accès au système d'autres Etats membres, les garanties de qualité offertes et le risque des complications bureaucratiques, sont autant de facteurs qui ont une influence directe sur les choix des patients et de leurs familles. A la différence de la majorité des autres activités exclues du domaine d'application de la Directive, le cas particulier des soins de santé risque d'avoir un impact tangible. Ce résultat n'est pas nécessairement négatif. En effet, les principaux arguments de ceux qui militaient en faveur de l'exclusion des soins de santé du domaine de la Directive consistaient en ce que, d'une part, la jurisprudence de la Cour n'était pas encore cristallisée lors de la négociation de la Directive

¹⁰⁰ Pour le caractère objectif, indépendant des préférences médicales nationales, du traitement requis, v. CJCE, 12 juillet 2001, *Vanbraekel*, aff. C-368/98, Rec. p. I-5363.

¹⁰¹ *Müller-Fauré*, précit. et CJCE, 16 mai 2006, *Watts*, aff. C-372/04, Rec. p. I-4325.

¹⁰² La classification tripartite qui suit est extrêmement simplificatrice et, partant, partiellement erronée, mais elle est utilisée uniquement à des fins d'illustration.

¹⁰³ En matière d'organisation des soins de santé, il est très difficile d'attribuer certains Etats à certains modèles, comme la pratique est semée des nuances ; la France offre aussi des prestations en nature.

¹⁰⁴ *Kohll*, précit. ; CJCE, 23 octobre 2003, *Inizan*, aff. C-56/01, Rec. p. I-12403 ; CJCE, 14 octobre 2004, *Bosch*, aff. C-193/03, Rec. p. I-9911.

¹⁰⁵ *Smits & Peerbooms*, *Vanbraekel* et *Müller-Fauré*, tous précités dans les notes précédentes.

¹⁰⁶ *Watts*, précit.

¹⁰⁷ *IKA c/ Ioannidis*, précit. n. 36.

¹⁰⁸ *Ibid.* att. 51.

¹⁰⁹ Ainsi, par exemple, dans l'affaire CJCE, 19 avril 2007, *Stamatelaki*, aff. C-444/05, nep., qui traitait d'une interdiction absolue de recevoir des soins dans un autre Etat membre, clairement contraire à la jurisprudence, désormais bien établie, de la CJCE.

et, d'autre part, le domaine de santé est beaucoup trop important et complexe et mérite d'être traité séparément¹¹⁰. La pertinence de ces deux arguments n'est pas sérieusement contestable. Notons, cependant, que le Parlement Européen, après avoir insisté pour que les soins de santé soient exclus de la Directive, « invite la Commission à lui présenter une proposition en vue de réintroduire les services de santé dans la directive 2006/123/CE et une proposition destinée à codifier la jurisprudence de la Cour européenne de justice en matière de droits des patients européens »¹¹¹, dans un rapport adopté en mai 2007!

2.2.2.3. Des activités particulières : paris, services de sécurité, etc...

L'exclusion du champ d'application de la Directive de toute une série de services dont le poids économique est pourtant loin d'être négligeable, soulève davantage des questions.

De manière générale il s'agit d'apprécier si l'exclusion massive d'activités de services ne porte pas atteinte au caractère « horizontal » et « général » de la Directive, tant souhaité par ses promoteurs. En effet, si l'on tient compte de tous les services exclus du domaine de la Directive, tels les services financiers, les télécommunications, l'énergie, le transport, les émissions télévisés, les services de santé, l'organisation de paris, etc..., on réalise qu'en termes de chiffre d'affaires, la Directive couvre seulement une petite partie des activités de services. Son impact sur le re-lancement de l'économie des services et son apport dans la réalisation des objectifs de Lisbonne peuvent, dès lors, être remis en cause. Cette objection ne doit pas faire oublier, pour autant, que la Directive vise surtout à faciliter la tâche des petites et moyennes entreprises qui ne sont, par définition, pas celles du domaine de l'énergie ou des transports...

Chacune des activités exclues mériterait d'être étudiée de manière spécifique, afin d'apprécier les causes et les effets concrets de son exclusion du domaine d'application de la Directive. Compte tenu de l'ampleur d'une telle ambition, on se contentera ici d'étudier les deux activités dont la Cour a eu à connaître le plus souvent au cours de ces dernières années.

a) jeux d'argent

La Cour a déjà eu l'occasion de prendre position au sujet des restrictions imposées à l'organisation des jeux d'argent par ses arrêts *Schindler, Zenatti, Läära et Anomar*¹¹². Dans ces affaires, la Cour reconnaît que l'organisation de paris et d'autres jeux de hasard constitue pas un service au sens du traité, tout en faisant preuve d'une extrême indulgence à l'égard des justifications avancées par les Etats concernés. Ce faisant, la Cour procède à un contrôle minimal en refusant d'examiner *in concreto* le caractère proportionnel, voire discriminatoire, des restrictions imposées¹¹³. Les raisons de cette attitude de « self-restraint » tiennent à ce que « les particularités d'ordre moral, religieux ou culturel ainsi que les conséquences moralement et financièrement préjudiciables pour l'individu et la société qui entourent les jeux et les paris peuvent être de nature à justifier l'existence, au profit des autorités nationales, d'un pouvoir d'appréciation suffisant pour déterminer les exigences que comporte la protection du consommateur et de l'ordre social »¹¹⁴.

On observe toutefois que cette attitude de la Cour est en train d'évoluer à travers les arrêts les plus récents, le point de rupture étant souligné par deux arrêts relatifs à la législation

¹¹⁰ R. BAETEN, « The Proposal for a Directive on Services in the Internal Market applied to Healthcare Services » présenté à l'audience publique du PE, le 11 novembre 2004, disponible sur http://www.europarl.europa.eu/hearings/20041111/imco/baeten_en.pdf.

¹¹¹ Rapport A6-0173/2007 FINAL, du 10 mai 2007, sur l'impact et les conséquences de l'exclusion des services de santé de la directive relative aux services dans le marché intérieur, Rapporteur B. Vergnaud, para. 71. Il convient, cependant, de noter que dans la résolution qui a suivie ce rapport, le Parlement s'est contenté de demander « une proposition d'instrument approprié visant notamment à codifier la jurisprudence de la Cour de justice », v. résolution 2006/2275 (INI), du 23 mai 2007.

¹¹² CJCE, 24 mars 1994, *Schindler*, aff. C-275/92, Rec. p. I-1039; CJCE, 21 octobre 1999, *Zenatti*, aff. C-67/98, Rec. p. I-7289; CJCE, 21 septembre 1999, *Läära*, aff. C-124/97, Rec. p. I-6067; CJCE, 11 septembre 2003, *Anomar*, aff. C-6/01, Rec. p. I-8621; v. à propos de tous ces arrêts ALLEN, "Ladies and Gentlemen, no more bets please", (2000) *LIEI*, p. 201-206.

¹¹³ V. le commentaire de *Schindler* par V. HATZOPOULOS, (1995) *CMLRev.*, p. 841-855 et celui de *Zenatti* et *Läära* par STRAETMANS dans (2000) *CMLRev.*, p. 991-1005. En général pour le contrôle exercé par la Cour dans les domaines qui touchent à la moralité publique, v. P. HETSCH, « Émergence de valeurs morales dans la jurisprudence de la CJCE », (1982) *RTDEur*, p. 511.

¹¹⁴ CJCE, 6 novembre 2003, *Gambelli*, aff. C-243/01, Rec. p. I-13031, att. 66 et CJCE, 6 mars 2007, *Placanica*, aff. jtes C-338/04, 359/04 et 360/04, nep, att. 47.

italienne. L'affaire *Gambelli*¹¹⁵ concernait la prise de paris par une société établie au Royaume Uni qui n'était pas titulaire de la concession prévue à cette fin par la législation italienne. La Cour a qualifié la législation italienne de restriction aussi bien à l'article 43 qu'à l'article 49. Toutefois, elle a refusé de la tenir pour justifiée, se démarquant ainsi de son analyse classique. En effet, la Cour a jugé que si « des raisons impérieuses d'intérêt général, telles que la protection des consommateurs et la prévention de la fraude et de l'incitation des citoyens à une dépense excessive liée au jeu » peuvent justifier des restrictions à la libre prestation de services « encore faut-il que les restrictions [...] contribuent à limiter les activités de paris d'une manière cohérente et systématique »¹¹⁶. En l'occurrence, toute la législation et la pratique des autorités italiennes semblaient avoir un objectif opposé, en poursuivant « une politique de forte expansion du jeu et des paris dans le but d'obtenir des fonds »¹¹⁷. Ainsi, tout en laissant la solution du litige particulier au juge *a quo*, la Cour a entendu tracer les limites de sa tolérance face au protectionnisme étatique dans le domaine des jeux d'argent¹¹⁸.

La législation italienne ayant à peine évolué en matière de jeux d'argent, trois ans plus tard, la Cour a eu à se prononcer à nouveau dans une affaire *Placanica*. Cette espèce concernait quatre aspects de la législation italienne, à savoir, a) l'exigence d'une concession administrative préalable, b) le refus d'une telle autorisation à toute société cotée en bourse, c) la nécessité d'une autorisation de police pour chaque local et d) l'application des sanctions pénales strictes. L'arrêt de la Cour est remarquable en ce qu'il prend vraiment la situation en main. La Cour accepte, comme l'avait fait également la Corte Suprema de Cassazione, qu'un régime de concession peut être utile à « prévenir l'exploitation des activités de jeu de hasard à des fins criminelles ou frauduleuses en les canalisant dans des circuits contrôlables »¹¹⁹. Elle poursuit, cependant, en considérant que, dans un cadre de concessions limitées, un système d'appel d'offres doit être mis en place afin de permettre aux prestataires d'autres Etats membres d'avoir des chances d'accéder à l'activité en question, et ceci même s'il est nécessaire de procéder à la révocation et à la redistribution des concessions déjà existantes¹²⁰. Faisant un pas supplémentaire, la Cour retient que les sanctions pénales prévues par la législation italienne sont inopposables aux prévenus dans la mesure où elles sanctionnent des mesures nationales contraires au droit communautaire.¹²¹

Enfin, dans l'arrêt *Lindman*,¹²² la Cour condamne le traitement fiscal différencié des gains des loteries, en fonction du lieu où la loterie était organisée.

L'ensemble de cette jurisprudence doit être mis en parallèle avec l'avis de l'Organe Permanent d'Appel de l'OMC dans l'affaire opposant Antigua et Barbuda aux Etats-Unis¹²³, pour des restrictions apportées à l'offre de jeux de hasard sur le territoire américain. L'Organe d'Appel, renversant l'avis du Panel, a estimé justifiées les mesures restrictives pour autant qu'elles a) poursuivent des objectifs légitimes (prévention de la fraude et du blanchiment d'argent, combat des jeux compulsifs, etc...) et b) respectent les principes de nécessité et de non-discrimination – et l'examen de l'Organe à ces deux égards est très minutieux.

Dans ces conditions, l'exclusion des jeux d'argent du domaine de la Directive a une importance très limitée. Il est vrai que les Etats membres ne sont pas obligés de mettre entièrement à plat leurs systèmes des concessions ou d'exclusivité, pas plus qu'ils ne sont obligés de collaborer avec les autorités compétentes des autres Etats membres dans les termes techniques de la Directive. Il n'en demeure pas moins que, sauf à ce que la politique poursuivie au niveau national ne soit véritablement restrictive, les Etats devront satisfaire aux exigences ténues de l'arrêt *Placanica*. En effet, il est désormais clair que lorsque le droit

¹¹⁵ Préc.

¹¹⁶ *Gambelli*, att. 67.

¹¹⁷ *Ibid*, att. 68.

¹¹⁸ Il faut remarquer qu'en réponse (indirecte) à l'arrêt *Gambelli*, qui appelait le juge national à vérifier si la réglementation était justifiée par des mesures nationales d'intérêt général, la Corte suprema di Cassazione a, dans un arrêt *Gesualdi* du 26 avril 2004, identifié une raison justificative de la législation italienne dans la prévention de l'exploitation des activités litigieuses à des fins criminelles ou frauduleuses. V. à cet égard G. PANOPOULOS, « Pour la conformité de principe des prohibitions totales avec les libertés des échanges intracommunautaires », ronéo.

¹¹⁹ *Placanica* att. 55.

¹²⁰ *Ibid*, att. 63.

¹²¹ *Ibid*, att. 69.

¹²² CJCE, *Lindman*, aff. C-42/02, Rec. p. I-13519.

¹²³ Rapport de l'Organe permanent d'appel, *Antigua & Barbuda c/ Etats Unis –('US-Gambling')*, WT/DS285/AB/R, 7 Avril 2005, par. 373. V. aussi ORTINO, « Treaty interpretation and the WTO Appellate Body Report in *US-Gambling: A critique* », (2006) *JIEL*, p. 117-148.

communautaire exige la mise en place des procédures d'appels d'offres pour la distribution des ressources rares ou limitées, les principes de transparence, de publicité et de non-discrimination seront à l'ordre du jour, et ceci en vertu des dispositions générales du traité¹²⁴. Ainsi, l'arrêt *Placanica*, par la date de sa délivrance et par son contenu clairement plus radical que tous les arrêts précédents en matière des jeux d'argent, constitue un bel exemple de révision judiciaire du texte médiocre, à plusieurs égards, de la Directive.

b) Services de sécurités privées et de gardiennage

La même observation vaut pour les services de gardiennage et de sécurité privé, exclus également de la Directive en vertu de l'article 2§2(k). Par une série d'arrêts récents¹²⁵, la Cour a accepté que les services de sécurité privée et de gardiennage tombent dans le champ d'application de l'article 49 CE, même s'ils sont fournis dans le territoire d'un autre Etat membre pour des longues périodes, excédant une année¹²⁶, voire même lorsqu'ils sont fournis de manière stable et permanente dans des zones frontalières¹²⁷. Privilégiant ainsi l'aspect « services » découlant de la nature économique de l'activité sur l'aspect « établissement » qui pourrait découler de la permanence, périodicité, etc... des activités en question, la Cour est amenée à libéraliser considérablement ce domaine d'activité. Elle qualifie ainsi de restriction à l'article 49 CE toutes mesures relatives à la forme des sociétés de sécurité privée, à leurs dirigeants, à la nécessité d'une présence stable sur le territoire national, à l'exigence de documents (d'identité) spécifiques, voire même aux conditions de délivrance d'autorisation, lorsque ces mesures font double emploi avec celles déjà satisfaites par le prestataire dans son Etat d'origine¹²⁸. De plus, la Cour exige des autorités de l'Etat d'accueil désireuses d'appliquer leur législation sociale, qu'elles prennent en compte le niveau de protection sociale déjà offert par l'Etat d'origine des prestataires. Par ailleurs, la Cour a admis que ces services ne relèvent pas de l'exercice d'autorité publique et ne bénéficient pas de l'exception de l'article 45 CE¹²⁹.

Ce faisant, la Cour va plus loin que la simple « ouverture » du marché en cause : elle impose une obligation de coopération administrative entre les autorités des Etats membres et un niveau élevé de reconnaissance mutuelle des conditions en vigueur dans les différents Etats. Ainsi, l'exclusion de l'activité de sécurité privée du domaine de la Directive a pour principal effet de priver la coopération nécessaire entre les administrations nationales du cadre plus formalisé prévu par la Directive.

2.2.3. Le sort des travailleurs détachés : encore un faux débat

Plus encore que le PPO, mais en lien avec celui-ci, le point de cristallisation des détracteurs de la proposition de Directive fût le sort des travailleurs détachés. Depuis les arrêts *Evi c/ Seco*, *Van der Elst* et *Rush Portuguesa*¹³⁰, on sait qu'un prestataire de services peut se déplacer dans le territoire des autres Etats membres, avec son personnel non communautaire, sans être soumis à toutes les formalités applicables aux travailleurs étrangers. Ces mêmes arrêts, relayés par la Directive 96/71, posent le principe selon lequel les travailleurs détachés sont soumis aux conditions de travail et d'emploi de l'Etat d'accueil, notamment en ce qui concerne a) le temps du travail, b) les congés payés, c) les salaires, d) les conditions de mise à disposition des travailleurs, e) la sécurité, la santé et l'hygiène, f) le sort des femmes enceintes, des enfants, etc... et g) l'égalité de traitement et la non

¹²⁴ V. notamment, CJCE, 26 septembre 2000, *Commission c/ France, Nord Pas de Calais*, aff. C-225/98, Rec. p. I-7445 ; et de manière plus explicite, CJCE, 21 juillet 2005, *Coname*, aff. C-231/03, Rec. p. I-7287 et CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, Rec. p. I-8612.

¹²⁵ CJCE, 29 octobre 1998, *Commission c/ Espagne*, aff. C-114/97, Rec. p. I-6717 ; CJCE, 9 mars 2000, *Commission c/ Belgique*, aff. C-355/98 Rec. p. I-1221 ; CJCE, 31 mai 2001, *Commission c/ Italie*, aff. C-283/99, Rec. p. I-4363 ; CJCE, 15 mars 2001, *Mazzoleni*, aff. C-165/98, Rec. p. I-2189 ; CJCE, 29 avril 2004, *Commission c/ Portugal*, aff. C-171/02 Rec. p. I-5645 ; CJCE, 7 octobre 2004, *Commission c/ Pays Bas*, aff. C-189/03, Rec. p. I-9289 ; CJCE, 6 novembre 2006, *Commission c/ Espagne*, aff. C-514/03, nep.

¹²⁶ *Commission c/ Portugal*, supra.

¹²⁷ *Mazzoleni*, supra.

¹²⁸ Les mêmes exigences reviennent dans presque toutes les affaires ; v. en particulier, les affaires *Commission c/ Portugal*, *Commission c/ Pays Bas* et *Mazzoleni*, tous précités.

¹²⁹ *Commission c/ Italie*, supra.

¹³⁰ CJCE, 3 février 1982, *Seco*, aff. 62 et 63/81, Rec. p. 223 ; CJCE, 27 mars 1990, *Rush Portuguesa*, aff. C-113/89, Rec. p. I-1417 ; CJCE, 9 août 1994, *Vander Elst*, aff. C-43/93, Rec. p. I-3803.

discrimination¹³¹. Cette énumération ne couvre pas deux aspects très importants de la régulation de l'emploi, à savoir, d'une part les conditions d'embauche et de licenciement et, d'autre part le régime de sécurité sociale et les régimes complémentaires d'assurance¹³².

Pour la mise en œuvre de ces principes, la Directive 96/71 met en place un système de « coopération en matière d'information » entre les autorités compétentes (article 4). Ce système n'a connu toutefois qu'un succès très limité dans la pratique. Les points faibles de la Directive ayant été identifiés dans deux documents de la Commission¹³³, la proposition de Directive essayait d'en tirer les conséquences.

Contrairement à un avis courant, la proposition de Directive ne soumettait pas le sort des travailleurs détachés au PPO. Tout au contraire, elle l'excluait expressément en prévoyant que le PPO ne portait atteinte ni à la Directive 96/71 (article 17§5 de la proposition) ni au Règlement 1408/71 (article 17§9 de la proposition). Ce que faisait la proposition de Directive était qu'elle « proposait d'améliorer les mécanismes du détachement en supprimant certains obstacles d'ordre procédural à la prestation de service requérant un détachement des travailleurs »¹³⁴. Elle comportait ainsi deux dispositions, regroupées dans une section intitulée « détachement des travailleurs » dans lesquelles, elle visait, d'une part, à renforcer la coopération administrative entre les autorités des Etats membres (article 24 de la proposition) et, d'autre part, à combattre les obstacles liés à la politique migratoire des Etats membres, pour l'emploi des travailleurs extracomunautaires (article 25 de la proposition)¹³⁵.

L'objectif des ces deux dispositions était d'oter certaines compétences aux autorités de l'Etat d'accueil pour les attribuer à celles de l'Etat d'origine, en renforçant ainsi la confiance mutuelle entre les deux Etats¹³⁶. La formule retenue par ces deux dispositions était « information contre autorisation ». Ainsi, selon l'article 24, toute exigence d'autorisation préalable, de déclaration ou de présence permanente d'un représentant sur le territoire était bannie ; en contrepartie, les autorités de l'Etat d'accueil devaient se contenter d'une série d'informations (sur l'identité des travailleurs détachés, le lieu et dates du détachement, etc...) qui devaient leur être fournies par le prestataire, sous le contrôle de l'Etat d'origine. De même, l'article 25 interdisait, sous certaines réserves, aux autorités de l'Etat d'accueil d'exiger du prestataire ou du travailleur détaché, un titre d'entrée, de sortie, de séjour, un permis de travail ou des conditions équivalentes ; en contrepartie, les autorités de l'Etat d'origine étaient dans l'obligation de communiquer des informations et des garanties quant à la régularité du séjour et de l'emploi des travailleurs en question dans son territoire.

Ces deux dispositions ont été abandonnées. Comme si la suppression des articles 24 et 25 du texte de la Directive n'était pas suffisante, la version finale du texte précise a) que la Directive ne s'applique pas « au droit du travail, à savoir les dispositions légales ou contractuelles concernant les conditions d'emploi, les conditions de travail, y compris la santé et la sécurité au travail [...] pas plus [qu'à] la législation des États membres en matière de sécurité sociale » (article 1§6), b) qu'elle cède devant la Directive 96/71/CE et le Règlement 1408/71 (article 3§1b) ; c) que le principe de la libre prestation de services énoncé dans l'article 16 ne s'applique pas aux matières couvertes par la Directive 96/71/CE (article 17). Bref, que la Directive ne change rien par rapport à la situation préexistante.

Pour bien prendre la mesure du choix opéré par le législateur communautaire d'évincer du texte de la Directive toute référence au détachement des travailleurs, un bref rappel de l'état

¹³¹ Directive 96/71/CE, article 3 de la Directive.

¹³² S. MICOSSI dans « Fixing the Services Directive » CEPS Policy brief 100/2006, disponible sur <http://www.ceps.be>, p. 6 identifie ces deux lacunes. Cependant toutes deux exclusions semblent logiques. Les conditions de recrutement et de licenciements restent ceux de l'Etat où le recrutement a lieu, c'est-à-dire d l'Etat d'origine. Quant aux conditions de sécurité sociale, il est déjà prévu par l'article 13 du Règlement 1408/71 que, sous réserve des activités d'une durée inférieure à 12 mois, le prestataire et son personnel sont entièrement soumis au régime applicable dans l'Etat d'accueil.

¹³³ Rapport des services de la Commission sur la mise en oeuvre de la Directive 96/71/CE, janvier 2003 et Communication au Conseil et au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions: la mise en oeuvre de la Directive 96/71/CE dans les Etats membres, COM (2003) 458 final, 25 juillet 2003.

¹³⁴ Pour cette phrase et pour un exposé de l'ensemble de la problématique v. L. DRIGUEZ, précit. n. 47.

¹³⁵ Cette deuxième disposition était directement inspirée du texte de la proposition avortée de directive sur la prestation des services transfrontaliers, proposition modifiée COM (2000) 271 final, du 8 mai 2000, finalement retirée par COM (2004) 542 final, du 1^{er} octobre 2004.

¹³⁶ Il nous paraît, cependant, exagéré de suivre L. DRIGUEZ, *supra* n. 47, p. 36 *in fine* qui estime que « la Commission opère bien l'introduction du principe du pays d'origine dans le domaine des modalités administratives de contrôle du droit du travail ».

de droit existant avant (et toujours après) l'adoption de la Directive apparaît nécessaire. Ce rappel mettra en évidence le fait que la situation existante est loin d'être satisfaisante, tant pour les « syndicalistes nationaux » que pour les « globalisateurs néolibéraux ». D'une part, la pratique administrative des Etats membres, telle qu'enregistrée dans les documents officiels de la Commission¹³⁷, révèle toute une série de difficultés et d'insuffisances du système mis en place par la Directive 96/71/CE. D'autre part, la jurisprudence de la Cour en matière de détachement a ouvert des brèches non négligeables dans la protection des travailleurs.

Le point de départ de la jurisprudence de la CJCE au sujet du détachement des travailleurs est marqué par les arrêts *Evi v Seco*, *Rush Portuguesa* et *Vander Elst*¹³⁸. Les principes dégagés par ces trois arrêts sont les suivants : a) le prestataire de services peut se déplacer dans les autres Etats membres avec son propre personnel, indépendamment de la nationalité du personnel, sans être soumis à toutes les exigences administratives du droit de l'immigration ou du travail; b) le prestataire de services peut, néanmoins, être contraint de se conformer à la législation (y compris, aux accords collectifs, aux sentences arbitrales, etc...) de l'Etat d'accueil, concernant les salaires minimaux et les autres conditions d'emploi, ainsi qu'à toute mesure nationale raisonnablement apte à assurer le respect de ces règles ;¹³⁹ c) cependant, le prestataire de services ne peut pas se voir opposer l'ensemble de la législation sociale applicable dans l'Etat d'accueil ainsi que les formalités connexes pour des travailleurs déjà couverts par la sécurité sociale de l'Etat d'origine, à moins que ces formalités n'améliorent réellement le niveau de protection desdits travailleurs. Ainsi, récemment, dans les affaires *Arblade et Leloup*¹⁴⁰, la Cour, tout en réaffirmant les principes visés ci-dessus, a condamné, pour contrariété à l'article 49 CE, l'obligation de tenir tous les documents sociaux exigés par la législation de l'Etat d'accueil, ainsi que l'obligation de payer pour les travailleurs détachés, déjà couverts dans leur Etat d'origine, des charges de sécurité sociale dans le forme de "timbres intempéries" et "timbres-fidélité". Dans le respect de ces mêmes principes, la Cour a condamné l'obligation d'obtenir des permis de travail individuels pour chacun des travailleurs détachés¹⁴¹, tout comme l'imposition de conditions techniques restrictives pour la délivrance d'un visa de travail¹⁴². Elle jugea qu'un système de déclaration préalable, plutôt qu'un enregistrement préalable, devrait suffire.

Cependant, ces dernières années, la Cour s'est montrée plus accommodante face aux réalités économiques et au souhait des prestataires de se déplacer avec leur personnel. Ainsi, dans une série de jugements récents, la Cour a ouvert des brèches à l'application de la législation de l'Etat d'accueil, et ceci à trois niveaux.

a) Sur le plan des exigences administratives, la Cour a jugé que, si un système d'autorisation préalable était imposé au prestataire de services, ce système « ne devrait ni retarder ni compliquer l'exercice du droit d'une personne établie dans un autre Etat membre de fournir ses services sur le territoire du premier Etat »¹⁴³. En ce qui concerne l'obligation d'inscription au registre des métiers, la Cour jugea qu'elle « ne peut être autre qu'automatique, elle ne peut ni constituer une condition préalable à la prestation de services, ni conduire à des frais administratifs pour le prestataire concerné, ni engendrer une obligation de cotisations à la chambre des métiers »¹⁴⁴. Il est entendu que pour satisfaire à ces conditions, l'Etat d'accueil pourrait être obligé de mettre en place des procédures et des formalités distinctes pour les prestataires de services des autres Etats membres de celles applicables aux professionnels nationaux¹⁴⁵.

¹³⁷ V. quatre notes plus haut.

¹³⁸ *Supra* n. 130.

¹³⁹ Pour l'importance des accords sur les salaires minimaux comme moyen de combattre la pauvreté v. FUNK & LESCH, "Minimum Wage Regulations in Selected European Countries", (2006) *Intereconomics*, p. 89.

¹⁴⁰ CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade et Leloup*, aff. jtes C-369/96 et 376/96, Rec. p. I-8453.

¹⁴¹ CJCE, 21 octobre 2004, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-445/03, Rec. p. I-10191, att. 20-21.

¹⁴² CJCE, 19 janvier 2006, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-244/04, Rec. p. I-885.

¹⁴³ CJCE, 3 octobre 2000, *Corsten*, aff. C-58/98, Rec. p. I-7919, att. 47 et CJCE, 11 décembre 2003, *Schnitzer*, aff. C-215/01, Rec. p. I-14847, att. 37.

¹⁴⁴ *Schnitzer*, att. 37.

¹⁴⁵ Les limites de la jurisprudence de la Cour concernant les exigences administratives se trouvent dans l'affaire CJCE, 12 octobre 2004, *Wolff & Müller*, aff. C-60/03, Rec. I-9553, où la Cour a jugé compatible avec l'article 49 CE la législation allemande qui tenait les sociétés de construction co-responsables avec les sous contractants, au personnel de ces sous contractants ; cette législation tout en compliquant la prestation des services en Allemagne offrait des garanties supplémentaires pour les travailleurs.

b) Sur le plan des salaires minimaux, là aussi la Cour s'est départie d'une application rigide des règles du pays d'accueil. Dans l'affaire *Mazzoleni*¹⁴⁶, la question se posait de savoir si le personnel de sécurité privée français, occasionnellement employé en Belgique, devait être payé selon les tarifs plus élevés applicables en Belgique. La Cour rappela qu'en principe ce sont les règles du pays d'accueil qui doivent s'appliquer, pour préciser immédiatement après que, dans certaines circonstances, « l'application de telles règles ne serait ni *nécessaire* ni *proportionnée* »¹⁴⁷. Les autorités de l'Etat d'accueil doivent s'assurer que la législation nationale satisfait deux tests : a) Test de nécessité : « si tous les travailleurs concernés bénéficient d'une situation équivalente dans son ensemble au regard des rémunérations, de la fiscalité et des charges sociales dans l'Etat membre d'accueil et dans l'Etat membre d'établissement »¹⁴⁸ et b) Test de proportionnalité: si l' « application des règles nationales de l'Etat membre d'accueil relatives aux salaires minimaux aux prestataires de services établis dans une région d'un autre Etat membre frontalière de l'Etat membre d'accueil peut entraîner, d'une part, des *charges administratives supplémentaires disproportionnées* comportant, le cas échéant, le calcul, heure par heure, de la rémunération appropriée de chaque salarié selon qu'il a ou non, au cours de son travail, franchi la frontière d'un autre Etat membre et, d'autre part, le paiement de différents niveaux de salaires aux salariés, tous rattachés à la même base d'opérations, qui effectuent un travail identique ».¹⁴⁹ Ainsi, pour la première fois, la Cour s'est départie du sacro-saint principe de respect absolu du salaire minimal de l'Etat d'accueil. Certes, ce jugement peut paraître isolé et marqué par le caractère frontalier de l'activité en question (travailleurs français se déplaçant occasionnellement sur le territoire belge). Pourtant, quelques mois plus tard, la Cour a repris le même raisonnement dans une affaire *Portugaia Construcoes*, une espèce qui n'avait rien de particulier (situation frontalière ou autre élément qui justifierait un traitement spécifique)¹⁵⁰. Elle a jugé que l'application entière de la convention collective allemande à une société de construction portugaise pourrait violer l'article 49 CE, surtout si elle ne conférait pas aux travailleurs « un avantage réel qui contribue, de *manière significative*, à leur protection sociale »¹⁵¹. A la lecture de ces deux arrêts, l'application automatique du salaire minimal du pays d'accueil n'est plus à l'ordre du jour. En revanche, les autorités et juridictions nationales sont sensées examiner le type de travail, le régime fiscal et autres redevances/ bénéfiques dont bénéficient les travailleurs¹⁵², pour apprécier ensuite si l'application de la législation du pays d'accueil a) ne représente pas une « charge administrative supplémentaire disproportionnée » pour l'employeur¹⁵³ et b) si elle améliore « de manière significative » la situation des travailleurs. En d'autres termes, non seulement le bénéfice pour les travailleurs doit être « significatif », mais encore doit-il être mis en balance avec les intérêts de l'employeur qui ne doivent pas être affectés de manière disproportionnée (!).

c) Cette nécessité de mettre en balance, d'une part, les intérêts des travailleurs et, d'autre part, ceux du prestataire de services, était exprimée avec encore plus de clarté dans l'affaire *Finalarte*¹⁵⁴, relative à la participation à des charges de sécurité sociale. En l'occurrence la question s'était posée de savoir si des prestataires établis au Portugal et au Royaume Uni, mais dont le personnel était détaché en Allemagne, devaient cotiser à des caisses de congés payés dans ce pays. La Cour réitère l'idée que toute restriction à la libre prestation de services doit « contribuer de manière significative à la protection sociale des travailleurs »¹⁵⁵ et donne des critères bien précis – et assez restrictifs – pour apprécier si tel est réellement le cas. Elle fait ensuite un pas supplémentaire en disant que, pour évaluer si la prestation ainsi imposée est proportionnelle au but poursuivi, « devraient être mis en balance, d'une part, les charges administratives et économiques qui s'imposent aux prestataires de services en vertu de cette réglementation et, d'autre part, le surcroît de protection sociale qu'elle confère aux

¹⁴⁶ *Mazzoleni*, précit. n. 125.

¹⁴⁷ *Mazzoleni*, att 30, souligné par nous.

¹⁴⁸ *Ibid.*, att. 35.

¹⁴⁹ *Ibid.*, para 36.

¹⁵⁰ CJCE, 24 janvier 2002, *Portugaia Construções*, aff. C-164/99, Rec. p. I-787.

¹⁵¹ *Ibid* att. 29.

¹⁵² *Mazzoleni*, précit.

¹⁵³ *Mazzoleni*, cite ci-dessus.

¹⁵⁴ CJCE, 25 octobre 2001, *Finalarte*, affaires jointes C-49/98, C-50/98, C-52/98 à C-54/98 et C-68/98 à C-71/98, Rec. p. I-7831.

¹⁵⁵ *Ibid*, att. 42.

travailleurs »¹⁵⁶. Elle institue ainsi un contrôle de proportionnalité « externe », où la mesure examinée n'est pas mise en balance avec d'autres mesures moins restrictives qui pourraient atteindre le même intérêt, mais où les intérêts eux-mêmes sont directement mise en concurrence ouverte.

L'ensemble de la jurisprudence de la Cour montre bien que, si les risques de dumping social liés au détachement des travailleurs sont réels, ils ne sont pas pour autant liés à la proposition de Directive. Il est vrai que, sous certains aspects, la proposition de Directive allait plus loin que la jurisprudence de la Cour, notamment en prévoyant une interdiction absolue de tout système d'autorisation, enregistrement préalable, etc... auprès des autorités de l'Etat d'accueil. Il est aussi vrai, toutefois, que, par le biais de la coopération administrative et de l'échange d'informations qui résulteraient de la mise en œuvre de la Directive, le respect des législations sociales des Etats membres pourrait être mieux assuré.

Le jour de la publication de la proposition modifiée de Directive, dont les articles 24 et 25 avaient été éliminés, la Commission publia un document COM « Orientations de la Commission concernant le détachement des travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services » ensemble avec un rapport de ses services sur la mise en œuvre de la directive 96/71/CE¹⁵⁷. Dans ces documents, la Commission poursuit globalement les mêmes objectifs qu'avec les articles 24 et 25 de la proposition de Directive, si ce n'est que les formules ne sont pas toutes aussi absolues (pour ne pas susciter autant de réactions) et qu'il ne s'agit pas des règles obligatoires, mais d'un « droit mou » (soft law). Dans ces conditions, l'exclusion du domaine de la Directive des dispositions sur les travailleurs détachés peut être qualifiée de vaine et malheureuse victoire des spéculations politiques sur les finalités juridiques et économiques.

3. Une directive avec une valeur ajoutée certaine

En dépit de ces défauts, la Directive n'est pas dépourvue d'intérêt normatif, et ceci à la fois du point de vue de ses apports substantiels à la libre prestation des services (3.1) et du point de vue de ses apports procéduraux (3.2).

3.1. Apports substantiels

3.1.1. La suppression systématique de restrictions typiques

3.1.1.1. Des procédures simplifiées pour l'établissement des prestataires des services

L'un des apports les plus substantiels de la Directive – et le moins mis en valeur par la doctrine – a trait à la simplification considérable des modalités d'établissement des prestataires de services, prévue dans le Chapitre III (articles 9 à 15 de la Directive). En effet, la Directive est la première pièce de droit dérivé, de nature horizontale, qui se détache de la notion juridique artificielle des services contenue dans l'article 50 CE, pour traiter des services dans le sens économique du terme. Ceci constitue, à notre sens, l'apport le plus important de la Directive, tant d'un point de vue normatif, puisque la notion communautaire de « services » rejoint, enfin, la notion économique de ce même terme (3.1.1.1.1), que d'un point de vue substantiel, puisque les règles contenues dans les articles susmentionnés améliorent nettement le sort des prestataires établis dans un autre Etat membre (3.1.1.1.2).

- Ralliant les règles aux réalités : le concept économique des services

L'article 50 CE définit les services comme « les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes ». Il s'agit d'une définition empirique, élaborée à une époque où l'on comprenait mal ce que recouvrait la notion de commerce international des services, dans le but de soumettre à l'application du Traité toute activité économique qui ne tombe dans une des catégories d'échanges plus connues. Cette définition, toujours en vigueur, est problématique à plus d'un titre. Au titre de la qualité de la norme, elle est déficiente parce qu'elle classe comme subsidiaire une catégorie d'activités qui

¹⁵⁶ *Ibid*, att. 50.

¹⁵⁷ COM (2006) 159 final, 4 avril 2006 et, de la même date, SEC (2006) 439.

est pourtant au cœur de l'activité économique. La règle ainsi posée ne correspond pas à la réalité sociale et économique qu'elle vise à régir. Au titre de la cohérence de la norme, ensuite, la définition de l'article 50 crée une notion de « service » qui se distingue de cette même notion entendue dans tout autre contexte : en effet, la notion communautaire ne prend pas seulement en compte la nature économique de l'activité en question, mais aussi sa durée, sa périodicité, sa régularité, etc...¹⁵⁸. Cette spécificité complique l'appréhension du phénomène des échanges de services, puisque toutes les données recueillies dans d'autres contextes correspondent à une réalité différente de celle visée par le droit communautaire, et génère elle-même une autre irrégularité. Au titre de l'application de la norme enfin, lorsque la qualification juridique d'une même activité économique varie dans le temps et peut être qualifiée tantôt de service tantôt d'établissement, se pose avec acuité la question des critères de qualification. Ceci d'autant plus que, selon la jurisprudence de la Cour, les services et l'établissement sont soumis à des règles différentes, la catégorie « services » étant plus favorable pour le prestataire.

Dans la jurisprudence de la Cour la question de la délimitation entre les services et l'établissement n'est pas nouvelle et l'on peut distinguer trois phases successives dans les critères employés. La première phase, marquée par l'arrêt *Commission c/ Allemagne, assurances*¹⁵⁹, mettait l'accent sur l'existence d'une infrastructure stable, qu'elle considérait comme une indication d'un établissement. La deuxième phase, solennellement annoncée par l'arrêt *Gebhard*¹⁶⁰, s'affranchissait du critère de l'infrastructure (considérée désormais comme compatible avec la notion de service) pour retenir un autre critère, centré sur la durée, la périodicité, la régularité, etc... de la prestation. S'appuyant sur ces conditions, dont elle fait une lecture volontariste, la Cour avance actuellement une troisième génération des critères de délimitation, basée cette fois-ci sur la nature économique de l'activité. Ainsi, dans l'affaire *Schnitzer*¹⁶¹, la Cour accepta qu'une société de construction portugaise travaillant sur un chantier en Allemagne depuis plus que trois ans puisse se prévaloir des dispositions sur les services à propos d'une exigence d'enregistrement: « la notion de 'service' au sens du traité peut couvrir des services de nature très différente, y compris des services dont la prestation s'étend sur une période prolongée, voire sur plusieurs années »¹⁶². La Cour a jugé que l'exigence d'enregistrement pouvait être tenue en échec « non seulement pour des prestataires qui n'ont l'intention de fournir des services dans l'État membre d'accueil qu'à titre occasionnel, voire une seule fois, mais également pour des prestataires qui fournissent ou qui désirent fournir des services de manière *répétée* ou de façon plus ou moins *régulière* »¹⁶³. Ainsi, la Cour semble abandonner l'idée que la périodicité et la régularité d'une prestation amènent l'applicabilité automatique des règles sur l'établissement, en faveur d'une analyse économique de l'activité. Cette approche se trouve confirmée par l'arrêt de la Cour rendu dans l'affaire *Commission c/ Portugal, sécurité privée*¹⁶⁴, où la Cour admet qu'une réglementation s'appliquant aux sociétés de sécurité privée opérant sur le territoire portugais pour une période excédant un an puisse relever de l'article 49 CE. Et la Cour d'ajouter qu'« aucune disposition du traité ne permet de déterminer, de manière abstraite, la durée ou la fréquence à partir de laquelle la fourniture d'un service ou d'un certain type de services dans un autre État membre ne peut plus être considérée comme une prestation de services au sens du traité »¹⁶⁵.

Cette même logique prévaut, et ceci de manière explicite, dans la Directive. En effet, pour la première fois dans un texte horizontal concernant les services, un Chapitre entier concerne des situations qui, selon le test traditionnel pour la mise en œuvre de l'article 50 CE, seraient traitées d'établissement et seraient régies par des règles différentes. Ceci explique, par ailleurs, que la Directive ne se fonde pas exclusivement sur l'article 55 CE sur les services, mais aussi sur l'article 47, sur la liberté d'établissement.

¹⁵⁸ Selon les critères bien connus de l'arrêt CJCE, 30 novembre 1995, *Gebhard*, aff. C-55/94, Rec. p. I-4165.

¹⁵⁹ CJCE, 4 décembre 1986, *Commission c/ Allemagne e.a., co-assurance*, aff. 220/83, 252/83, 205/84 et 206/84, Rec. p. 3663, 3713, 3755 et 3817 respectivement.

¹⁶⁰ Précit.

¹⁶¹ *Schnitzer*, précit. n. 143.

¹⁶² *Ibid*, att. 30. V. aussi pour une expression de cette même idée, mais de manière implicite, CJCE, 13 février 2003, *Commission c/ Italy, agents en brevets*, aff. C-131/01, Rec. p. I-1659.

¹⁶³ Arrêt *Schnitzer* att. 38.

¹⁶⁴ *Supra* n. 125.

¹⁶⁵ *Commission c/ Portugal, sécurités privées*, précit. n. 125 att. 26.

- Le sort des prestataires établis

Les articles 9 à 15 (Chapitre III) de la Directive reconnaissent une série de droits aux prestataires qui s'établissent dans d'autres Etats membres. Ainsi, tout en maintenant la différence entre les services qui ne requièrent aucun déplacement des personnes ou qui sont offerts à titre occasionnel (Chapitre IV) et les services offerts par des personnes établies sur le territoire d'un autre Etat membre (Chapitre III), la Directive opère un rapprochement entre ces deux catégories.

Selon l'approche de la Cour en matière de prestations de services, « un Etat membre ne peut subordonner la réalisation de la prestation de services sur son territoire à l'observation de toutes les conditions requises pour un établissement »¹⁶⁶. En revanche, en matière d'établissement la condition de départ est celle de l'application entière de la réglementation de l'Etat d'accueil. La charge ainsi imposée aux personnes s'établissant dans d'autres Etats membres est nuancée par l'adoption des textes sectoriels du droit dérivé (telle la Directive 2005/36 pour les qualification et l'expérience professionnelle) et par l'application des principes d'équivalence et de reconnaissance mutuelle, de manière cependant moins drastique que pour la libre prestation des services. Au fil des ans et de manière casuistique, la Cour a développé une série des principes limitant le pouvoir discrétionnaire des autorités des Etats membres vis-à-vis des personnes désirant s'établir sur leur territoire.

Pour la première fois, le Chapitre III de la Directive dresse l'inventaire de ces principes, les systématiser et en généraliser la portée. Il codifie ainsi la jurisprudence de la Cour, tout en lui apportant une valeur ajoutée certaine. Premièrement, l'inscription desdits principes dans le texte d'une directive – et leur transcription en droit national – supprime leur caractère casuistique et les rend plus facilement invocables par les particuliers mais également plus abordables par les fonctionnaires des administrations nationales. Deuxièmement, l'aspect réactif (application *ex post*) des principes énoncés par la Cour prend désormais un tour proactif (application *ex ante*), dans la mesure où les Etats, pour se conformer à la Directive, devront d'emblée supprimer et/ou adapter une série d'obstacles à la liberté d'établissement. Troisièmement, le texte de la Directive va au-delà des simples principes et fournit des détails pratiques pour leur mise en œuvre, chose que la Cour ne peut faire qu'à titre exceptionnel. Quatrièmement, le pouvoir discrétionnaire des Etats membres se trouve circonscrit, dans la mesure où ils doivent rapporter à leurs pairs (les autres Etats) et à la Commission, conformément à la procédure de l'article 39 de la Directive, les mesures introduites/maintenues qui affectent la liberté d'établissement, ainsi que les raisons qui les justifient.

En particulier, le Chapitre III de la Directive est constitué de deux Sections, la première visant à encadrer les procédures d'autorisation auxquelles peuvent être soumis les prestataires en provenance d'autres Etats membres et la seconde, soumettant au scrutin les autres exigences restrictives couramment imposées par les Etats.

En ce qui concerne les autorisations, les articles 9 et 10 réitèrent les principes maintes fois rappelés par la Cour : un régime d'autorisation ne peut être imposé que s'il est non discriminatoire, justifié par une raison d'intérêt général et proportionnel à celle-ci¹⁶⁷ (article 9) ; les conditions pour l'octroi de l'autorisation doivent elles-mêmes revêtir ces caractéristiques (être non discriminatoires, nécessaires et proportionnelles), tout en étant objectives, claires, non ambiguës, connues à l'avance, etc. (article 10). De manière plus intéressante, l'article 11 de la Directive prévoit que la durée de l'autorisation doit, sous certaines réserves, être illimitée et valable sur l'ensemble du territoire national, alors que l'article 12 stipule que « lorsque le nombre d'autorisations disponibles ... est limité ... les Etats membres appliquent une procédure de sélection entre les candidats potentiels qui prévoit toutes les garanties d'impartialité et de transparence, notamment la publicité adéquate ». Enfin, l'article 13 prévoit que « les procédures d'autorisation ne doivent pas être dissuasives ni compliquer ou retarder indûment la prestation du service » et qu'elles doivent être susceptibles de recours. Chacun de ces éléments trouve sa source dans la jurisprudence de la Cour, mais la Directive a le mérite de les recenser et d'en généraliser la portée. Ainsi, par exemple, la procédure de « mise en concours » pour la distribution des autorisations « rares », trouve sa source

¹⁶⁶ CJCE, 25 juillet 1991, *Säger*, aff. C-76/90, Rec. p. I-4221, att. 13.

¹⁶⁷ V. la quasi-totalité des arrêts concernant les services de gardiennage et de sécurité privée, cités ci-dessus à la n. 125 ainsi que les arrêts concernant les soins de santé, cités ci-dessus aux notes 97 et s.

d'inspiration dans la législation sectorielle des marchés de réseau et dans la jurisprudence de la Cour concernant l'attribution des marchés publics qui échappent au champ d'application des directives « marchés publics »¹⁶⁸. La première affaire où la Cour a posé l'exigence de mise en concours – et ceci avec précaution – concerne une espèce qui ne tombait dans l'une des deux catégories susmentionnées (libéralisation des entreprises de réseau/ marchés publics) et qui est postérieure à la date d'adoption de la Directive. Il s'agit de l'affaire *Placanica*¹⁶⁹. Depuis la date de l'entrée en vigueur de la Directive, cette exigence a pris une portée générale. Ainsi, l'obligation de traiter toute demande d'autorisation dans un délai raisonnable déterminé à l'avance – ne pouvant être prorogé qu'exceptionnellement pour une seule fois (article 13§3) –, tout comme l'obligation d'émettre un accusé de réception assez précis pour chaque demande d'autorisation (article 13§5), sont des exigences sans précédent.

La valeur ajoutée de la deuxième Section du Chapitre III de la Directive consiste principalement à obliger les Etats à agir en faveur du droit d'établissement des ressortissants des autres Etats membres. Ainsi, l'article 14 prévoit une série des mesures « interdites », directement issues de la jurisprudence de la Cour. Cependant, ceci ne signifie pas que leur énumération dans une disposition de la Directive est redondante. En effet, les Etats membres sont obligés d'abolir toutes les mesures restrictives de leur législation. Les prestataires désirant s'établir dans un autre Etat membre bénéficieront ainsi d'un dispositif réglementaire plus favorable au déploiement de leur activité que celui qui existait avant l'adoption de la Directive.

De même, l'article 15 prévoit une longue série d'exigences à évaluer selon la procédure de l'article 39 de la Directive. Si les Etats décident de maintenir certaines des mesures visées par l'article 15, ils doivent donc se justifier auprès de leurs pairs et de la Commission, alors que la Commission a le droit d'intervenir par voie de décision et demander individuellement à chaque Etat de retirer telle ou telle mesure. La Directive limite ainsi considérablement la discrétion des Etats membres, dans un domaine où ils sont traditionnellement censés être les seuls maîtres.

3.1.1.2. Amélioration du sort des destinataires de services

La Directive innove aussi, par rapport à d'autres textes concernant la libre prestation des services, en ce qu'elle contient une Section – courte, il est vrai – consacrée aux destinataires de services. Cette Section consiste en deux articles qui interdisent certaines restrictions et autres mesures discriminatoires et en un troisième article intitulé « Assistance aux destinataires », qui vise positivement à encourager la demande des services transfrontaliers.

- Les interdictions

L'article 19 interdit à l'Etat d'origine du destinataire de restreindre la « sortie » de ce dernier vers les marchés des services des autres Etats membres. A cet égard, est interdite toute exigence d'autorisation ou de déclaration. Sont également interdites les limites à l'aide financière dont pourrait bénéficier le destinataire, liés au fait que la prestation dépasse le cadre national. L'énumération des pratiques interdites est indicative et non exhaustive. Il ne fait aucun doute que cette disposition de la Directive puise son contenu directement dans la jurisprudence de la Cour concernant les soins de santé¹⁷⁰. En effet, dans *Kohll* et *Smits/Peerbooms*, et constamment depuis, il a été jugé que l'exigence d'une autorisation préalable comme condition pour recevoir des soins dans un autre Etat membre viole, a priori, l'article 49 CE. Dans ces mêmes arrêts et dans *Vanbraekel*, il a également été jugé que, pour des soins reçus dans d'autres Etats membres, le destinataire a le droit de recevoir le même remboursement qu'il aurait reçu s'il était resté dans son propre pays.

L'article 20, quant à lui, semble avoir comme sujet principal l'Etat dans lequel la prestation est fournie – bien que la généralité de ses termes n'exclut pas qu'il soit aussi invoqué à l'encontre de l'Etat d'origine du prestataire. Le but de cette disposition est d'assurer que ni les réglementations étatiques, ni les conditions de prestation imposées par les prestataires, ne discriminent les destinataires de services des autres Etats membres. Cette disposition

¹⁶⁸ *Nord Pas de Calais, Coname et Parking Brixen*, tous précités n. 124.

¹⁶⁹ CJCE, 6 mars 2007, *Placanica*, aff. C-338/04 nep.

¹⁷⁰ Sur ce point v. *supra* 2.2.2.2.

semble s'inspirer de la jurisprudence de la Cour dans les affaires récentes dites « de la citoyenneté », notamment les arrêts *Trojani*, *Collins* et *Bidar*¹⁷¹.

L'inclusion des articles 19 et 20 dans la Directive est importante pour au moins deux raisons. D'une part, les auteurs de la Directive ont isolé les principes découlant des arrêts de la Cour, tout en laissant de côté les raisons qui ont pu justifier, aux yeux de la Cour, les mesures contestées, ne serait-ce que partiellement ou de façon conditionnelle. D'autre part, et de manière plus importante, les articles 19 et 20 de la Directive ne semblent pas exclure de leur domaine d'application les services d'intérêt économique général. Sous cette perspective, l'apport des articles 19 et 20 de la Directive a de fortes chances d'être considérable.

- L'encouragement

L'article 21 de la Directive vise à favoriser la mobilité des destinataires de services en facilitant leur accès à l'information concernant les services offerts dans les territoires ou par des prestataires établis dans des autres Etats membres. Ceci doit être fait dans l'Etat d'origine de chaque destinataire, par des moyens électroniques accessibles à distance, par des points de contact et, le cas échéant, par le biais d'un guide simple. Les informations offertes visent non seulement à informer, mais aussi à bâtir la confiance des destinataires de services à l'égard des prestataires des autres Etats membres. A cet égard, cette disposition de la Directive marque le point de liaison avec la politique de « qualité des services » qui occupe le Chapitre V de la Directive¹⁷².

3.1.2. Harmonisation et autorégulation coordonnée

3.1.2.1. Harmonisation marginale

Tous les commentateurs s'accordent à considérer que la Directive comporte quelques dispositions d'harmonisation de portée extrêmement limitée (3.1.2.1.1). Ce constat devrait toutefois être fait en tenant compte de l'effet harmonisateur à terme qu'aura la Directive (3.1.2.1.2).

- Harmonisation immédiate

L'harmonisation prévue par le projet initial de Directive était le complément nécessaire du PPO et visait à assurer que les consommateurs ne souffrent pas du fait de la modification des structures d'autorisation et de contrôle des activités de service. Après l'abandon du PPO, les quelques dispositions ouvertement harmonisatrices de la Directive ont cessé d'être indispensables mais continuent à contribuer à la protection des consommateurs. Outre ces dispositions qui furent élaborées en faveur des destinataires de services et qui apportent une harmonisation substantielle des conditions et des garanties offertes, d'autres dispositions de la Directive, déjà examinées, aboutissent aussi à une harmonisation d'ordre procédural, au profit des prestataires.

a) Harmonisation substantielle au bénéfice des destinataires de services.

Le Chapitre V de la Directive, intitulé « Qualité des services » compte six longs articles au contenu souvent alternatif ou facultatif. Malgré la longueur du texte, le niveau d'harmonisation atteint par ce Chapitre demeure marginal.

L'article 22 prévoit deux longues listes d'informations que les prestataires doivent fournir sur leurs services. La première liste, dont le contenu est grandement inspiré par (et donc fera souvent double emploi avec) les Directives 85/577/CE sur les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux et 97/7/CE, contient des informations obligatoires¹⁷³. La

¹⁷¹ CJCE, 7 septembre 2004, *Trojani*, aff. C-456/02, Rec. p. I-7573 ; CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, aff. C-138/02, Rec. p. I-2703 ; CJCE, 15 mars 2005, *Bidar*, aff. C-209/03, Rec. p. I-2119 ; v. en général sur la « sensibilité sociale » de la Cour, V. HATZOPOULOS, « A (more) social Europe: A political crossroad or a legal one-way? Dialogues between Luxembourg and Lisbon » (2005) *CMLREV.* p. 1599-1635.

¹⁷² Sur ce point v. ci-dessus 3.1.1.2.

¹⁷³ Directive 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, JOCE n° L 372, du 31 décembre 1985, p. 31-33 ; Directive 97/7/CE du PE et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JOCE n° L 144, du 4 juin 1997, p. 19-27, telle que modifiée par les Directives 2002/65/CE et 2005/29/CE.

seconde liste vise des informations qui doivent être communiquées aux destinataires, à leur demande. L'article 23 autorise les Etats membres à exiger des garanties professionnelles, tout en encadrant cette faculté. L'article 24 interdit les prohibitions totales de publicité des professions réglementées, alors que l'article 25 autorise les formations offrant des activités pluridisciplinaires. Pour être conformes à la jurisprudence de la Cour, ces deux règles sont soumises à des exceptions liées au respect des règles professionnelles et de déontologie¹⁷⁴. L'article 26 prévoit l'encouragement des politiques de qualité volontaires, notamment sous forme de certification, d'évaluation, d'élaboration des chartes de qualité et de labels. Enfin, l'article 27 oblige les Etats membres à faciliter le règlement extrajudiciaire des différends entre les prestataires et les destinataires.

Il est vrai que tous ces éléments soumis à harmonisation ne portent que sur la périphérie de la prestation des services. Ils correspondent, cependant, à une des failles identifiées par la Commission : un des obstacles au développement des échanges de services, à savoir, le manque d'information et de confiance pour les services offerts outre frontière. Ils créent par la même, un ensemble des règles minimales favorables aux consommateurs.

b) Harmonisation procédurale au bénéfice des prestataires de services

Le fait que la Directive n'harmonise ouvertement que certains (très peu nombreux) aspects substantiels de la prestation de services ne devrait pas occulter le fait que, dans la pratique, elle a un effet harmonisateur considérable sur les procédures afférentes. En effet, tout le Chapitre II de la Directive, intitulé « simplification administrative » poursuit l'objectif de simplifier et d'uniformiser les formalités, documents, procédures, etc... qui conditionnent la prestation des services. Ainsi est-il prévu la mise en place des guichets uniques avec fonctions déterminées (article 6), l'utilisation des formulaires harmonisés (article 5§2), la mise à disposition d'informations prédéterminées (article 7), etc. Le contenu précis de ce Chapitre sera présenté ci-après, mais il est évident que dans leur ensemble, les dispositions concernées, aboutissent à une harmonisation des procédures liées à l'accès et à l'exercice des activités de services dans l'ensemble du territoire communautaire, qui pourrait ressembler à une sorte de *vade mecum* des procédures nécessaires pour entamer des activités de services dans les autres Etats membres.

- Harmonisation à terme

Toutes les dispositions de la Directive qui prévoient l'abolition des mesures nationales restrictives (articles 14 et 15 pour l'établissement, article 16 pour les services), comme celles relatives aux conditions de délivrance des autorisations (articles 9 à 13) ont un effet harmonisateur à terme. En premier lieu, tous les Etats membres sont obligés d'abolir les mesures qui sont contraires aux règles ainsi énoncées. En second lieu, les règles prévues par la Directive, sur ce qui est permis, sous quelles conditions, etc... sont souvent tellement détaillées qu'elles laissent très peu de marge de manœuvre aux Etats qui désirent remplacer leurs mesures restrictives par d'autres mesures plus respectueuses de la Directive. Ainsi, en mettant en œuvre les dispositions d'intégration négative de la Directive, les Etats seront amenés, dans les faits, à une harmonisation de leur législation.

3.1.2.2. Codes de conduite et autre moyens d'autorégulation

La Directive « harmonise » aussi par la voie de l'encouragement à la mise en place de systèmes d'évaluation et de certification et par l'élaboration de labels et de normes européennes volontaires (article 26). Surtout, la Directive propose la mise en place de codes de conduite communautaires (article 37) tout en insistant sur leur utilisation, comme le souligne la référence qui y est faite dans cinq considérants au moins et trois articles de la Directive, sans compter l'article 37.

Il est vrai que, techniquement, il n'est pas correct de parler d'harmonisation alors qu'il s'agit d'instruments dont a) le contenu normatif n'est point déterminé par le législateur mais par le participants au marché et b) l'intensité normative est presque nulle, puisqu'il s'agit d'instruments de « droit mou » (soft law). Cependant, les études montrent que le « droit mou » est souvent tout aussi contraignant que les règles obligatoires et que, sous certaines

¹⁷⁴ Rejoignant par là la jurisprudence de la Cour dans nombre d'affaires, notamment les arrêts *Gebhard*, précit. et, surtout, l'arrêt CJCE, 19 février 2002, *Wouters*, aff. C-309/99, Rec. p. I-1577.

conditions, il assure un niveau d'exécution (*compliance*) plus élevé¹⁷⁵. Par ailleurs, l'expérience communautaire d'harmonisation selon la « nouvelle approche », fondée en grande partie sur des normes non obligatoires est plutôt positive. L'autorégulation a aussi fait ses preuves dans la libéralisation des services des industries de réseaux.

Comme il sera expliqué dans la section qui suit, la Directive ne traduit aucune défiance à l'encontre des méthodes modernes – tout au contraire. Ainsi, le renvoi aux normes, à l'autorégulation et aux codes de conduite communautaires ne paraît guère surprenant. Techniquement, il s'agit là d'alternatives à l'harmonisation, mais qui servent des objectifs parallèles.

3.1.3. L'harmonisation plus poussée à venir

Enfin, dans la thématique de l'harmonisation, il convient encore de signaler le potentiel d'harmonisation à venir directement créée par la Directive. Ce potentiel est exprimé de deux manières.

Premièrement, la Directive contient deux clauses de rendez-vous. La première concerne de manière spécifique certaines activités (dont le nombre a singulièrement diminué pendant la procédure de codécision, article 38), à savoir les activités de recouvrement judiciaire de dettes ainsi que les services de sécurité privée et de transport de fonds et d'objets de valeur. Ce rendez-vous est fixé à 2010.

La deuxième clause de rendez-vous est assise sur une procédure assez élaborée d'évaluation cyclique de la Directive (article 39), laquelle est complétée par une « clause de réexamen » (article 41) qui permet à la Commission d'étudier « l'opportunité de mesures supplémentaires concernant les questions qui sont exclues du champ d'application de la présente directive ». Le premier rendez-vous de ce type est prévu pour 2011 et la procédure devrait se répéter tous les trois ans.

Deuxièmement, la Directive dans sa forme actuelle contient une série des « crochets » d'harmonisation qui permettent à la Commission, selon la procédure de comité de l'article 40 de la Directive, d'introduire des mesures d'harmonisation supplémentaires. A cet égard, il y a des mesures que la Commission est obligée de prendre et d'autres pour lesquelles il ne s'agit que d'une simple faculté. Dans la première catégorie tombe, notamment, l'obligation pour la Commission d'adopter des mesures concernant l'interopérabilité des systèmes d'information électroniques que les Etats devront mettre en place (articles 8§3 et 21§4). Dans la seconde catégorie, la Commission peut établir des formulaires harmonisés équivalents aux différents certificats, attestations et autres documents que les prestataires doivent fournir aux autorités des Etats membres (article 5§2), ou des listes des services qui exigent le dépôt d'une garantie professionnelle (article 23§4). Il est évident que toutes ces mesures susceptibles d'être adoptées par la Commission sont d'importance secondaire.

3.2. Apports procéduraux

Si la Directive est généralement pauvre du point de vue de son contenu substantiel, le contraire est vrai en ce qui concerne ses arrangements procéduraux. De ce dernier point de vue, la Directive forme un texte moderne et dynamique, imprégné des tendances législatives et de gouvernance actuelles et représentatif d'un nouveau style rédactionnel législatif. A nouveau, l'originalité de la Directive ne consiste pas tant en l'élaboration de méthodes nouvelles. Elle réside davantage dans l'emploi conjoint de différentes méthodes flexibles et participatives, tantôt pour la réalisation de ses objectifs (3.2.1) tantôt pour assurer sa propre efficacité et sa révision périodique (3.2.2).

3.2.1. Arrangements procéduraux pour la réalisation de la libre prestation des services

3.2.1.1. Simplification administrative

¹⁷⁵ V. entre autres, pour une analyse classique, F. SNYDER, « Soft law and Institutional practice in the EC », dans S. Martin (ed) *The Construction of Europe, Essays in Honour of Emile Noel* (1994) Kluwer, Dordrecht, p. 197-225, et plus récemment, D. TRUBEK, P. CORTELL & M. NANCE, « Soft Law, Hard law and European Integration: Toward a Theory of Hybridity », (2/05) Jean Monnet Working Paper, et de manière plus exhaustive L. SENDEN, *Soft Law in EC Law* (2004) Hart, Oxford/Portland.

La Directive met l'accent sur la simplification des procédures administratives. Ceci peut facilement être vérifié à la seule observation de sa structure: le deuxième Chapitre de la Directive – le premier à contenir des dispositions substantielles après le Chapitre introductif – porte le titre « simplification administrative ». Le contenu de ce Chapitre est assez original pour un texte de droit dérivé à caractère obligatoire.

En effet, la Commission travaille depuis longtemps – et de manière systématique depuis l'inauguration de la stratégie de Lisbonne en 2000 – sur la question de la simplification administrative. Elle a lancé différentes initiatives de « benchmarking » pour tester l'efficacité des administrations nationales, elle a défini différentes séries d'indicateurs pour l'évaluation des diverses procédures etc. La Commission elle-même s'est largement fondée sur les travaux entrepris déjà depuis les années 90 au sein de l'OCDE concernant la réforme réglementaire et la réduction des formalités administratives et auxquelles la Commission a elle-même participé¹⁷⁶. A ce jour, cependant, les résultats de ces travaux de la Commission sont restés « ésoériques », prenant la forme de simples documents de travail, rapports internes, et autres recommandations¹⁷⁷. Ce n'est qu'à partir de 2007 que la Commission a lancé le Programme d'action pour la réduction des charges administratives, connu aussi sous le nom « CUT 25% » et dont le but est, comme son nom l'indique, de réduire la charge administrative de 25% d'ici à 2012¹⁷⁸. Dans le cadre de ce programme, la Commission a proposé pour la première fois des textes visant à réduire les charges administratives dans des domaines précis, en janvier 2007.

Dans ces conditions, la Directive constitue la première occasion pour le législateur communautaire d'adopter un texte de droit positif de portée générale qui vise la simplification administrative. Le deuxième Chapitre de la Directive contient quatre séries des règles.

L'article 5 impose aux Etats d'évaluer leurs propres procédures et formalités, liées à l'accès et à l'exercice des activités de services, et de les simplifier si cela s'avère nécessaire. Deux remarques s'imposent à propos de cette « obligation ». D'une part, il s'agit d'une « obligation » qui n'aurait aucun sens si les Etats ne disposaient pas eux-mêmes de l'expérience et des outils nécessaires pour procéder à ladite évaluation. Deuxièmement, l'« obligation » de l'article 5 n'en est pas vraiment une, du moins au sens juridique du terme, puisque c'est aux Etats membres eux-mêmes qu'il incombe d'apprécier si les diverses procédures sont « suffisamment » simples. Le manque de précision du critère « suffisant » comme condition de l'obligation des Etats membres, la discrétion dont jouissent ces derniers, l'absence de mesures coercitives, voire d'obligation de rendre des comptes – la procédure de l'article 39 ne couvrant pas la disposition sous examen – donnent à l'article 5 des effets essentiellement psychologiques. Cependant, l'engagement politique ainsi exprimé prend de la substance grâce à l'obligation faite aux Etats d'accepter des documents « équivalents » pour établir la preuve de diverses exigences de leurs réglementations nationales. Ces documents peuvent être fournis sous forme simplifiée (photocopies, sans traduction officielle, etc... article 5§3). Cet engagement politique pourra être encore renforcé si la Commission fait usage de son droit d'établir des formulaires harmonisés (article 5§2).

Les articles 6, 7 et 8 forment un ensemble cohérent qui pourrait révolutionner les conditions d'implantation d'un prestataire dans les autres Etats membres. L'article 6 promeut l'idée qualifiée de « meilleure pratique » dans les travaux de « benchmarking » de l'OCDE et de la Commission, celle du « one stop shop ». Il est prévu la création de guichets uniques qui auront une double fonction. D'une part, ils devront fournir une série d'informations énumérées dans l'article 7. D'autre part, et de manière plus importante, ils devront constituer les points de contact unique auprès desquels les prestataires pourront s'adresser pour accomplir toutes les procédures et formalités liées à l'accès à l'activité désirée, ainsi que pour obtenir l'autorisation d'exercice de cette même activité. Il s'agit là d'une exigence qui vise à lutter contre l'éparpillement des services administratifs des Etats et à la multitude, souvent aberrante, des documents et autres justificatifs exigés par les administrations nationales. La

¹⁷⁶ Toute une série des rapports généraux ainsi que des rapports nationaux, portant évaluation des Etats individuels sont disponibles au site web http://www.oecd.org/topic/0,3373,en_2649_37421_1_1_1_1_37421,00.html

¹⁷⁷ La Commission poursuit l'évaluation de la simplification administrative non seulement au niveau des Etats membres, mais aussi en ce qui concerne ses propres actes législatifs, v. Communication de la Commission « Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne : une stratégie de simplification de l'environnement réglementaire » COM (2005) 535 final ainsi que le premier rapport sur la mise en œuvre de cette stratégie, COM (2006) 690 final .

¹⁷⁸ COM (2007) 23 final.

création de ces guichets devrait permettre de diminuer considérablement les coûts, en termes d'information et en terme de frais d'implantation pour tous les prestataires, les petites et moyennes entreprises étant les plus favorablement concernées. Le rôle des guichets uniques est d'autant plus important depuis l'abandon du PPO, puisque, désormais, les prestataires de services sont obligés d'être au courant et de se conformer, a priori, aux exigences de l'Etat d'accueil qui ne sont pas contraires à l'article 49 CE. Ainsi, l'information et l'aide offertes par les guichets uniques pourraient, dans une certaine mesure, contrebalancer les effets économiques négatifs de l'abandon du PPO. La mise en place et le fonctionnement des guichets uniques devront être surveillés régulièrement par la Commission, car on peut craindre que la tentation d'offrir des services inadéquats sera grande. Imposer aux Etats d'investir dans des instances qui favoriseront les services en provenance des autres Etats membres ne pourra se faire en effet que sur la base d'une stricte réciprocité garantie par des contrôles réguliers. Au demeurant, les défaillances des administrations nationales sont souvent liées à des raisons sociales, d'organisation qui ne seront pas nécessairement résolues par la création et la superposition d'une nouvelle structure, celle des guichets uniques.

C'est aussi pour ces raisons et pour permettre aux prestataires de faire se préparer en connaissance de cause, que l'article 7 de la Directive prévoit que toutes les informations fournies par les guichets uniques, le cas échéant sous forme d'un guide simple, doivent aussi être « accessibles à distance et par voie électronique et mises à jour ». De même, l'article 8 prévoit que toutes les procédures et formalités doivent pouvoir être effectuées facilement, à distance et par voie électronique. Il s'agit là de donner une impulsion sans précédent au développement des plateformes d'« e-government » et de promouvoir, par la création d'obligations contraignantes (plutôt que par de simples programmes et autres actions de support), le développement de la société d'information dans les Etats de l'Union.

3.2.1.2. Coopération administrative entre autorités des EM

Contrairement au Chapitre II concernant la simplification administrative, qui a gagné en importance par l'abandon du PPO, le Chapitre VI sur la « coopération administrative », a perdu quant à lui une grande partie de son intérêt. En effet, dans le dessein du PPO, le partage des compétences entre les autorités de l'Etat d'accueil et celles de l'Etat d'origine, et les systèmes d'aide et mutuelle et de coopération, devenaient les points culminants de la Directive. Sous la constellation actuelle, où l'Etat d'accueil détient le rôle principal, ces dispositions sont désormais d'un poids secondaire.

Ceci étant, il n'est pas possible de passer sous silence neuf articles (un cinquième des dispositions) de la Directive. Ainsi, la mise en place d'« un ou plusieurs points de liaison » dans chaque Etat, responsables de l'échange d'informations et de la coopération est certainement une mesure qui facilitera la mise en œuvre de la Directive (article 28). A coté de ces points de liaison, il y aura un réseau européen des autorités des Etats membres chargées de la mise en œuvre du mécanisme d'alerte prévu par l'article 32 « lorsque des circonstances ou des faits graves et précis en rapport avec une activité de service et susceptibles de causer un préjudice grave à la santé ou à la sécurité des personnes ou à l'environnement sur son territoire ou sur le territoire d'autres Etats membres » le justifient. Le tout sera complété par un système électronique d'échange d'informations (article 34§1). Pour le reste, ce qui découle du Chapitre VI de la Directive est une délimitation assez claire des compétences respectives de l'Etat d'accueil et de l'Etat d'origine pour la supervision et le contrôle du prestataire, ainsi qu'une justification, « une base juridique », pour l'action des autorités de chaque Etat à propos de faits se déroulant dans le territoire d'un autre Etat membre.

3.2.2. Arrangements procéduraux pour s'assurer du caractère dynamique de la Directive

L'une des originalités de la Directive est de prévoir elle-même un système assez élaboré d'évaluation et de révision régulière. En effet, les articles 39 et 41 de la Directive constituent un exemple caractéristique de l'application des « nouvelles méthodes de gouvernance » dans un cadre juridique concret. Ces articles prévoient une série des rapports qui s'enchaînent et peuvent déboucher sur des propositions, y compris législatives, de la Commission (article 41). Plus précisément, les Etats doivent rendre compte à la Commission, sous la forme de

rapports, de l'exercice effectif du pouvoir discrétionnaire qui leur est laissée par certaines dispositions de la Directive (articles 9§2, 15§5 et 25§3). La Commission fait circuler ces rapports et donne aux Etats un délai de six mois pour commenter les rapports de leurs pairs. En tenant compte des rapports et des observations ainsi émis, et des observations du comité responsable de la mise en œuvre de la Directive (prévue par l'article 40), la Commission présente au Parlement et au Conseil un rapport de synthèse avec des propositions complémentaires. Dans une procédure parallèle, les Etats membres présentent aussi des rapports sur l'application de l'exception prévue à l'article 16§3 (exclusion du principe de la libre prestation des services pour des raisons d'ordre, sécurité et santé publics et protection de l'environnement) que la Commission fait également circuler à l'attention des autres Etats membres. Une fois que tous ces rapports auront pu circuler et être évalués, la Commission présentera en 2011 pour la première fois, et tous les trois ans par la suite, au Parlement et au Conseil un « rapport complet » sur l'application de la Directive « accompagné, le cas échéant, de propositions de modification de la directive en vue de l'achèvement du marché intérieur des services » (article 41).

Le fait que ce système complexe figure dans le Chapitre de la Directive intitulé « programme de convergence » plutôt que dans le Chapitre « dispositions finales » est éloquent sur les intentions de la Commission. En effet, confrontée à l'impossibilité de faire avancer sa vision du marché des services, la Commission a recours aux rapports et aux évaluations consécutifs, pour créer et maintenir un dynamisme dans ce domaine. Par la même, en orchestrant tout cet échange de documents et en se réservant le « rôle d'animateur », la Commission espère susciter des consensus dans la direction qu'elle juge appropriée. Enfin, ce système de rapports et de clauses de rendez-vous, inscrit dans la Directive, « dépolitise » toute initiative ultérieure dans ce domaine, qui pourrait aboutir à sa révision ; une révision dont seule la procédure est fixée à l'avance, mais pas ses contours.

4. Conclusion

La seconde partie de cette étude est bien plus courte que la première. Ceci tient principalement au fait que la Directive laisse beaucoup à désirer : les choses qu'elle ne fait pas sont bien plus nombreuses et bien plus importantes de celles qu'elle fait.

L'abandon du PPO a éliminé la plus grande partie de sa valeur ajoutée par rapport à la situation juridique découlant de la jurisprudence de la Cour. Ainsi, la Directive sert surtout de texte codificateur de la jurisprudence de la Cour, avec toutes les vertus et les défauts que ceci peut comporter. Cependant, dans la version finale de la Directive, les défauts semblent l'emporter ne serait-ce qu'en raison du grand nombre d'exclusions, exceptions, non affectations, etc... dont souffrent le domaine d'application propre de la Directive et les principes qu'elle énonce. Toutes ces « exceptions » portant sur des principes établis par la jurisprudence de la Cour sont source d'insécurité juridique et risquent de créer des tensions entre le législateur et le juge communautaire, comme celles déjà exprimées notamment par le Chancelier Autrichien¹⁷⁹.

Cette impression pessimiste ne devrait pas effacer complètement toutefois les apports positifs – limités il est vrai – de ce même texte. La Directive marque un effort considérable de suppression des obstacles, surtout à l'établissement des prestataires de services, de simplification administrative et de coopération entre les autorités nationales. Par ailleurs, le système des guichets uniques, des informations disponibles à distance et des procédures électroniques, pourrait compenser partiellement l'abandon du PPO. Enfin, la Directive prévoit ses propres procédures de révision, construites de manière à créer une dynamique favorable à la libre prestation de services, et elle contient des clauses rendez-vous. Il ne reste qu'à espérer que lors du premier rendez-vous, en 2011, la conjoncture politique permettra de retenir des solutions plus radicales. Mieux encore, espérons qu'alors la conjoncture économique n'en demandera pas.

¹⁷⁹ Il est rappelé qu'un jour avant le commencement de la présidence autrichienne (le 31 décembre 2005), M. Schussel dans entretien avec *Sueddeutsche Zeitung* a très ouvertement défié l'activisme de la Cour «qui a systématiquement étendu les compétences communautaires dans des domaines qui échappent décidément au droit communautaire ». Pour une présentation et un bref commentaire de cet entretien, v. BEUNDERMAN dans *EU Observer*, 3 janvier 2006.



RESEARCH PAPERS IN LAW

1/2003, Dominik Hanf et Tristan Baumé, "Vers une clarification de la répartition des compétences entre l'Union et ses Etats Membres? Une analyse du projet d'articles du Présidium de la Convention".

2/2003, Dominik Hanf, "Der Prozess der europäischen Integration in Belgien. Voraussetzung und Rahmen der Föderalisierung eines ehemaligen Einheitsstaats".

3/2003, Dominik Hanf, "Talking with the "pouvoir constituant" in times of constitutional reform: The European Court of Justice on Private Applicants' Access to Justice".

4/2003, Horst Dippel, "Conventions in Comparative Constitutional Law".

5/2003, Ludwig Krämer, "Access to Environmental Information in an Open European Society - Directive 2003/4".

6/2003, Ludwig Krämer, "Überlegungen zu Ressourceneffizienz und Recycling".

7/2003, Ludwig Krämer, "The Genesis of EC Environmental Principles".

8/2003, Takis Tridimas, "The European Court of Justice and the Draft Constitution: A Supreme Court for the Union?".

1/2004, Dominik Hanf et Pablo Dengler, "Accords d'association".

2/2004, David Mamane, "Reform der EU-Wettbewerbsregeln für Technologietransfer-Verträge: Einfahrt in den sicheren Hafen?".

3/2004, Donald Slater and Denis Waelbroeck, "Meeting Competition : Why it is not an Abuse under Article 82".

4/2004, Jacques Bourgeois and Tristan Baumé, "Decentralisation of EC Competition Law Enforcement and General Principles of Community Law".

5/2004, Rostane Mehdi, "Brèves observations sur la consécration constitutionnelle d'un droit de retrait volontaire".

- 1/2005, Jacques Pelkmans, "Subsidiarity between Law and Economics".
- 2/2005, Koen Lenaerts, "The Future Organisation of the European Courts".
- 3/2005, John A.E. Vervaele, "The Europeanisation of Criminal Law and the Criminal Law Dimension of European Integration".
- 4/2005, Christine Reh and Bruno Scholl, "The Convention on the Future of Europe: Extended Working Group or Constitutional Assembly?"
- 5/2005, John A.E. Vervaele, "European Criminal Law and General Principles of Union Law".
- 6/2005, Dieter Mahncke, "From Structure to Substance: Has the Constitutional Treaty improved the Chances for a Common Foreign and Security Policy?".
-
- 1/2006, Dominik Hanf, "Le développement de la citoyenneté de l'Union européenne".
- 2/2006, Vassilis Hatzopoulos, Thien Uyen Do, "The Case Law of the ECJ concerning the Free Provision of Services : 2000 – 2005".
- 3/2006, Dominik Hanf, "Réformes institutionnelles sans révision du traité?", (document de discussion).
- 4/2006, Elise Muir, "Enhancing the effects of EC law on national labour markets, the Mangold case".
- 5/2006, Vassilis Hatzopoulos, "Why the Open Method of Coordination (OMC) is bad for you: a letter to the EU".
- 6/2006, Vassilis Hatzopoulos, "The EU essential facilities doctrine".
- 7/2006, Pablo Ibáñez Colomo, "Saving the Monopsony: Exclusivity, Innovation and Market Power in the Media Sector".
-
- 1/2007, Pablo Ibáñez Colomo, "The Italian Merck Case".
- 2/2007, Imelda Maher, "Exploitative Abuses: Which Competition Policy, Which Public Policy?".
- 3/2007, Vassilis Hatzopoulos, "With or without you... judging politically in the field of Area of Freedom, Security and Justice?".

4/2007, Matteo Pierangelo Negrinotti, "The AstraZeneca Case".

5/2007, Vassilis Hatzopoulos, "Que reste-t-il de la directive sur les services?".