



SciencesPo.

Chaire
M.A.D.P.

**"La transposition de la Directive services.
À propos de deux problèmes:
la Directive face au droit primaire et
les régimes d'autorisations"**

VERSION PROVISOIRE

Julio González García
Professeur de Droit administratif
Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional
Universidad Complutense de Madrid

I. Introduction

L'adoption de la Directive 2006/123/CE, du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre, relative aux services dans le marché intérieur peut être considérée comme l'un des événements les plus marquants du Droit communautaire dérivé. Non seulement dû à son impact socio-politique¹ – qui a amené certains analystes à considérer que l'une de ses versions préparatoires a été l'une des causes du rejet du Traité constitutionnel par la France et les Pays-Bas –, et les conséquences pour l'Europe social² mais il faut dire aussi, qu'en conséquence du processus de transposition, elle a causé de profonds changements dans la manière de mener à bien l'intervention administrative sur les activités de services, ce qui nous permet de considérer qu'elle touche l'essence du Droit administratif dans les Droits d'origine française qui le configuraient comme un contrôle a priori au commencement de l'activité économique. En Espagne, on a signalé que l'adoption de la Directive service, et surtout sa transposition ont pour conséquence un « nouveau Droit administratif pour le marché intérieur européen »³.

Evidemment, il n'y a pas lieu ici d'effectuer une analyse de tous les aspects que la Directive Services pose. L'étude que je vais réaliser touche uniquement un aspect, à mon avis, important : sa compatibilité et les exigences requises d'application dans le cadre du Droit communautaire ou pour être exact, comment son exécution conformément au Droit originaire est articulée et comment elle a

¹ Il y avait beaucoup des problèmes pendant le procès d'adoption de la Directive. Il est significatif que le Conseil Européen de Bruxelles (22-23 mars 2005) ait signalé que « pour promouvoir la croissance et l'emploi et pour renforcer la compétitivité, le marché intérieur des services doit être pleinement opérationnel tout en préservant le modèle social européen. A la lumière du débat en cours, qui montre que la rédaction actuelle de la proposition de directive ne répond pas pleinement aux exigences, le Conseil Européen demande que tous les efforts soient entrepris dans le cadre du processus législatif pour dégager un large consensus répondant à l'ensemble de ces objectifs ».

² Neergaard, Ulla B. (Editor) ; Nielsen, Ruth (Editor) ; Roseberry, Lynn (Editor) The Services Directive : Consequences for the Welfare State and the European Social Model. København : Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008.

³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., "Un nuevo Derecho administrativo para el mercado interior europeo" en la *Revista Española de Derecho Europeo*, n° 22 (2007) pp. 189 - 197.

provoqué, de manière indirecte, une modification substantielle du Droit interne⁴ quant à des aspects qui ne sont pas relationnés avec le marché intérieur. C'est-à-dire que, prenant en compte les effets provoqués par la Directive Services, il faut analyser comment elle est insérée dans le Droit communautaire, en tenant compte non pas tellement du développement qu'elle mène à bien, apparemment, d'une liberté communautaire mais une réglementation particulière des activités de services et qui, en ce moment, fait l'objet de transposition dans les 27 États.

Dans cette ligne, il faut signaler que l'analyse du contenu de la Directive va être effectuée d'un point de vue instrumental/instrumentaire, à savoir, mon but est d'arriver concrètement à une conclusion sur le problème qui fait l'objet de ma communication lors de ce séminaire. Aux effets de mon exposé, nous commencerons notre étude avec la répercussion de la nationalité et de l'emplacement du siège social en tant que condition pour l'application de la Directive Services, ce qui compose l'un des éléments du complexe domaine d'application de la Directive.

II. Nationalité ou établissement du prestataire de services en tant que condition pour l'application de la Directive relative aux services. Quelques conséquences.

Pour appliquer la Directive Services, la première condition exige que nous nous trouvions face à un prestataire de services qui soit une « personne physique ressortissante d'un État membre, ou toute personne morale visée à l'article 48 du traité et établie dans un État membre, qui offre ou fournit un service ». Autrement dit, les autres opérateurs ne disposent pas des droits à l'établissement et à la libre prestation de services sous les conditions de la Directive 123/2006. Et d'un autre côté, quant au destinataire du service, elle établit, de même, qu'il s'agit de « toute personne physique ressortissante d'un État membre ou qui bénéficie de droits qui lui sont conférés par des actes communautaires, ou toute personne morale visée à

⁴ On peut regarder le procès de transposition de la Directive services au Droit espagnol, dans GONZÁLEZ GARCÍA, J.; "La transposición de la Directiva de servicios: aspectos normativos y organizativos en el Derecho español"; *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 32 (2009), pp. 469-506.

l'article 48 du traité et établie dans un État membre, qui, à des fins professionnelles ou non, utilise ou souhaite utiliser un service »

La Directive Services, de cette manière, est en accord avec le texte du Traité C.E. duquel il ressort que, d'un côté, l'interdiction *de discrimination fondée sur la nationalité* de l'article 12 s'applique aux ressortissants d'un État membre sur le territoire de l'autre. D'un autre côté, dans le domaine des libertés communautaires, exceptées les libertés relatives à la *libre circulation des marchandises et des capitaux*, le rattachement de ces derniers à un État membre présente des aspects spécifiques, il convient de remarquer que, par rapport à la liberté d'*établissement*, l'article 43 TCE restreint son exercice, de façon explicite aux « ressortissants d'un État membre » sur le territoire de l'autre. De même que dans l'article 49, celui qui nous rattache à la Directive Services, qui configure la libre prestation des services au sein de la Communauté pour les « ressortissants des États membres » établis dans un autre État membre, sans préjudice que le Conseil, en vertu de l'alinéa 2 dudit précepte, puisse étendre cette liberté aux prestataires ressortissants d'un État tiers et établis dans la Communauté. Ce qui implique, dans le premier cas, que l'on cumule la condition d'appartenir à un État membre et la circonstance de la résidence dans un autre État membre.

Cependant, il faut remarquer que malgré l'effort réalisé dans la voie de la non-discrimination, malgré les progrès dans la ligne de la citoyenneté européenne, lorsque nous faisons référence à la nationalité ou à la résidence dans un État membre comme un critère délimitant l'application du Droit communautaire, il faut prendre en compte deux extrêmes concernant ce concept qui particularisent la relation juridique. En *premier* lieu, selon le Droit international général, il correspond à chaque État de déterminer qui sont ses ressortissants. Une condition qui est acceptée par le Droit communautaire, comme nous le montre, par exemple, la Déclaration de la République Fédérale allemande concernant la définition du terme *ressortissants*, qui détermine que la référence à ce-dernier se fait « dans le sens de la Loi fondamentale » dudit État. En *second* lieu, concernant les situations de *double nationalité*, que la décision de la CJCE dans *l'arrêt Micheletti*, où l'on estima, concernant un double ressortissant argentin et italien qui invoquait la libre

prestation des services en Espagne, qui possédait la nationalité d'un État membre et était sous le couvert du Droit communautaire, est implicite dans d'autres décisions du Tribunal.

Cette exigence de la nationalité ou de l'établissement devra, de même, impliquer que des situations de discrimination entre les ressortissants de l'État imposant une réglementation de services et des étrangers ne puissent pas avoir lieu. Il s'agit d'une application du principe de non-discrimination à propos duquel il convient de retenir deux éléments importants. Le premier repose, hormis les dispositions particulières des Traités constitutifs où il est réitéré à caractère spécifique (en particulier, comme tel est le cas pour l'article 39.2 relatif à la libre circulation des travailleurs ; l'article 43 2^o relatif à la liberté d'établissement et les articles 49 et 54 relatifs à la libre prestation des services) *le principe opère avec un caractère général* dans le domaine de l'application matérielle du Droit communautaire. Un domaine, que, comme nous le savons bien, la CJCE a concrétisé dans les activités à contenu économique mentionnées dans l'article 2 du TCE⁵. De façon à ce que, comme cela a été prononcé dans l'arrêt de la CJCE du 26 novembre 2002, prononcé dans l'affaire C-100/01, *Ministre de l'intérieur c. Aitor Oteiza Olazábal*, alinéa 25, article 12 du TCE (ex-article 6) « ... qui établit le principe général qui interdit la discrimination pour des raisons de nationalité, est destinée à être appliquée de manière indépendante seulement dans des situations réglées par le droit communautaire pour lesquelles le traité ne prévoit pas de règles spécifiques contre la discrimination » (*voir, en particulier l'arrêt du 25 juin 1997, Mora Romero, C-131/96, Rec., p. I-3659, alinéa 10*).

Au-delà d'une autre considération, l'Union européenne est conditionnée dans l'application de ce critère. Evidemment, elle pourrait étendre le domaine d'application mais cela s'avèrerait un critère complexe prenant en considération l'Organisation mondiale du Commerce et avec le reste des Accords commerciaux

⁵ Arrêt de la CJCE du 12 décembre 1974, affaire 36/74, *Walrave*. Voir aussi concernant le « domaine d'application du Traité » les arrêts de la CJCE du 15 janvier 1986, affaire 44/84, *Hurd*, parmi les plus récents, celui du 9 octobre 1997, affaire C-291/96, *Grado y Shaid Bachir* et celui du 29 juin 1999, affaire C-172/98

dont elle forme partie. En rapport avec l'OMC, il est vrai qu'il ne s'agit pas d'un éloignement global, mais plutôt en partie dans la mesure où elle forme partie de l'OMC même si le droit de cette organisation internationale n'a pas un effet direct en tant que droit international incorporé dans celui de l'Union.

En deuxième lieu, il s'agit d'un principe possédant un effet direct, attribuant un droit subjectif qui doit être garanti par toutes les autorités des États membres. Il correspond à ces dernières *d'exclure de leurs normes aussi bien les discriminations indirectes que les discriminations cachées*. De sorte que le principe garantit aux ressortissants communautaires dans un autre État membre qu'ils ne seront pas privés d'un droit que le Droit reconnaît à ses citoyens. Autrement dit, ceci implique que le principe garantit *une position de égalité complète* de traitement juridique pour tous les ressortissants communautaires par rapport aux citoyens d'un État membre déterminé, contrairement à la règle qui est, ordinairement, appliquée dans les ordonnancements juridiques nationaux en faveur des droits des étrangers qui est fondée sur le principe de la réciprocité⁶.

Nous devons, sur ce point, prendre en compte un facteur indirect important. En principe, il s'agit d'une donnée qui n'a d'application que dans les relations qui présentent une affaire particulière avec les États, c'est-à-dire le traditionnel effet vertical des libertés communautaires. Mais, au même temps, nous ne pouvons pas oublier qu'il s'agit d'une porte pour l'effet horizontal, dans les situations où le défendeur a une position d'autorité qui pourrait être considérée équivalente à celle des pouvoirs publics. Pensons, par exemple, à l'organisation du sport professionnel –qui a des règles très particulières– ou aux propres ordres professionnels qui peuvent interférer dans la libre prestation des services et en principe ne bénéficient pas de ces libertés, il y aurait donc un effet direct horizontal.

La Directive Services est, en ce sens, spécialement vigilante avec les possibles discriminations pour des raisons de nationalité pouvant avoir lieu dans la configuration et l'application des titres qui habilitent l'accès aux marchés. De fait, l'article 15.3 établit comme l'un des éléments à examiner, en particulier celui

⁶ LAGARDE, P. ; « La réciprocité en droit international privé », *Recueil des Cours*, t.154 (1977-I), p.103 et suivantes.

relatif aux possibles discriminations directes ou indirectes qui peuvent être établies en fonction de la nationalité : « les exigences ne sont pas directement ou indirectement discriminatoires en fonction de la nationalité ou, en ce qui concerne les sociétés, de l'emplacement de leur siège statutaire. »

Et depuis ce point de vue, celui du récepteur des services, l'on établit aussi une règle stricte quant à la non-discrimination qui est contemplée dans l'article 20 : « Les États membres veillent à ce que le destinataire ne soit pas soumis à des exigences discriminatoires fondées sur sa nationalité ou son lieu de résidence. »

Cette égalité de traitement en ce qui concerne la jouissance de droits de par les ressortissants communautaires dans un autre État membre est sans aucun doute directement rattachée à l'objectif de la CE d'établir, d'abord, un « marché commun » et par la suite, un « marché intérieur » sans frontières dans lequel sont intégrés les marchés nationaux. Nous pouvons, donc, considérer qu'elle constitue un principe structural du marché en plaçant dans la même position juridique tous les sujets qui y opèrent et en excluant, par conséquent, les différences de traitement juridique qui, dans un État membre, sont fondées sur le critère de la nationalité. Par conséquent, dans les matières régies par le Droit communautaire, l'on n'admettra que les différences de traitement qui auront un fondement objectif de par le fait de leur applicabilité aussi bien aux ressortissants d'un État qu'aux étrangers communautaires. Un critère que la CJCE a appliqué de façon restrictive en excluant diverses justifications d'une discrimination soutenues par les États membres⁷.

III. Domaine d'application de la Directive relative aux services : exigence d'une situation de transnationalité dans le cadre européen

Le Droit communautaire et, par conséquent, la Directive Services exigent pour entrer en fonctionnement que nous nous trouvions face à une relation d'extranéité à laquelle participent au moins deux États. De ce point de vue, c'est

⁷ Arrêts de la CJCE du 2 février 1989, affaire *Cowan* ; du 13 juillet 1983, affaire 152/83, *Focheri* et du 3 mai 1994, dans l'affaire C-47/93, concernant des frais d'inscription exigés par la Belgique seulement aux étudiants étrangers.

l'exercice du droit à la libre circulation qui « active » l'application du Droit communautaire et, de plus, fait opérer le principe de non-discrimination de l'article 12. Ce qui répond à la logique d'un « marché intérieur » permettant un accès égalitaire au marché et à la libre circulation des facteurs de production.

Il s'agit d'une connexion avec deux États qui opère, dans un domaine qui jusqu'à présent a été résiduel par rapport à d'autres libertés (article 50 TCE), celui de la *libre prestation de services*. Une activité qui possède nécessairement un caractère transfrontalier selon que la liberté opère lorsque le prestataire se trouve soit « dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation » (article 49) soit se déplace temporairement pour exercer son activité dans un autre État où la prestation est fournie (article 50).

Cela implique, donc, qu'il est nécessaire qu'il existe un élément d'extranéité que la jurisprudence de la CJCE a étendu à d'autres cas, qui ont relativisé cette exigence requise ou, du moins, l'on configuré largement pour couvrir des situations équivalentes. En premier lieu, dans le cas où le prestataire et le destinataire du service sont établis dans le même État membre, le service est mené à bien dans un autre État comme cela a été prononcé dans l'arrêt de la CJCE de 1993 dans l'affaire Hubbard⁸. En second lieu, lorsque le destinataire se déplace au pays où le prestataire s'est établi, comme cela a été prononcé dans l'arrêt du 31 janvier 1984, affaire *Luisi et Carbone*⁹. Et en dernier lieu, même lorsque l'élément transfrontalier n'est pas présent au moment initial de la relation mais surgit a posteriori, de par le changement de résidence du destinataire de la prestation, comme cela a été prononcé dans l'affaire *Koestler*¹⁰.

Cela dit, le fait de nous trouver face à l'exigence requise d'une situation transfrontalière – ou équivalente – au sein de la Communauté entraîne des conséquences pour les opérateurs nationaux qui souhaitent réaliser leur activité à

⁸ Af. C-20/92, *Recueil* 1993, p.I-3777. Dans le même sens, les décisions de 1999 dans l'affaire C-224/97, *Ciola y* de 1998, *Recueil* p.I-2517 et de 1998, af.C-405/98, *Gourmet International Products*, *Recueil* pp.I-2517 et suivantes.

⁹ Affaires 286/82 y 26/83, *Recueil*, p.377. de même dans l'arrêt du 7 mars 1990, af.C-362/88, *GB-Inno-BM*, *Recueil*, p.I-667

¹⁰ Arrêt du 24 octobre 1978, *Société générale alsacienne de banque c. Walter Koestler*, af.15/78, *Recueil*, p.1971

l'intérieur de leur État. C'est, précisément, pour cela qu'il convient que nous envisagions le problème des discrimination à rebours dans la prestation de services à l'intérieur de l'État; un aspect qui a été spécialement relevant au moment de la transposition qui a été effectuée depuis l'Espagne où tous les droits recueillis dans la Directive ont été élargis aux situations purement internes.

IV. Discriminations à rebours dans la prestation de services à l'intérieur d'un État

Tel que nous venons de voir, c'est l'exercice du droit à la libre circulation qui « active » l'application du Droit communautaire et fait, en outre, qu'opère le principe de non-discrimination de l'article 12. Ce qui correspond à la logique d'un « marché intérieur » permettant un accès égalitaire au marché et à la libre circulation des facteurs de production. Or, si les situations « purement internes », en contrepartie, demeurent en dehors du domaine spatial d'application des libertés communautaires et du principe de non-discrimination exercé en raison de la nationalité de l'article 12 TCE), la *conséquence juridique* qui en découle est la suivante : si l'on établit une comparaison avec les situations « transfrontalières », cette exclusion du domaine du Droit communautaire peut conduire à une « discrimination à rebours » étant donné que le ressortissant d'un État membre se trouve, face audit État, dans une position moins favorable que celle des étrangers et des propres ressortissants qui ont exercé la libre circulation dans la Communauté. De telles discriminations se caractérisent, donc, selon K. Lenaert¹¹, par le fait qu'un État membre « traite ses propres ressortissants ou des situations nationales de façon moins favorable que les ressortissants d'autres États membres ou situations dont l'origine se trouve dans un autre État membre ».

C'est ce que l'on peut apprécier, par exemple, si l'on compare la situation d'un ressortissant espagnol qui a étudié en Espagne et y a obtenu un titre qui l'habilite pour l'exercice d'une profession et, en contrepartie, du même ressortissant qui, après avoir obtenu dans un autre État membre un titre équivalent en application de la réglementation communautaire, désire rentrer et

¹¹ K. Lenaert, « L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples », *Cahiers Droit Européen* (1991), p. 3 et suivantes, voir p.17

exercer sa profession en Espagne. L'État espagnol peut soumettre le premier ressortissant à des conditions strictes pour l'exercice de sa profession, telle que l'inscription dans un ordre professionnel ; quant au second, de par le fait de provenir d'un autre État membre, où il a obtenu son diplôme, de telles exigences ne sont pas applicables puisqu'il se trouve sous le couvert du Droit communautaire. Une différence de traitement que la CJCE a admis dans son arrêt de 1979 dans l'affaire *Knoors*¹² s'appuyant sur les expressions du texte de l'article 52 TCE (aujourd'hui 43) en déclarant que ce précepte ne doit pas être interprété dans le sens où il exclut :

« du bénéfice du droit communautaire les propres ressortissants d'un État membre déterminé, lorsque ceux-ci, par le fait d'avoir résidé régulièrement sur le territoire d'un autre État membre et d'y avoir acquis une qualification professionnelle reconnue par les dispositions du droit communautaire, se trouvent, à l'égard de leur État d'origine, dans une situation assimilable à celle de tous autres sujets bénéficiant des droits et libertés garantis par le traité . »

Ce qui est réitéré dans d'autres arrêts de la CJCE, comme celui du 16 février 1995, prononcé dans les affaires C-29/94, où l'on déclare eu égard à la Directive 82/489/CEE du Conseil, du 19 juillet, relative à l'établissement et à la libre circulation des coiffeurs, que le droit communautaire ne s'oppose pas à une mesure nationale qui exige des ressortissants de cet État membre la possession d'un diplôme, pour pouvoir exploiter un salon de coiffure alors qu' « elle permet aux coiffeurs ressortissants des autres États membres d'exploiter un salon de coiffure sans être titulaires d'un tel diplôme et sans être tenus de confier son exploitation à un gérant technique titulaire de ce diplôme ». De même que l'arrêt du 16 juillet 1994 dans l'affaire C-132/93, *Steen*, où la Cour considéra que le fait de permettre l'accès à la fonction publique en Allemagne sous le régime contractuel à des

¹² Af.115/78, Recueil p. 399. Pour Poiars Maduro, « The scope of European Remedies : the case of purely internal situations and reverse discrimination », in *The Future of European Remedies* (Kilpatrick /Novitz /Skidmore, Editores), Oxford, 200, page 117 et suivantes, p. 18 il considère que cet arrêt constitue, tout comme ceux qui ont été prononcés dans les affaires *Auer* (1978) y *Saunders* (1979), « the three paradigmatic cases where the Court of Justice established the core of its approach to reverse discrimination and purely internal situations ». En Espagne, pour tous, Sarmiento, D. ; « Discriminaciones inversas comunitarias y Constitución española » ; en la Revista Española de Derecho Europeo, n° 15 (2005) ; pp. 375-411-

étrangers mais non pas à des ressortissants allemands était compatible avec le droit communautaire.

De la lecture de ces décisions de la CJCE, l'on peut arriver à la conclusion suivante : que moyennant la règle d'exclusion des situations purement internes, l'on a suivi la logique inhérente à un marché commun entre les États, en tant que domaine économique d'échanges entre un État membre et un autre. Et cela, malgré qu'en contrepartie lesdites situations aient un traitement moins favorable que les situations « transfrontalières ». Raison pour laquelle certains ont pu soutenir que la notion de situations « purement internes » de la jurisprudence de la CJCE a établi aussi bien une limite au droit communautaire en matière de libre circulation des personnes (la liberté n'opère pas s'il n'y a pas de mouvement d'un État à un autre) qu'une délimitation du domaine d'action des États membres. Car lorsqu'une situation « interne » reste en dehors du domaine du droit communautaire, il revient, exclusivement, à ces États de maintenir une « discrimination à rebours » ou bien de la supprimer moyennant une accommodation de ses règles à celles du droit communautaire.

La situation qui a été décrite est celle qu'envisage directement la Directive Services. En principe, dans le domaine d'application de la Directive l'on ne trouve que les situations où il existe un lien de communautarité, à savoir touchant plus d'un État dans les conditions vues antérieurement. L'opérateur national pourra se trouver sans une situation défavorable si l'État d'établissement ne progresse pas dans le sens d'établir une législation qui le mettrait au même niveau. Il s'agit, bien sûr, de la situation à laquelle est arrivé le Droit espagnol où sont équiparés les régimes des ressortissants et des communautaires tel que cela figure dans l'article 2.1 de la Loi 17/2009 « Cette loi s'applique aux services réalisés en échange d'une contre-prestation économique et qui sont offerts ou prêtés sur le territoire espagnol par des prestataires établis en Espagne ou dans un autre État membre ».

V. La loi du pays d'origine, compétence entre ordres juridiques, discrimination à rebours et développement de la déréglementation des activités à l'intérieur des États.

L'un des problèmes que la Directive Services a entraîné, depuis le moment initial, consiste précisément en l'extension et les effets de la norme de conflit qui détermine quel est le droit applicable aux activités de services prêtés en dehors du territoire où se trouve l'opérateur juridique. Le cas du *plombier polonais* illustre les problèmes surgis qui allaient d'une faible réglementation dans l'activité aux propres inconvénients du dumping ou de l'évasion sociale. Cela est d'autant plus vrai que lors de la réunion du Conseil de l'Europe au mois de mars 2005, l'on promut une réforme du texte qui permit une approbation que tous les États européens¹³, pouvaient assumer, ce qui toucha, de façon prépondérante, la manière dont était configurée la loi du pays d'origine et en particulier sa relation avec le droit du travail. Les débats, l'étendue des changements entre la première version et la version définitive de la directive sont reflétés par les auteurs et je ne vais pas m'y arrêter.

Le principe de soumission à la loi du pays d'origine¹⁴ pose, sans aucun doute, des problèmes du point de vue pratique. D'emblée, il cause, il dénature les dysfonctionnements dans les marchés qui ne se trouvent pas harmonisés, comme tel est le cas, en principe, pour le marché de services où il n'existe pas de Directives d'harmonisation. Partant des différences de législation et de pratiques commerciales, les consommateurs se trouvent dans une situation d'une certaine indétermination juridique dérivée des divers régimes auxquels sont soumis les prestataires de services.

¹³ Dans le §22 des Conclusions dudit Conseil l'on peut lire que : « Pour promouvoir la croissance et l'emploi et pour renforcer la compétitivité, le marché intérieur des services doit être pleinement opérationnel tout en préservant le modèle social européen. À la lumière du débat en cours, qui montre que la rédaction actuelle de la proposition de directive ne répond pas pleinement aux exigences, le Conseil européen demande que tous les efforts soient entrepris dans le cadre du processus législatif pour dégager un large consensus répondant à l'ensemble de ces objectifs. Le Conseil européen note que des services d'intérêt économique général efficaces ont un rôle important à jouer dans une économie performante et dynamique. »

¹⁴ Dans le domaine du droit privé, le Groupe européen de droit international privé pose les problèmes qui découlent de l'application de la règle du pays d'origine de la Directive dans les termes suivants : « risque d'inciter les entreprises à s'incorporer dans les États où les standards de protection sont les plus bas, de manière à « exporter » ces standards vers d'autres États. En matière de responsabilité non contractuelle ou de protections des travailleurs, notamment, ce résultat sera hautement négatif pour le marché européen, en ce qu'il risque de provoquer une *race to the bottom* » On peut consulter ce document à : <http://www.drt.ucl.ac.be/gedip>

La structuration du régime applicable à une activité de services à partir d'une norme de conflit à caractère multilatéral – dans une technique usuelle du droit international privé – présente un éventail de possibilités d'amélioration du droit applicable aux opérateurs juridiques à la recherche du droit s'avérant le plus profitable pour leurs activités. Il faut prendre en compte que, contrairement à ce qu'il arrive avec d'autres réglementations qui reprennent ce principe, dans ce cas, nous ne nous retrouvons pas face à ce minimum dénominateur commun avec ce contenu de base du droit originaire, en fait, l'on dérègle simplement le secteur correspondant. Cependant, l'emploi de cette technique, celle de la détermination du droit en fonction du pays d'origine du prestataire met en relief, d'un autre côté, que ce que l'on recherche est la « sécurité juridique » ou la prévisibilité du droit applicable au service d'un objectif du droit communautaire : le bon fonctionnement du marché intérieur.

En effet, dans les cas où l'on mène à bien l'harmonisation à travers la déréglementation des activités inter-étatiques, la conséquence directe qui en découle est que l'opérateur national se retrouverait dans une situation juridique plus nuisible que celui qui serait établi dans un autre État avec de meilleures conditions d'accès au marché. Il s'agit d'une conséquence de la logique du marché intérieur qui est configurée à travers les relations entre les États, quant au domaine des relations économiques d'un État à un autre. C'est-à-dire que nous trouverions face à l'apparition indirecte d'une discrimination à rebours, à savoir, face à des situations où un opérateur national serait dans une condition plus désavantageuse que l'étranger qui procède d'un État qui a rabaisé le niveau de réglementation.

Il est connu que la doctrine sur les discriminations à rebours part du fait que les dénommées « situations purement internes » ne sont pas touchées par la structuration de l'un des marchés communautaires. La notion de situations « purement internes » de la jurisprudence de la CJCE a établi aussi bien une limite du Droit communautaire en matière de libre circulation des personnes (la liberté n'opère pas s'il n'y a pas de mouvement d'un État à un autre) comme une délimitation du domaine d'action des États membres car lorsqu'une situation « interne » demeure en dehors du cadre du Droit communautaire, c'est à ces États

qu'il correspond, de manière exclusive, soit de maintenir une « discrimination à rebours », soit de la supprimer moyennant une adaptation de ses normes à celles du droit communautaire. En Espagne, par exemple, c'était la Cour Constitutionnel qui a dû se prononcer sur cette question.

En dehors de ces situations ponctuelles, le problème, évidemment, surgit dans la mesure où les opérateurs nationaux réclament un Droit public compétitif et le cadre de comparaison s'avère être le droit administratif le plus favorable à l'installation des entreprises. La concurrence qui surgit entre les différents États¹⁵, entre les différents Droits fait que, tel que cela est arrivé dans certains États, en Espagne entre autres, la transposition de la directive n'est pas une opération de réglementation pour le marché intérieur mais elle est envisagée comme la redéfinition globale de l'activité administrative de la police. Une partie des auteurs, les plus enthousiastes de cette néo-réglementation parlent d'un nouveau droit administratif.

La réglementation des services a configuré cette néo-réglementation à travers deux instruments : l'Administration électronique et la simplification administrative d'un côté et de l'autre, à travers les exigences qu'elle envisage en rapport aux diplômes qui habilitent, dans la mesure où l'on a arbitré un régime qui diminue les possibilités d'intervention a priori des Administrations publiques nationales. Même dans les modèles de contrôle a posteriori, on laisse la possibilité d'établir des mécanismes de contrôle de nature discrétionnaire. Ici ce n'est pas le cas.

VI. Regulation des activités de services et réglementation des autorisations à titre secondaire : la Directive Service comme instrument de politique économique.

Le but essentiel qui motive l'approbation de la Directive Services est le renforcement du marché intérieur des services, qui est probablement celui qui est le plus affaibli, dû, en partie, à la non-existence d'une réglementation générale favorisant leur échange intracommunautaire. Pour ce faire, elle effectue une

¹⁵ En Espagne on peut voir une réflexion à propos de la mondialisation économique et la concurrence entre ordres juridiques dans GONZALEZ GARCIA, J., "Globalización económica y Derecho público interno: entre uniformidad jurídica y competencia de ordenamientos", en Pacis Artes, Obra Homenaje al Prof. Julio González Campos, Madrid (2005), pp. 1993 - 2015.

structuration des titres habilitants qui favorise, précisément, la prestation de la part d'opérateurs non établis sur le territoire de l'État de référence présentant ou non un établissement permanent.

En ce sens, l'article 9 de la Directive, est celui qui recueille le plus clairement ce que nous venons de signaler en ce qui concerne l'exercice du droit d'établissement des opérateurs. D'emblée, l'on y considère que l'autorisation est un titre secondaire dans la mesure où, tel que le précepte le dispose, les capacités d'intervention sont limitées à l'accomplissement de trois exigences requises. La dernière d'entre elles est particulièrement importante. Les États membres ne peuvent subordonner l'accès à une activité de service et son exercice à un régime d'autorisation que si l'objectif poursuivi ne peut pas être réalisé par une mesure moins contraignante, notamment parce qu'un contrôle a posteriori interviendrait trop tardivement pour avoir une efficacité réelle »

D'après ce que nous venons de voir, la Directive Services opte pour des modèles d'intervention administrative dans le marché des services qui favorisent la liberté d'entreprise, concrètement, elle reconduit l'intervention aux modèles de déclaration responsable ou aux communications préalables, c'est-à-dire des modèles qui sont d'origine, typiquement, anglo-saxonne.

Au-delà de cette question de l'origine de la réglementation, la régulation recueilli dans la Directive Services pose deux problèmes, tel que l'espagnol PAREJO¹⁶ l'a signalé i) d'un côté elle met sous soupçon tous les Droits nationaux d'accès au marché des services, de telle manière qu'elle opte pour un modèle d'une nature clairement déréglementaire¹⁷ ; ii) en développement de ce qui vient d'être vu, elle incorpore un critère pour déterminer la validité de la réglementation consistant dans la proportionnalité communautaire ; iii) elle restreint l'activité publique d'exécution de la réglementation de telle manière que seules sont valables les réglementations qui incorporent le caractère réglé de

¹⁶ PAREJO ALFONSO, L.; « La Directiva Bolkestein y la Ley paraguas ¿legítima el fin cualesquiera medios para la reconversión del Estado *autoritativo*? » in Revista Española de Derecho Europeo, n° 32 (2009), p. 437.

¹⁷ Dans un sens pareil, PEGLOW a signalé que l'objectif de la directive services "n'est pas exclusivement un réaménagement de la libre circulation de services au sens de l'article 49 CE mais elle tente d'apporter une nouvelle dynamique au marché intérieur". Peglow, K., précité, p. 69

l'ordonnement du marché, supprimant, par conséquent, les pouvoirs discrétionnaires des Administrations publiques et qui permettent la pondération d'autres éléments d'intérêt général.

Comme nous venons de le signaler, la possibilité d'inclure des titres habilitantes répondant au modèle d'autorisation est restreinte dans le modèle de la Directive Services, ce qui est effectué de la manière la plus large possible. D'emblée, car l'on considère qu'il s'agit d'autorisations – dans un geste évident d'imprécision mais qui s'avère cohérent avec le contexte de la Directive Services – un large ensemble de techniques administratives qui s'apparentent à celles de la police administrative et qui manquent, en soi, d'un contenu limitatif du droit à la liberté d'entreprise. Elles délimitent, mais non pas limitent, l'exercice de l'activité. C'est le contenu qui ressort de l'article 4 de la Directive Services. Il faut souligner que "régime d'autorisation", est "toute procédure qui a pour effet d'obliger un prestataire ou un destinataire à faire une démarche auprès d'une autorité compétente en vue d'obtenir un acte formel ou une décision implicite relative à l'accès à une activité de service ou à son exercice" et que "exigence" est "toute obligation, interdiction, condition ou limite prévue dans les dispositions législatives, réglementaires ou administratives des États membres ou découlant de la jurisprudence, des pratiques administratives, des règles des ordres professionnels ou des règles collectives d'associations professionnelles ou autres organisations professionnelles adoptées dans l'exercice de leur autonomie juridique; les normes issues de conventions collectives négociées par les partenaires sociaux ne sont pas en tant que telles, considérées comme des exigences au sens de la présente directive".

Ce qui attire le plus notre attention est contemplé dans l'article 9, tel que je l'ai déjà dit antérieurement. Les États membres ont perdu la capacité de déterminer les activités où il convient d'introduire un contrôle préalable au commencement de l'exercice de l'activité de services dans la mesure où, d'un côté, les autorisations sont limitées et dans la mesure où cela apparaît dans ledit précepte comme un titre clairement subsidiaire. L'on pourrait même dire que l'Union, avec cette réglementation, s'insère dans les modèles autoréglementaires

qui ont – dans d'autres domaines – provoqué autant de problèmes pour les économies européennes.

Avec ces éléments, l'on peut s'interroger sur la légitimité pour la promulgation de la Directive Services. Si nous examinons les articles 4, 98 et 99 du traité, nous ne trouvons pas la capacité pour configurer un modèle comme celui qui est recueilli dans la Directive.

C'est-à-dire que la compétence pour approuver un texte dans ce domaine n'est pas envisagée mais l'on envisage au contraire la compétence pour en dicter une avec le contenu qui est recueilli dans la Directive 123/2006. Il faut prendre en compte, comme le signale le propre exposé des motifs de la Directive, que l'incidence sur la politique économique est l'un des objectifs de ce texte¹⁸. Les compétences appartiennent, nécessairement, aux États et il n'y a pas eu de cession de souveraineté en Europe pour la configuration des politiques économiques étatiques. De fait, si l'on analyse les articles 98 et 99, l'on apprécie que l'on n'octroie de compétence à l'Union européenne que pour la coordination et la supervision des politiques mentionnées.

VII. La protection de l'intérêt général par l'adoption de mesures complémentaires à celle de l'État d'établissement du prestataire de services.

¹⁸ C'est la Directive elle-même qui marque son rôle dans la politique économique : « Alors que les services sont les moteurs de la croissance économique et représentent 70 % du PIB et des emplois dans la majorité des États membres, cette fragmentation du marché intérieur a un impact négatif sur l'ensemble de l'économie européenne et, en particulier, sur la compétitivité des PME et sur la circulation des travailleurs, et empêche les consommateurs d'avoir accès à un plus grand choix de services à des prix compétitifs. Il est important de souligner que le secteur des services constitue un secteur clé pour l'emploi des femmes, en particulier, et qu'elles sont donc susceptibles de bénéficier, dans une large mesure, des nouvelles possibilités offertes par la réalisation du marché intérieur des services. Le Parlement européen et le Conseil ont souligné que l'élimination des obstacles juridiques à l'établissement d'un véritable marché intérieur représente une priorité pour l'accomplissement de l'objectif fixé par le Conseil européen de Lisbonne, des 23 et 24 mars 2000, de renforcer l'emploi et la cohésion sociale et de parvenir à une croissance économique durable afin de faire de l'Union européenne l'économie fondée sur la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde d'ici 2010, accompagnée d'une amélioration quantitative et qualitative de l'emploi. La suppression de ces obstacles, tout en garantissant un modèle social européen avancé, constitue une condition essentielle pour surmonter les difficultés rencontrées dans la réalisation des objectifs de la stratégie de Lisbonne et relancer l'économie européenne, en particulier en termes d'emploi et d'investissement. Aussi est-il important de parvenir à créer un marché intérieur des services en veillant à préserver un équilibre entre l'ouverture du marché et la sauvegarde des services publics, des droits sociaux et des droits des consommateurs »

Bien évidemment, le cadre général de ces mesures est rattaché à la propre prestation des services. Le problème se trouve dans le fait que toute activité de services touche d'autres domaines d'intérêt général¹⁹ qui, dans des conditions normales, requièrent un certain degré d'intervention administrative. Une intervention qui est recueillie dans l'article 16.2 3 de la Directive lorsqu'elle accepte que « Les présentes dispositions n'empêchent pas l'État membre dans lequel le prestataire se déplace pour fournir son service d'imposer des exigences concernant la prestation de l'activité de service lorsque ces exigences sont justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique ou de protection de l'environnement et conformément au paragraphe 1. Elles n'empêchent pas non plus cet État membre d'appliquer, conformément au droit communautaire, ses règles en matière de conditions d'emploi, y compris celles énoncées dans des conventions collectives ».

Pour compléter ce qui est disposé dans le précepte, il faut dire que l'ordre public doit être compris comme une menace réelle et grave eu égard aux intérêts fondamentaux de la société, ce qui élude l'application de la notion d'ordre public interne. De fait, la CJCE s'est montrée, spécialement, restrictive au moment d'admettre ce critère pour justifier certaines restrictions dans les libertés communautaires. La sécurité publique présente des points évidents de connexion avec ce que nous venons de voir et il faut comprendre comme des menaces graves à la société, ceux qui doivent être interprétés de manière également stricte²⁰. La santé publique n'a pas trouvé de définition dans les arrêts de la CJCE, malgré le fait que dans les cas où elle a été appliquée, l'on a également fait référence aux menaces graves et réelles. Et, en dernier lieu, la protection de l'environnement est très rattachée aux éléments nuisibles et à l'endroit où ils vont être utilisés, quoiqu'avec une utilisation proportionnée des mécanismes. Il convient, cependant, de rappeler que la réglementation du pays d'origine peut être un élément qui exige l'application de mécanismes de contrôle complémentaires lorsque la loi du pays ne fournit pas un niveau de protection adéquat.

¹⁹ Concernant la protection de l'intérêt général dans le commerce de services, voir notamment SEGURA SERRANO, A.; El interés general y el comercio de servicios, Tecnos, Madrid (2003).

²⁰ In Bouchereau, la Cour de Justice parla d' « une menace authentique et suffisamment sérieuse touchant l'un des intérêts fondamentaux de la société » Af. 30-1977.

Le problème que pose la Directive est que, malgré le fait qu'elle constitue une norme qui, dans d'autres domaines s'avère compilatoire de la doctrine de la CJCE²¹, ici, elle est plus stricte que ne l'est le traité et la jurisprudence de la Cour de justice en matière de raisons impérieuses d'intérêt général. La doctrine des raisons impérieuses d'intérêt général, comme cela est bien su, provient des arrêts du 25 juillet 1991 dans lesquels la Cour affirme que « Compte tenu de la nature particulière de la prestation de services dans certains secteurs d'activités, on ne saurait considérer comme incompatibles avec le traité des exigences spécifiques imposées au prestataire, qui seraient motivées par l'application de règles régissant lesdites activités. Toutefois, la libre prestation des services, en tant que principe fondamental du traité, ne peut être limitée que par des réglementations justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général et s'appliquant à toute personne ou entreprise exerçant une activité sur le territoire de l'État destinataire, dans la mesure où cet intérêt n'est pas sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'État membre où il est établi. En particulier, lesdites exigences doivent être objectivement nécessaires en vue de garantir l'observation des règles professionnelles et d'assurer la protection du destinataire des services et elles ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ces objectifs »²². Face à la rigidité de la Directive, l'approche, qui a un avantage ajouté celui selon lequel les domaines de l'intervention économique où l'on admettra ou refusera dériveront de l'appréciation des intérêts présents en fonction des circonstances de chaque cas concret, ce qui permet d'intégrer les éléments dérivés de l'État et du moment où ils vont être incorporés.

En application de cette doctrine des raisons impérieuses d'intérêt général, depuis 1991, la jurisprudence de la CJCE a admis des interventions administratives dans des domaines économiques qui ne sont pas du tout contemplés dans l'article 16.3 : de cette manière, prétendre être exhaustif, l'on peut citer le maintien de l'ordre social et d'une politique sociale légitime²³, la bonne administration de

²¹ En Espagne, MUÑOZ MACHADO a signalé que la Directive services est un conservatrice, pas innovatrice. MUÑOZ MACHADO, S.; "Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de servicios", en la *Revista General de Derecho administrativo*, n° 21(2009), p. 5.

²² Arrêt CJCE Säger

²³ Arrêt CJCE, Schindler;

justice²⁴; la protection des consommateurs²⁵, la stabilité financière du système de sécurité sociale²⁶ ou même la protection culturelle²⁷. Il s'agit, comme nous l'avons déjà dit, d'une liste orientative qui pourrait être étendue à d'autres domaines de la vie économique, tel que le fait le § 40 de la Directive, des domaines qui, cependant, ne sont pas recueillis a posteriori, dans les articles de la Directive et qui, en principe, demeureraient en dehors des possibilités d'intervention depuis le moment de l'entrée en vigueur de la Directive, étant donné que, de façon claire et déterminante, ils ont été réduits à quatre : « ordre public, sécurité publique, santé publique ou protection de l'environnement » à condition qu'ils remplissent les exigences à caractère général que recueille la Directive sur la façon de configurer ces réglementations qui délimitent le droit à la libre prestation de services. De ce point de vue, la Directive réduit les domaines qu'a signalés, à maintes reprises, la jurisprudence de la CJCE²⁸.

Dans ce sens, il a été affirmé que « l'on peut constater de ce fait que les restrictions à la libre circulation devraient plus difficiles à imposer étant donné que la justification pour des raisons impérieuses d'intérêt général a été, substantiellement, réduite. Il ne reste plus qu'à le justifier par l'un des quatre motifs cités par la Directive »²⁹. Et, de fait, la propre prétention des autorités communautaires est que la rédaction fournie à l'article 16.3 « exclut, de cette

²⁴ Arrêt CJCE Reisebüro Broede

²⁵ Arrêt CJCE 28.10.1999; Af.C-6/98.

²⁶ Arrêt CJCE du 16 mai 2006, Watts, Af. C-372/04

²⁷ Arrêt CJCE Mediawet

²⁸ Concrètement l'on y signale que « la notion La notion de «raisons impérieuses d'intérêt général» à laquelle se réfèrent certaines dispositions de la présente directive a été élaborée par la Cour de justice dans sa jurisprudence relative aux articles 43 et 49 du traité et est susceptible d'évoluer encore. Cette notion, au sens que lui donne la jurisprudence de la Cour, couvre au moins les justifications suivantes: l'ordre public, la sécurité publique et la santé publique, au sens des articles 46 et 55 du traité, le maintien de l'ordre social, des objectifs de politique sociale, la protection des destinataires de services, la protection des consommateurs, la protection des travailleurs, y compris la protection sociale des travailleurs, le bien-être des animaux, la préservation de l'équilibre financier du système de sécurité sociale, la lutte contre la fraude, la lutte contre la concurrence déloyale, la protection de l'environnement et de l'environnement urbain, y compris l'aménagement du territoire, la protection des créanciers, la protection de la bonne administration de la justice, la sécurité routière, la protection de la propriété intellectuelle, des objectifs de politique culturelle, y compris la sauvegarde de la liberté d'expression de différentes composantes, notamment les valeurs sociales, culturelles, religieuses et philosophiques de la société, la nécessité de garantir un niveau élevé d'éducation, le maintien du pluralisme de la presse et la promotion de la langue nationale, la préservation du patrimoine historique et artistique national, et la politique vétérinaire. »

²⁹ PEGLOW, K., « La libre prestation de services dans la directive n° 2006/123/CE », in Revue Trimestrielle de Droit Européen, n° 44-1 (2008), p. 100.

manière, que les États membres puissent invoquer d'autres objectifs d'intérêt général »³⁰. Evidemment, l'on peut arguer qu'elle constitue une lecture très favorable à l'exercice des libertés communautaires et, pour cela, une première approximation ne peut être que positive, surtout prenant en compte que, normalement, ce sont les États ceux qui imposent de plus grandes restrictions à son exercice de la part des opérateurs économiques. L'on pourrait même ajouter que pour des activités qui ne sont pas établies dans le pays de la prestation de services il ne s'avère pas spécialement nuisible, tenant compte des contrôles ayant été effectués dans le pays d'établissement du prestataire des services.

Néanmoins, l'on voit, immédiatement, surgir la question concernant l'insuffisante protection de l'intérêt général qui est latente dans la Directive et qui a été confiée aussi bien aux autorités nationales qu'aux autorités européennes et qui justifie nettement que l'on prenne en compte le fait qu'elle ait été considérée comme une disposition purement dé-réglementaire. De fait, ce que la Directive reprend dans son article 16 « diverge de l'article 49 et de l'interprétation que lui a attribué la CJCE afin de faire avancer les intérêts de l'Union, au détriment des pouvoirs des États membres »³¹. C'est pour cette raison que l'on peut la considérer contraire à ce qu'établit l'article 5, dans la mesure où elle excède « ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité » précisément de par le fait d'altérer la hiérarchie des sources, de restreindre la capacité des États pour inclure de nouvelles motivations considérées par la CJCE conformes à l'article 49 ; il faut tenir compte, de plus, que la Directive n'a ni pris la peine de justifier la relation existante entre la jurisprudence et son contenu ni expliqué les raisons qui motivent la réduction, si considérable, du rôle des États dans cette matière, ni expliqué pourquoi les autres raisons impérieuses d'intérêt général que la jurisprudence de la CJCE a configurées ne lui semblent pas satisfaisantes. Et il faudrait aller plus loin, plus encore, si l'on prend en compte que la légitimité de la Directive est limitée de par le fait qu'elle ne constitue pas dans son ensemble une

³⁰ Commission des Communautés européennes, Manuel de transposition de la Directive Services, p. 52. A consulter sur : http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/index_en.htm.

³¹ PEGLOW, K., « La libre prestation... », *op. cit.*, p. 105.

règle d'harmonisation mais que Bruxelles ouvrirait, grâce à sa compétence, pour la dicter³².

La situation, à ce stade, s'avère paradoxale. Les États ont accepté le contenu de la Directive malgré une réduction des capacités de réglementation, dans un processus complexe depuis toute perspective. Cependant, il se peut qu'au moment où l'on procèdera à la valorisation de la réglementation qui est aujourd'hui en vigueur – devant être effectuée avant 2009, conformément à ce qui est contemplé dans l'article 39.5 – ces premiers adoptent une autre position à l'égard d'un contenu aussi large que celui recueilli dans l'article 16 et de plus, lorsque l'on envisagera les normes de transposition, l'on envisagera aussi des problèmes concernant les. Et il convient de rappeler que, la CJCE a toujours été réticente à l'annulation des directives et ce malgré le fait que ce cas entre en contradiction avec ce que la CJCE a signalé à maintes reprises, y compris après sa propre entrée en vigueur, comme cela est arrivé dans l'arrêt *Jobra* du mois de décembre 2008. Il est probable que la solution se trouve là, il faut considérer qu'il s'agit d'un minimum auquel il faudra ajouter tous les éléments qui, de façon casuistique, s'y incorporeront, y compris toutes les exceptions antérieures. Les difficultés du processus d'approbation de la Directive Bolkestein, ne permettraient possiblement pas une solution plus radicale quoique de mon point de vue ce serait le plus raisonnable.

³² En ce sens, pour tous, voir DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, T., « ¿Quo Vadis, Bolkestein? ¿Armonización o mera desregularización de la prestación de servicios? » in *Civitas. Revista española de derecho europeo*, n°. 22, 2007, pages 237-280