

**LE PRINCIPE DU PAYS D'ORIGINE : UN INSTRUMENT DE LIBERALISATION
DANS LA PROPOSITION DE DIRECTIVE SUR LES SERVICES.**

di

Stella Marcazzan

Collegio Europeo di Bruges

INTRODUCTION

Depuis le début de l'histoire de l'intégration européenne, les sujets de nature communautaire qui ont su susciter un véritable intérêt de la part des opinions publiques, et ayant fait l'objet d'un débat virulent, sont peu nombreux.

Ces derniers temps, cependant, deux initiatives législatives ont été au centre de l'attention des médias et semblent avoir secoué la population de son indifférence aux thématiques européennes: la première est l'adoption et la ratification du nouveau traité constitutionnel, la seconde est la proposition de directive sur les services.

S'il est de compréhension aisée que l'adoption d'une Constitution pour l'Europe puisse avoir suscité les craintes et les espoirs des citoyens européens, il est plus étonnant qu'un débat de telle ampleur surgisse au sujet d'une simple directive.

Les raisons de cet intérêt résident, entre autres, dans le fait que la directive vise à réglementer l'ensemble de l'activité tertiaire, qui joue un rôle prépondérant pour l'économie européenne. Ceci dans le but d'éliminer les entraves et les obstacles qui aujourd'hui empêchent encore la création d'un véritable marché unique européen des services.

En l'état actuel de choses, il est possible d'affirmer que les acteurs économiques, politiques et sociaux sont tombés d'accord sur l'importance de la libéralisation des services par le biais d'une directive, afin de relancer la croissance économique dont l'Europe a désespérément besoin¹.

¹ Voir, à ce propos, l'étude menée par l'OCDE sur 'L'intégration des marchés des services' qui vient de sortir (12/7/2005) <http://www.oecd.org/dataoecd/8/31/35106741.pdf>

Nonobstant l'existence de ce consensus général, de nombreuses critiques et contestations se sont concentrées sur la directive et sur l'instrument de libéralisation des services choisi par le législateur communautaire: le principe du pays d'origine. Ce principe, qui constitue la véritable innovation de la directive, est une sorte d'évolution par rapport au plus célèbre principe de la reconnaissance mutuelle. Il prévoit la réglementation des services transfrontaliers à travers les normes de leur pays de provenance et il a été accusé d'être trop libéralisateur, de ne pas garantir des standards adéquats de protection sociale ou encore d'être une source d'insécurité juridique.

Dans cet article, nous analyserons tout d'abord l'architecture de la proposition de directive (Titre I): ses origines et son approche horizontale (section A), puis sa structure et son champ d'application (section B). Dans le Titre II, nous essayerons de comprendre les caractéristiques fondamentales du principe du pays d'origine et ses éléments distinctifs par rapport à la reconnaissance mutuelle d'une part (section A) et de l'autre, les raisons pour lesquelles ce principe a été choisi comme instrument de libéralisation du secteur de services et pourquoi un retour à la reconnaissance mutuelle est visé par certains (section B). Nous concluons par des remarques générales et des propositions de modification de la proposition de directive.

TITRE I :

SECTION A

- **La genèse de la proposition de directive: l'importance des services pour l'économie européenne**

Les services jouent un rôle fondamental dans l'économie européenne, ils représentent environ 70% du PNB et des emplois au niveau communautaire ; les prestataires des services représentent 86% de la population européenne (données datant de l'an 2000)².

²COM (2002) 441 final, 30.7.2002

Nonobstant le rôle clef de ce secteur pour l'économie européenne, de nombreuses entraves limitent la libre circulation des services: les études de la Commission démontrent qu'il s'agit d'obstacles législatifs, de lourdeurs administratives ou encore de coûts additionnels dérivant de la nécessité de se conformer à la législation de l'Etat où le prestataire du service souhaite exercer. Ces entraves limitent fortement les échanges des services intra-communautaires et empêchent l'existence d'une véritable correspondance entre la demande et l'offre actuelle de services transfrontaliers sur le marché.

Cette problématique est au cœur des réflexions de la Commission. Dans l'introduction à la proposition de directive, on peut lire que:

'dix ans après ce qui aurait dû être l'achèvement du Marché intérieur, force est de constater qu'il y a encore un grand décalage entre la vision d'une Europe économique intégrée et la réalité dont les citoyens européens et les prestataires de services font l'expérience³.

Face à ces difficultés, la Commission a pris l'initiative de formuler

'une directive sur les services dans le Marché intérieur, qui définira un cadre juridique clair et équilibré, visant à simplifier les conditions d'établissement et de prestation de services transfrontaliers. Cette directive comprendra un ensemble de dispositions afférentes à la reconnaissance mutuelle, à la coopération administrative et à l'harmonisation en cas d'absolue nécessité, et encouragera l'adoption de codes de conduite et de règles professionnelles à l'échelon européen⁴.

- **Une approche horizontale**

La proposition de directive a été conçue comme une directive horizontale, ou *framework directive*: l'objectif qu'elle vise est l'établissement d'un régime réglementaire unique concernant tous les services, sauf pour certaines catégories

³ COM (2002) 441 final, 30.7.2002.

⁴ COM (2004) 2 final, 6.

bien déterminées qui tombent en dehors de son champ d'application et qui figurent dans une liste spécifique de dérogations.

Le choix d'un seul régime provient de la constatation, qui se retrouve dans toutes les études de la Commission à ce sujet, que les entraves à la libre circulation des services sont de nature transversale et commune à tous les services. Ceci justifie l'adoption d'un seul instrument législatif.

La proposition de directive, telle qu'elle est rédigée maintenant, couvre donc un éventail très ample d'activités économiques fort hétérogènes entre elles. Cette approche horizontale s'est attirée de nombreuses critiques : comme le dit ROWLAND *'The Directive is controversial because it applies the same rules to healthcare and social services as it does to estate agents, fairground providers, advertising companies and private security firms'*⁵.

S'il est vrai, d'un côté, qu'il est difficile de concevoir qu'une seule directive puisse s'appliquer à des centaines de services différents, dont la plupart paradoxalement n'a pas encore été inventée - étant donnée l'évolution constante du secteur - de l'autre, il faut reconnaître que cette approche horizontale a permis d'épargner quelque centaines de directives spécifiques. Ces directives auraient en fait réglé le secteur tertiaire service par service : une tâche très lourde, qui aurait entraîné un niveau élevé d'harmonisation et des coûts considérables.

Par son approche horizontale, la proposition de directive essaye donc d'assurer un haut niveau de respect des spécificités des services dans chaque Etat membre, en évitant un excès de réglementation et une standardisation 'communautaire': l'harmonisation est encadrée et prévue seulement pour certains objectifs spécifiques. Comme le souligne D'ACUNTO, Chef d'Unité Adjoint à la DG Marché Intérieur et l'un des rédacteurs de la proposition de directive

'l'intention n'est pas en effet de parvenir à une surréglementation ou à une uniformité législative communautaire par un instrument fusionnant l'ensemble hétérogène des régimes nationaux des services, mais plutôt de respecter les spécificités propres à

⁵ <http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/4277511.stm>

chaque ordre national et à chaque secteur économique, en fonction des sensibilités culturelles et des traditions juridiques extrêmement différenciées⁶.

L'approche horizontale de la directive permet donc de régler un éventail très large d'activités économiques sans devoir recourir à un usage extensif de l'harmonisation, respectant ainsi les principes de subsidiarité et de proportionnalité.

SECTION B

- **Une structure quadripartie**

Si la proposition de directive a pour objet principal 'les services', il est important de souligner que les dispositions concernant la libre circulation des services constituent seulement un titre du texte législatif. La proposition de directive peut en fait être subdivisée en quatre parties.

Après les dispositions introductives générales, tout d'abord, plusieurs articles concernent la liberté d'établissement (artt. 5-15). La deuxième partie de la directive est dédiée à la libre prestation de services (artt. 16-25), tandis que la troisième partie (artt. 26-47), très hétérogène, contient des dispositions concernant la coopération administrative. La dernière partie vise les mesures d'harmonisation nécessaires pour la mise en œuvre de certaines dispositions de la directive.

En ce qui concerne l'établissement, la proposition de directive opère un travail de codification des développements de la jurisprudence de la Cour dans ce domaine. En premier lieu, la proposition de directive vise la simplification administrative, surtout en matière des autorisations que les prestataires de services établis dans un autre Etat membre doivent posséder pour pouvoir exercer leurs activités. Sans entrer dans le détail, la proposition de directive introduit une forme de 'guichet unique' où les prestataires pourront effectuer toutes les démarches administratives ; les procédures d'autorisation seront encadrées afin d'éviter qu'elles se transforment en véritables entraves à l'établissement.

La proposition de directive prévoit aussi une simplification réglementaire, qui a pour but d'empêcher l'adoption de dispositions nationales qui discriminent les prestataires étrangers de services ou qui entraveraient l'existence de leur activité.

⁶ Salvatore D'Acunto, *La proposition de directive sur les services dans le marché intérieur*, RDUE 2/2004, 209.

Elle prévoit aussi une clause de *status quo* pour les restrictions existantes et un système de notification pour les propositions de législations nationales qui pourraient se révéler des entraves à la liberté d'établissement.

Dans le cadre de la liberté d'établissement, les règles du pays de destination s'appliquent. En revanche, en matière de libre prestation des services la proposition de directive établit le principe du pays d'origine. Ce principe affirme que les services qui tombent sous le champ d'application de la directive sont régis par la législation du pays de provenance; l'Etat d'origine a aussi le devoir de contrôler que le déroulement du service respecte les dispositions législatives nationales. Il s'agit, comme on le verra plus loin, d'une application automatique du principe de la reconnaissance mutuelle.

Le principe du pays d'origine est suivi par une série extensive de dérogations générales, transitoires et individuelles, par un régime spécifique pour le détachement des travailleurs et par une partie relative aux droits des destinataires de services, y compris le régime des services relatifs à la santé publique.

La troisième et la quatrième partie de la directive contiennent enfin des dispositions relatives à la coopération administrative, à l'assistance mutuelle, à l'adoption de codes de conduite communautaires et à l'harmonisation. Il s'agit de dispositions générales, qui visent, d'une part, à faciliter la mise en œuvre des dispositions relatives à l'établissement et à la libre prestation de services, d'autre part, à étendre progressivement le champ d'application de la directive à d'autres domaines.

- **Le champ d'application de la proposition de directive : un domaine controversé**

Il est intéressant de préciser le champ d'application de la directive.

La proposition de directive s'applique aux services qui se déroulent sur le territoire européen : la définition de service que la proposition de directive a retenu est censée couvrir l'éventail le plus large possible d'activités économiques.

La proposition de directive ne vise pas à substituer les directives en vigueur en matière de services, mais plutôt à

'systématiser sur le plan général les indications de la jurisprudence de la Cour de Justice relative aux artt. 43 et 49, en vue de renforcer la clarté et la sécurité juridiques requises par les prestataires, les autorités et les citoyens en tant que destinataires de services'⁷.

Elle est donc complémentaire à l'acquis communautaire en matière de services et son application ne fait que s'ajouter à d'autres règles de droit dérivé existantes.

La proposition de directive essaye aussi d'indiquer clairement les activités économiques qui rentrent dans son champ d'application: en général, elle couvre les services aux entreprises et les services aux consommateurs (comme la comptabilité, le conseil en management, les agences publicitaires et cabinets de recrutement, les services de conseil juridique ou fiscal, les services liés à l'immobilier, les services de construction, la distribution, la location de voitures, les agences de voyage et les services de sécurité); les services liés à la santé, les services à domicile, les services audiovisuels et les services dans le domaine des loisirs⁸.

A contrario, la directive ne s'applique pas aux services non économiques (comme l'éducation nationale) ou aux services financiers, de transport, de communication électronique.

Certaines activités économiques qui tombent dans le champ d'application de la directive ont fait récemment l'objet du débat au sein du Parlement européen, et en particulier dans les Commissions Parlementaires qui examinent actuellement la directive.

Tel est le cas, par exemple, des services d'intérêt économique général et des services de soins médicaux transfrontaliers. Sans entrer dans le détail, la Commission a voulu les inclure dans le champ d'application de la directive sur la base de la jurisprudence de la Cour de Justice qui a mis l'accent sur la nature économique de ces services et sur l'applicabilité des principes de droit communautaire.

Dans son rapport sur la proposition de directive⁹, le rapporteur du Parlement européen - Commission Marché Intérieur - Mme Gebhardt, souligne en revanche la

⁷ Salvatore D'Acunto, *La proposition de directive sur les services dans le marché intérieur*, RDUE 2/2004, 201.

⁸ COM(2004)2final, 22.

⁹ http://www.europarl.eu.int/meetdocs/2004_2009/documents/PR/562/562261/562261fr.pdf.

nature 'délicate' et spécifique de ces services et souhaiterait les exclure du champ application de la directive.

La question est encore ouverte et plusieurs acteurs de la vie politique, économique et sociale ont pris position pour l'une ou pour l'autre faction. Il faudra attendre le mois d'octobre pour savoir si les amendements proposés dans le rapport Gebhardt seront retenus.

TITRE II : le principe du pays d'origine

SECTION A

- **Le du pays d'origine: définition et caractéristiques**

Une fois l'architecture de la proposition de directive analysée dans ses lignes principales, il est important de se concentrer sur son innovation principale, à savoir le Principe du Pays d'Origine (**PPO**).

D'ACUNTO définit le PPO 'comme 'la quintessence'¹⁰, ou encore la 'clé de voûte'¹¹, de la proposition de directive, dont l'objectif visé est de

'permettre à chaque prestataire d'exporter son business model (c'est-à-dire sa méthode commerciale) et de réaliser ainsi des économies d'échelle, sans devoir d'abord, effectuer de longues recherches sur les règles en vigueur dans chaque pays d'opération et, ensuite, s'y conformer, avec les difficultés et les coûts facilement imaginables qui en résultent et qui peuvent souvent mener un opérateur à renoncer in toto à tout projet d'activité transfrontalière'¹².

L'art. 16 de la proposition de directive affirme que '*les Etats membres veillent à ce que les prestataires soient soumis uniquement aux dispositions nationales de leur Etat membre d'origine relevant du domaine coordonné*¹³.

Cette définition apparaît laconique et embryonnaire. En réalité, il n'existe pas encore une définition claire et précise du PPO, comme par exemple celle donnée par la

¹⁰ Salvatore D'Acunto, *La proposition de directive sur les services dans le marché intérieur*, RDUE 2/2004, 220.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Salvatore D'Acunto, *La proposition de directive sur les services dans le marché intérieur*, RDUE 2/2004, 220.

¹³ Art.16.1, COM(2004)2final.

Cour en matière de reconnaissance mutuelle, dans la célèbre affaire *Cassis de Dijon*¹⁴. En effet, le manque d'une définition claire du PPO apparaît nuire à l'interprétation et à la mise en œuvre du principe.

Au delà des difficultés d'interprétation, on peut affirmer que le PPO établit, en synthèse, que les catégories de services auxquelles il s'applique sont réglées par l'Etat dans lequel le prestataire du service s'est établi.

Pour donner un exemple concret, si un prestataire de service (disons un guide touristique) est établi dans le Pays A et souhaite exercer son activité de façon temporaire dans le pays B, il a le droit de le faire sans rencontrer aucune entrave de la part de l'Etat B. L'exercice de son activité de guide touristique continuera à être régi par la législation de l'Etat A, qui devra aussi contrôler que le service est exercé d'une façon convenable et respectueuse de la législation existante¹⁵.

Il s'agit donc d'une interprétation très extensive et projective de la libre circulation des services. Elle prévoit que, dans la mesure où un service remplit les standards législatifs établis par l'Etat d'origine, le pays de destination du service ne peut pas lui imposer de se conformer à d'autres critères établis par la loi nationale¹⁶.

Le PPO établit en outre une obligation de contrôle: l'Etat d'origine doit contrôler que le service soit fourni correctement dans le pays de destination. Comme le souligne D'ACUNTO

¹⁴ CJCE, 20/02/1979, *Rewe-ZentralAG contre Bundesmonopolverwaltung Fur Branntwein*, aff.120/78, Rec.p.648.

¹⁵ Le PPO n'est pas une nouveauté introduite par la nouvelle directive sur les services. Sa première affirmation exhaustive peut être trouvée dans l'opinion de l'Avocat Général Jacobs dans le cas *Säger v. Dennemeyer*. [CJCE 25/7/1991, *Säger*, aff.C-76/90, Rec.p.I-04221] On lit au paragraphe 27 : ' [...] si une entreprise se conforme à la législation de l'EM dans lequel elle est établie, elle peut fournir des services à des clients dans un autre EM, même si la fourniture de ce service ne serait pas normalement légale au regard du droit du second EM. Les restrictions imposées par ce droit ne peuvent être appliquées à l'entreprise étrangère que si elles sont justifiées par des exigences compatibles avec les objectifs de la Communauté [...] '. L'AG Jacobs a donc exprimé un principe révolutionnaire (surtout en considération de l'état de la jurisprudence à cette époque), en affirmant qu'un service conforme aux normes nationales doit pouvoir être exercé dans un autre EM *même si dans l'EM de destination le même service n'est pas légal*. L'Avocat a donc ajouté qu'il est envisageable pour un EM de limiter ce principe 'pur' de libre prestation des services seulement s'il peut faire référence à des justifications conformes au contenu et à l'esprit des traités.

¹⁶ Il faut cependant bien remarquer qu'il s'agit d'un principe qui s'applique à la prestation transfrontalière des services et non pas à l'établissement, qui est régi au contraire par les règles du Pays de destination et par l'usage plus ou moins extensif du principe de la reconnaissance mutuelle.

'en substance, le PPO est composé tant d'un côté négatif (interdiction de restriction par le Pays de destination) que d'un côté positif (obligation de contrôle à l'origine): l'appréhension de la juste portée de ce côté positif est essentielle pour comprendre que les éliminations aux obstacles s'accompagnent d'un ensemble de règles communes et de garanties, surtout à la source du service, et par un nouveau système de partenariat entre tous les Etats membres¹⁷.

Les articles 17, 18 et 19 établissent une série de dérogations au PPO, de type général, transitoire et cas par cas.

Sans entrer dans le détail, on peut dire que les dérogations générales concernent surtout les services d'intérêt économique général, les dispositions de certaines directives spécifiques, comme par exemple la directive sur le détachement des travailleurs (Directive 96/71), les qualifications professionnelles, les contrats avec les consommateurs, ainsi que les exigences spécifiques liées aux caractéristiques du lieu de la prestation.

Les dérogations transitoires concernent le transport de fonds, les activités de jeux d'argent et les activités de recouvrement judiciaire des dettes.

Dans les dérogations au cas par cas, une provision particulièrement intéressante permet à un EM de déroger à l'art. 16 (et donc au PPO) lorsque des circonstances exceptionnelles le demandent, afin de protéger la sécurité des services, la santé publique ou l'ordre public.

Il est possible de conclure que les dérogations au PPO sont de nature transversale et horizontale et limitent fortement le champ d'application du PPO. Toutefois, tout autant que les activités qui rentrent dans le champ d'application de la directive, ces dérogations font l'objet de débats au sein du Parlement Européen et il faut attendre de voir si les amendements proposés par cette institution seront retenus au cours de la procédure de codécision.

¹⁷ Salvatore D'Acunto, *La proposition de directive sur les services dans le marché intérieur*, RDUE 2/2004, 221.

- **Le principe du pays d'origine comme évolution par rapport à la reconnaissance mutuelle : points communs et divergences**

Comme nous venons de le voir, le PPO a été inséré dans la proposition de directive en tant qu'instrument de libéralisation du secteur des services. Ce principe présente des points communs avec un autre principe du droit communautaire, bien plus connu et établi depuis longtemps par la jurisprudence de la Cour de Justice : le principe de la reconnaissance mutuelle (**PRM**). Celui-ci affirme qu'un service peut circuler librement entre Etats membres s'il a été vérifié que cette activité est équivalente à celle correspondante dans le pays où le prestataire du service envisage d'exercer.

Comme HATZOPOULOS l'a bien synthétisé,

'le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle oblige l'Etat membre d'accueil des prestations transfrontalières à constater les similitudes existantes entre sa propre législation et la législation du Pays d'origine et a en tirer les conséquences dans le sens d'un allègement des conditions auxquelles il soumet la prestation en question¹⁸.

Le PRM se base donc sur le concept d'équivalence : deux services de provenance de deux EM sont considérés comme équivalents s'ils répondent à des critères législatifs dans leur pays d'origine et s'ils assurent le même niveau de protection des intérêts légitimes de l'EM - même si, dans la pratique, leurs modalités d'exercice peuvent varier fortement.

Le PPO, même s'il a de nombreux points communs avec le PRM, ne doit pas être confondu avec ce dernier, car il ne se base pas sur le concept d'équivalence mais plutôt sur celui d'acceptation.

Lorsque le PPO s'applique (art. 16 de la proposition de directive), il n'est pas nécessaire que les services dont la libre circulation est envisagée soient considérés comme équivalents aux services du Pays d'accueil, ni du point de vue juridique (répondant aux standards établis par la loi) ni au niveau de la protection des intérêts

¹⁸ Vassilis Hatzopoulos, *Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services*, Bruxelles, Bruylant; Athina, Sakkoulas, 1999, 70.

de l'Etat. Ces services doivent pouvoir circuler librement même s'ils diffèrent par rapport aux services nationaux sous ces deux profils.

Le PPO apparaît donc comme une sorte d'évolution du PRM vers une plus forte intégration. Il s'agit d'une approche plus radicale qui n'est plus, comme c'était le cas pour le PRM, contrebalancé par une évaluation de la Cour des justifications que les Etats posent à la libre circulation des services. Il s'agit, comme le souligne D'ACUNTO, de la '*règle de la reconnaissance mutuelle automatique*¹⁹.

Une autre différence entre le PPO et le PRM est mise en évidence par DRIJBER, qui souligne que

'dans la jurisprudence de la Cour, la loi du pays d'accueil doit reculer par rapport au service 'étranger', dans la mesure où son application engendrerait une entrave au libre commerce qui n'aurait pas de justifications. Dans d'autres termes, le PRM est une obligation conditionnelle, car l'Etat d'accueil peut toujours essayer à justifier une entrave. Au contraire, le PPO fonctionnerait plutôt comme une loi de conflit²⁰, car il mettrait à l'écart la législation du pays d'accueil, même si elle est compatible avec le traité. Le PRM devient une obligation non conditionnelle et on peut dire que la directive va bien au-delà de la jurisprudence de la Cour²¹.

On voit ainsi nettement l'approche définie comme 'radicale' du PPO. En pratique, cela signifierait que, en ce qui concerne les services auxquels le PPO s'applique, les EM perdraient la possibilité de légiférer dans le domaine des exigences impératives, comme par exemple la protection des travailleurs, des consommateurs, du patrimoine historique et artistique, la lutte contre l'inflation et tous les autres domaines identifiés par la jurisprudence de la Cour de Justice.

SECTION B

¹⁹ Salvatore D'Acunto, *La proposition de directive sur les services dans le marché intérieur*, RDUE 2/2004, 220

²⁰ *Rule of conflict* en anglais.

²¹ Berend J. Drijber, *The Country of Origin Principle, hearing before the Committee Internal Market and Consumer Protection on the proposed Directive on Services in the Internal Market*, 11/11/2004, 2, 3.

- **Pourquoi le législateur communautaire a choisi le principe du pays d'origine...**

On peut légitimement se demander pourquoi le législateur communautaire a opté pour une approche fondée sur le PPO plutôt que sur la reconnaissance mutuelle.

Les raisons suivantes peuvent, entre autres, être annoncées:

- *Le mauvais fonctionnement du PRM dans le secteur des services.* On lit en fait dans la Communication de la Commission de 1999 sur la reconnaissance mutuelle que '*les difficultés d'application de la reconnaissance mutuelle dans le domaine des services surgissent lorsque les Etats membres prennent des mesures destinées à protéger 'l'intérêt général', comme la protection du consommateur*²². Le PRM, tout en ayant apporté des éléments fondamentaux à l'intégration communautaire, n'a pas toujours été mis en œuvre d'une manière efficace dans le domaine des services.
- La volonté de donner vie à *une véritable libéralisation du secteur des services* en adoptant un principe plus radical et 'intégrationniste' que la simple reconnaissance mutuelle.
- La préférence pour *un niveau de sécurité juridique accrue* (services auxquels le PPO s'applique ; dérogations) au détriment d'une approche flexible et au cas par cas.

En outre, l'adoption du PPO dans la proposition de directive a, selon une partie de la doctrine²³, de nombreux avantages:

- '*Une compétition accrue* dans le secteur des services et plus de possibilité par le consommateur de choisir entre services différents ;
- *Une réduction des défaillances* au niveau de prestation de services transfrontaliers, en particulier pour les petites et moyennes entreprises (PME) ;

²² http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/uPDate/general/mutualfr.PDF.

²³ Par exemple, Onno Brouwer, *The Country of Origin Principle, Hearing before the Committee Internal Market and Consumer Protection on the Proposal for a directive in the Internal Market*, 11/11/2004, 3.

- *Une majeure sécurité juridique* soit pour les prestataires des services, soit pour ceux qui les reçoivent ;
- Une majeure possibilité pour les opérateurs économiques de *faire valoir leurs droits* attribués par le traité et par la jurisprudence de la Cour devant une juridiction nationale ;
- *Une augmentation des flux commerciaux*²⁴.

Parmi les sujets énumérés ci-dessus, les questions de la sécurité juridique et de la possibilité de voir ses propres droits protégés d'une manière plus efficace apparaissent particulièrement intéressantes.

En matière de sécurité juridique, la proposition de directive prévoit un article 'positif' de libéralisation des activités économiques liées aux services, et une série d'articles 'négatifs' contenant des listes précises de dérogations au principe précédent. Il s'agit d'une classification claire qui, au-delà des problèmes inévitables liés à la définition et à la délimitation précise de chaque service, permet de prévoir avec certitude les conditions d'exercice du service que le prestataire vise à exporter dans un autre Etat.

Ce bénéfice est strictement lié à la possibilité de faire valoir ses propres droits devant une juridiction : les opérateurs économiques, grâce à une meilleure connaissance de leurs droits, pourront procéder à des recours en cas de violation de leurs prérogatives (cela vaut surtout pour les PME, qui craignent souvent la longueur et les coûts d'une éventuelle action en justice).

En outre, la distinction claire apportée par la directive entre le PPO et ses dérogations devrait faciliter le travail d'évaluation de la Cour. En effet, la Cour aura à sa disposition un outil clair (les prévisions de la directive) qui permettra d'établir si un EM a réglé la prestation d'un service transfrontalier d'une manière conforme et licite au sens de la directive ou, dans le cas échéant, si le PPO s'applique et le régime réglementaire de référence est celui du pays d'origine.

En d'autres termes, le législateur communautaire a essayé avec la proposition de directive de limiter le 'degré d'arbitraire' indissolublement lié à l'évaluation cas par

²⁴ *Ibidem.*

cas faite par la Cour par la voie jurisprudentielle, lorsqu'elle se trouve à déterminer si une entrave législative à la libre prestation d'un service provenant d'un autre Etat peut être justifiée.

Le juge communautaire doit en fait évaluer si les justifications envisagées par l'Etat relèvent de la protection de ses intérêts légitimes, si elles sont proportionnelles, nécessaires et non discriminatoires. Il s'agit d'un test assez complexe, où beaucoup de facteurs entrent en jeu. Le PPO permet d'éviter ce test.

En résumé, on aura, si la directive est adoptée, un régime précis, que pourrait être défini de type *aut-aut* : soit le service circule librement sur la base du PPO, soit il tombe dans une des exceptions. Dans ce second cas, l'Etat de destination a le droit de le soumettre à sa législation.

Ainsi, en insérant le PPO dans la proposition de directive, le législateur communautaire a voulu donner une impulsion forte à la libéralisation des services, tout en sauvegardant la sécurité juridique des prestataires et des destinataires des services.

- **...et pourquoi un retour à la reconnaissance mutuelle est souhaité**

Nonobstant les aspects positifs que l'on vient d'énumérer, le choix du PPO dans la proposition de directive en lieu et place de la reconnaissance mutuelle reste une question ouverte. Elle aussi est au centre d'un débat parmi les fonctionnaires de la Commission et certains membres du Parlement européen.

A ce propos, la rapporteur du Parlement européen – Commission Marché Intérieur - Mme Gebhardt, a présenté son rapport sur la proposition de directive²⁵ qui détaille de nombreuses propositions d'amendement.

Elle propose en particulier un changement radical de l'art. 16 de la proposition de directive, celui-là même qui instaure le PPO: elle souhaiterait lui substituer le principe de la reconnaissance mutuelle.

²⁵ http://www.europarl.eu.int/meetdocs/2004_2009/documents/PR/562/562261/562261fr.pdf.

Mme Gebhardt prétend que le PPO *'ne constitue pas un principe autonome, mais une des nombreuses interprétations développées par la Cour Européenne de Justice dans le domaine du marché intérieur*²⁶, et en particulier dans la jurisprudence *Cassis de Dijon*²⁷.

Elle propose un retour à la reconnaissance mutuelle, par le biais de quatre innovations:

1. la reconnaissance mutuelle devrait s'appliquer à tous les services dits 'commerciaux', sauf à ceux qui sont expressément mentionnés à l'alinéa 1*bis* et dans les annexes. Les dérogations de l'art. 18 et 19 seront donc supprimées;
2. la reconnaissance mutuelle ne s'appliquera pas aux dispositions de l'Etat de destination en matière de protection des consommateurs, de l'environnement et du droit du travail;
3. le pays de destination pourra s'opposer à l'exercice d'un service par un prestataire établi dans un autre EM pour des raisons d'intérêt général qui relèvent de la catégorie des exigences impératives (politique sociale, protection des consommateurs, protection de l'environnement...) pourvu que la mesure soit proportionnée et qu'un tel intérêt n'ait déjà fait l'objet de la même protection par le pays d'origine;
4. finalement, les Etats devront notifier à la Commission toute mesure dans le domaine des exigences impératives qu'ils visent à appliquer aux services de provenance d'un autre EM.

Le rapport de Mme Gebhardt ne spécifie pas explicitement pourquoi un retour à la reconnaissance mutuelle lui serait préférable. Cela semble relever de l'approche trop radicale du PPO : ce principe ne semble pas tenir suffisamment compte de la protection des intérêts légitimes des Etats lorsqu'ils souhaitent soumettre les

²⁶ Provisoire, 2004/0001(COD), 31.

²⁷ Dans notre opinion, il y a un grand malentendu ici, car c'est le principe de la reconnaissance mutuelle et non pas le principe du pays d'origine qui a été dégagé par cette jurisprudence.

services de provenance d'un autre pays à des règles établies au niveau national. En fait, si d'une part le PRM permet de tenir compte des intérêts légitimes des Etats, de l'autre, le PPO impose une ouverture complète du marché du pays de destination, sans que cet EM puisse invoquer le domaine des exigences impératives pour pouvoir régler le service qui vise l'entrée.

Au delà du débat juridique que l'on retrouve dans le rapport de Mme Gebhardt, concernant le choix des principes du pays d'origine ou de la reconnaissance mutuelle, d'autres craintes, de nature générale, portent sur l'introduction du PPO dans la proposition de directive.

Différents gouvernements, en particulier le gouvernement français, soutiennent que le PPO, tel qu'il est formulé dans la proposition de directive, n'offre pas assez de garanties au niveau social et qu'il risque en particulier de mener à des formes de *dumping social*.

Prenons un exemple classique : sur la base du PPO, une entreprise estonienne aura le droit d'offrir ses services sur le territoire suédois, tout en respectant sa réglementation nationale. Elle pourra accorder à ses employés le salaire minimum prévu en Estonie qui, le cas échéant, sera de beaucoup inférieur au salaire minimum en Suède. Cela pourrait avoir un impact sur le coût final du service offert par l'entreprise estonienne, qui sera moins cher par rapport au même service suédois, avec pour résultat d'exclure l'entreprise suédoise du marché à long terme en raison de son incapacité à offrir un service concurrentiel.

Le risque de *dumping social* est un sujet très sensible pour plusieurs Etats, en raison surtout de la mauvaise situation économique actuelle et du haut niveau de chômage²⁸.

Il nous semble toutefois que ces craintes ont été exagérées et instrumentalisées par des raisons de nature politique.

A ce propos, il faut souligner que cette même question du dumping social et de la '*race to the bottom*', à savoir la détérioration des standards législatifs suite à une

²⁸ Financial Times, '*EU leaders back changes to services directive*', 22/3/2005.

compétition entre législations différentes, s'est posée de la même façon pour le PRM.

Même si ce sujet a passionné la doctrine²⁹, l'évidence empirique ne semble pas confirmer cette hypothèse³⁰ relative au PRM et l'on ne voit pas pourquoi elle devrait s'appliquer au PPO. Pour ces raisons, les craintes de *dumping social* semblent avoir été surestimées.

- **Conclusion : un débat ouvert**

Il découle de ce qui précède que le PPO et le PRM comportent chacun des avantages et des inconvénients. Le PPO possède trois avantages qu'il convient de souligner.

Avant tout, il faut se rappeler que l'art. 16 de la proposition de directive, qui établit le PPO, est contrebalancé par 29 dérogations. Elles affirment la coexistence avec la proposition de directive de plusieurs régimes sectoriels préexistants, qui règlent plusieurs domaines sensibles – comme, par exemple, le détachement des travailleurs - qui tombent ainsi en dehors de la portée de la directive.

Ensuite, même si cela peut apparaître banal, il ne faut pas oublier que le but visé par la proposition de directive est la libéralisation du marché des services. Or, le problème qui se pose ici n'est pas la protection des intérêts des Etats membres, qui ont au contraire été protégés davantage dans le passé, mais plutôt l'élimination de toute une série d'obstacles et d'entraves réglementaires qui empêchent actuellement la libre circulation des services.

²⁹ Jacques Pelkmans, *Mutual recognition in goods and services: an economic perspective*, Brugge, College of Europe, 2002, 22.

³⁰ Certains auteurs ont en fait soutenu que les entreprises provenant des EM caractérisés par des standards législatifs plus bas pourraient se fonder sur le PRM afin d'offrir librement leurs biens/services sur les marchés des autres EM, en excluant ainsi les concurrents du marché. Il faut toutefois se rappeler, comme le souligne souvent MATTERA, que le PRM s'applique seulement dans la mesure où les réglementations nationales offrent le même niveau de protection des intérêts légitimes des Etats : le PRM ne sera pas donc valide pour des produits/services de provenance d'autres EM qui répondent à des standards législatifs très différents, ce qui pourrait en effet donner vie à une compétition entre législations dont l'effet serait une détérioration des standards de protection de ces mêmes intérêts légitimes.

En outre, la liste extensive de dérogations semble tenir compte des exigences légitimes des Etats.

Finalement, d'un point de vue pratique, il est possible d'affirmer que le PPO a été établi là où, *de iure* ou *de facto*, le PRM s'appliquait déjà. La différence entre les deux, comme nous venons de le voir, réside plutôt dans l'approche automatique du PPO par rapport au PRM.

Sans vouloir prendre position sur le contenu général du rapport, l'amendement de l'art 16 proposé par Mme Gebhardt nous semble représenter un pas en arrière par rapport à l'état actuel de la proposition de directive. La possibilité pour les EM de s'opposer à l'exercice d'un service provenant d'un autre EM dans le domaine des exigences impératives - même si cela est contrebalancé par l'examen obligatoire de la Commission de la mesure étatique - signifierait en fait un amoindrissement considérable de l'élan libéralisateur de la directive.

Face aux contestations du principe du pays d'origine, il apparaît pertinent de se demander si un régime réglementaire alternatif serait envisageable.

Une première solution serait de combiner le PPO à un degré d'harmonisation minimale successive dans chaque secteur, capable de réassurer les Etats quant à la protection de leurs intérêts légitimes. Il serait aussi possible de soumettre l'application du PPO à un degré d'harmonisation préalable³¹.

Cela aurait l'avantage de créer ce qui est appelé en anglais un '*level playing field*'. Beaucoup de difficultés apparaissent cependant en raison de la nature même de l'harmonisation (principe de subsidiarité, entreprise trop longue, trop de secteurs, accords difficiles).

Une autre possibilité serait de continuer avec le système actuel de directives sectorielles. Ce système s'est cependant déjà montré insuffisant pour donner lieu à

³¹ Il s'agit ici de la question de la *sequencing*, à savoir si l'harmonisation devrait précéder ou suivre l'application du PPO.

une libéralisation accrue du secteur des services. Si d'un côté il a permis de maintenir une approche spécifique, capable de tenir compte des caractéristiques particulières de chaque catégorie de services, de l'autre côté le risque existe de perdre l'approche horizontale et transversale de la nouvelle directive.

Finalement, on pourrait essayer de mieux définir le champ d'application de la directive, en ajoutant ou en modifiant la liste des dérogations. Même si cela serait clairement un moyen d'affaiblir la portée libéralisatrice de la directive, cette solution apparaît comme la seule capable de concilier les intérêts politiques divergents des différentes institutions.

Au delà des solutions proposées, certaines améliorations de la proposition de directive nous semblent envisageables.

Avant tout, une définition plus claire du PPO pour permettre d'établir avec certitude sa portée juridique; ensuite, une limitation plus claire du champ d'application de la directive pour mieux comprendre si le PPO s'applique ou ne s'applique pas à certaines catégories de services ; finalement, une meilleure distinction entre libre prestation des services et liberté d'établissement pour mieux distinguer les activités soumises au PPO et celles soumises au régime du pays de destination. Ceci pourrait rassurer les Etats les plus inquiets.

Enfin, en ce qui concerne le choix entre reconnaissance mutuelle et principe du pays d'origine, nous ignorons si les amendements proposés par Mme Gebhardt seront retenus. Il reste donc à savoir si la reconnaissance mutuelle sera substituée au PPO ou si ce dernier restera en vigueur tout en étant limité par de nouvelles dérogations qui seront ajoutées à celles déjà établies.

Toutes ces questions, très controversées, seront débattues de façon détaillée lors de la session plénière du Parlement qui se tiendra en octobre prochain.

Entre-temps, nous espérons que le climat politique et institutionnel s'améliorera, ce qui permettrait une analyse plus objective de la proposition de directive sans qu'elle fasse l'objet d'instrumentalisations de nature politique.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione
a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttore: Prof. Giuseppe Di Gaspare