



La directive « services » et le modèle communautaire de construction des marchés

Gaël CORON

Laboratoire Lorrain de Sciences Sociales (2L2S)

Jusqu'ici la politique européenne de marché a surtout été menée par la voie judiciaire et l'affaiblissement des normes nationales de protection. Ces deux traits fondamentaux n'ont pas été modifiés par la directive sur les services en cours de transposition. Cette dernière reprend la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) tout en réduisant les possibilités d'intervention des États dans le domaine de la liberté d'établissement. La directive services n'est donc ni un changement de politique ni un « retour du politique ». Bien qu'elle ne concerne pas directement les droits des travailleurs, elle présente un exemple de l'« intégration négative » qui, depuis l'arrêt Cassis de Dijon de 1979, permet au couple Commission/Cour de Justice, véritable législateur européen, de les mettre en cause.

La directive européenne de 2006 sur les services, dont la transposition est censée être terminée le 28 décembre 2009, n'a pas de dimension sociale directe. Mais revenir sur sa genèse et son contenu est indispensable pour comprendre les interventions communautaires qui portent directement, elles, sur le statut et les droits des travailleurs. On examinera successivement la genèse de la directive dans l'arrêt Cassis de Dijon de la Cour de justice, à l'origine de la forme négative de l'intégration européenne, ses effets en matière de liberté d'établissement et ce qu'elle révèle du fonctionnement des instances de l'Union européenne.

L'arrêt Cassis de Dijon et l'intégration négative

Si la directive « Bolkestein » a focalisé l'attention sur la politique économique de l'Union européenne, c'est au prix d'un certain impensé : celui des étapes de la construction de cette politique depuis la création de la Communauté européenne. Dans le débat public, partisans et opposants du texte de 2005 ont au final repris une idée commune : le contenu du texte et donc l'ampleur de la libéralisation dans le secteur des services découlent logiquement du traité signé en 1957.

C'est en partie vrai puisque deux principes essentiels contenus dans le traité de Rome servent de base juridique à la directive. Le premier est la *liberté d'établissement*. D'une part, elle permet de *migrer* au sein de l'Union européenne. Par exemple, une firme peut transférer son siège social d'un pays membre à un autre. D'autre part, elle permet de *s'implanter*, c'est à dire d'ouvrir un établissement secondaire, une succursale ou une filiale dans un autre État-membre. Enfin, elle permet *d'accéder à une activité et de l'exercer*. En effet, les États soumettent l'accès à un certain nombre de professions à une autorisation administrative (par exemple dans le secteur bancaire ou assurantiel au nom de la protection des consommateurs) ou à la détention d'un diplôme (ce qui peut aller des avocats aux coiffeurs). La justice européenne peut aussi considérer qu'une règle entrave indirectement la liberté d'établissement. Par exemple, la législation française a longtemps interdit la rémunération des comptes de dépôt à vue, ce qui était la contrepartie de la non facturation des chèques. La Cour de justice des communautés européennes a considéré en 2004 que cette règle touchait au cœur du métier bancaire et qu'elle empêchait les nouveaux entrants de mener une politique

concurrentielle. Bref, elle était jugée contraire à la liberté d'établissement.

Le second principe est la *liberté de prestation de services*. Il s'agit du droit d'offrir des services, à partir d'un établissement implanté dans un État-membre, sur le sol d'un autre. Comme on va le voir, les règles en matière de libre prestation de services s'inspirent en partie des règles de libre circulation des marchandises, car ces deux situations peuvent se recouper partiellement. Une firme à dimension européenne peut choisir de fonder un établissement dans un pays ou bien d'y offrir des services depuis un établissement implanté dans un autre pays de l'Union. Mais les États sont tenus d'assurer le respect de ces deux principes en même temps. Par exemple, ils ne peuvent contraindre une entreprise à avoir un établissement sur leur territoire pour y fournir des services : le juge européen y voit une contradiction avec le principe de libre prestation de services. Et cela même s'il est démontré que les entreprises communautaires sont traitées comme les nationales dans les procédures d'autorisation à s'établir. Ajoutons que dans certains secteurs le passage par l'établissement est une exigence importante en termes commercial plus que juridique : les différences linguistiques ou juridiques entre États sont un frein trop important pour qu'un particulier ou une entreprise s'engagent auprès d'un prestataire non domicilié sur leur territoire.

Mais ces principes contenus dans les traités originaux n'auraient certainement pas suffi à eux seuls à déterminer la connotation libérale de la politique européenne actuelle. C'est surtout l'œuvre de la CJCE qui va à partir du tournant des années 1980 renforcer la construction des marchés intérieurs en s'inspirant des solutions qu'elle a elle-même dégagées dans le champ de la libre circulation des marchandises. En effet, « bien que la liberté de prestation de services ait une certaine spécificité, il ne faut pas oublier que toutes les libertés se fondent dans un même moule. Le principe fondamental de réalisation du marché unique a été posé en matière de libre circulation des marchandises par l'arrêt *Cassis de Dijon* » [Gavalda, Parléani, 2006, p. 190]. Cet arrêt fondamental a été rendu en 1979 dans une indifférence quasi-totale et sa notoriété n'a pas dépassé le cercle des spécialistes alors qu'il s'agit d'un événement politique majeur.

À l'origine de cette jurisprudence, on trouve une affaire d'importation en Allemagne d'une liqueur – le cassis de Dijon – dont le degré d'alcool est de 20°, alors que la législation allemande interdisait la commercialisation de spiritueux inférieurs à 25°. La question posée était de savoir si cette réglementation était une manière déguisée d'interdire les importations. À cette époque, une directive européenne sur les produits alcooliques était en discussion. Pour les représentants de l'État allemand, faute d'un texte communautaire définissant au niveau européen le régime des

alcools, il ne pouvait y avoir de marché européen. À travers ce débat, on trouve une opposition entre deux manières de penser l'intégration européenne. La première, qualifiée d'*intégration positive*, consiste à dire que la construction d'un nouveau marché passe par la construction de nouvelles normes visant à l'encadrer (normes salariales, environnementales, etc.). Dès lors, il faut un nouveau pouvoir politique établissant de nouvelles règles générales. À l'inverse, *l'intégration négative* signifie la mise en concurrence des producteurs nationaux et la destruction des normes encadrant les marchés nationaux sans construction d'une nouvelle autorité publique.

Pour replacer dans son contexte l'arrêt *Cassis de Dijon*, la fin des années 1970 est marquée par des blocages persistants des textes législatifs visant à fixer des normes communes pour les marchandises circulant au niveau européen (c'est le cas pour le texte sur l'alcool). Dans sa décision la Cour estime que seuls des motifs limités permettent d'interdire la circulation d'une marchandise reconnue comme valide par le droit national d'un des États membres : ce sont « des exigences impératives tenant, notamment à l'efficacité des contrôles fiscaux, à la protection de la santé publique, à la loyauté des transactions commerciales et à la défense des consommateurs » (point 8 de l'arrêt). La Commission va s'emparer de cet arrêt et généraliser ses principes pour dépasser les blocages politiques (notamment au Conseil) qui empêchent les avancées du marché unique. Dans une communication interprétative, elle affirme que « tout produit importé d'un État membre doit en principe être admis sur le territoire de l'État membre importateur s'il

« La notoriété de l'arrêt *Cassis de Dijon* n'a pas dépassé le cercle des spécialistes alors qu'il s'agit d'un événement politique

est légalement fabriqué, c'est-à-dire s'il est conforme à la réglementation et aux procédés de fabrication loyaux et traditionnels du pays d'exportation ». C'est le principe de *reconnaissance mutuelle*. La Commission annonce dans le même texte que la généralisation de ce principe va lui permettre de lancer une politique juridictionnelle tous azimuts de lutte contre les législations nationales qui bloquent la création du marché unique des marchandises ; et cela sans que soit nécessaire l'adoption de nouveaux textes généraux par les institutions politiques. La *reconnaissance mutuelle* permet donc de relancer la construction du marché unique avec une grande économie de moyens. Elle fait aussi clairement pencher le sens de cette construction du côté de l'intégration négative. En effet, comme l'écrit Wolfgang Streeck : « En principe, la reconnaissance mutuelle rend l'intégration économique possible sans qu'il soit nécessaire de remplacer les régulations nationales par une régulation au niveau transnational et sans qu'il soit nécessaire d'édifier des institutions politiques supranationales ». La reconnaissance mutuelle va servir d'aiguillon au projet de marché unique, à travers l'acte unique européen signé en 1986 et par le travail de la Cour pour étendre ces solutions au marché des services. Néanmoins, le schéma n'est pas totalement applicable car un service est souvent produit sous l'emprise de plusieurs droits

nationaux contrairement à la marchandise. Plutôt que de déterminer le droit applicable, le juge européen va se référer à la « finalité de la construction européenne » [Gavalda, Parléani, 2006, p. 191] et chercher à invalider la loi qui empêche l'exercice de la libre prestation de services, qu'elle soit celle du client ou celle du prestataire.

La directive services et la liberté d'établissement

Le texte adopté en 2006 et en cours de transposition porte à la fois sur la liberté de prestation de services et sur la liberté d'établissement. Il ne remplace pas les textes déjà existants (transports, énergie, prêts de main d'œuvre ou autres) et reprend les principes dégagés par la jurisprudence de la CJCE depuis les années 1980. S'il n'apparaît pas d'une grande nouveauté, en particulier au sujet de la liberté de prestation de services, ce texte introduit néanmoins un encadrement considérable de la compétence des États en matière d'autorisation d'établissement, et cela pour leurs ressortissants nationaux comme pour les entreprises venues d'un autre pays de l'Union.

C'est sur la question du champ d'application du texte que les affrontements politiques ont été les plus vifs, certains craignant que des secteurs entiers tels que l'éducation basculent dans le champ de la concurrence communautaire. L'article 2 énumère donc les secteurs qui ne relèvent pas de la directive services (soit que l'activité n'est pas un service, soit qu'elle est couverte par une autre directive) : y figurent notamment les services d'intérêt général non économiques ; les services financiers ; les services sociaux (*i. e.* services assurés par l'État relatifs au logement social, à l'aide à l'enfance et à l'aide aux familles et aux personnes se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin).

Peu commentée pendant le débat référendaire de 2005, la refonte des régimes d'autorisation en matière d'établissement est pourtant un des points essentiels du texte. Elle vise à soumettre *tous* les acteurs, qu'ils soient nationaux ou communautaires, aux mêmes règles, ce qui va démultiplier l'effet du texte. Comme l'écrit un fonctionnaire de la Commission européenne, « [l'exclusion des nationaux de ces règles] aurait surtout limité la portée de l'action de modernisation des systèmes nationaux en créant des disparités au désavantage des opérateurs nationaux » [D'Acunto, 2007, p. 282]. L'égalité de traitement est ainsi invoquée pour réduire les possibilités d'interventions des États. En France par exemple, les lois qui limitent les surfaces des centres commerciaux ont été modifiées au nom de l'application de la directive par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008. Dans le détail, et si on les rapproche des politiques de réduction des fonctions publiques, on peut dire que ces

nouvelles dispositions organisent d'une certaine manière l'étouffement des autorités régulatrices.

Les articles 5 à 15 de la directive sont consacrés à la simplification en matière d'établissement : simplification administrative (5 à 13) et réglementaire (14 et 15). Les innovations concernent notamment l'instauration d'un guichet unique et de procédures électroniques. Plus fondamental, les États sont contraints par l'article 9 à recenser un par un leurs régimes d'autorisation, qui constituent l'exception à la règle du libre établissement. Les États doivent prouver que ces autorisations sont justifiées, c'est-à-dire que les critères (cumulatifs) sont :

- 1) non discriminatoires ;
- 2) justifiés par une raison impérieuse d'intérêt général ;
- 3) proportionnels à cet objectif ;
- 4) clairs et non ambigus ;
- 5) objectifs ;
- 6) rendus publics à l'avance ;
- 7) transparents et accessibles.

L'autorisation sera donnée qui sera donnée devra être valable sur l'ensemble du territoire national et en principe de durée illimitée. En outre l'article 13 précise une règle procédurale : « en l'absence de réponse dans le délais prévu, éventuellement prolongé [...], l'autorisation est considérée comme octroyée », ce qui est un basculement essentiel dans les pays comme la France, dont le droit prévoit qu'une non-réponse de l'administration signifie au bout de deux mois rejet de la demande. Les articles 14 et 15 mentionnent les exigences interdites et celles où un examen doit être mené. Autant dire qu'avec toutes ces contraintes les régimes d'autorisation sont en sursis.

Enfin, les articles 16 à 19 sont consacrés à la libre prestation de service. L'article 16 enjoint les États à garantir le libre accès à une activité de service sauf raison (d'origine jurisprudentielle) tenant à l'ordre, la sécurité et la santé publiques ou à la protection de l'environnement. En outre les restrictions doivent être cumulativement non discriminatoires, nécessaires et proportionnelles. C'est l'article 16 qui contenait originellement le principe du pays d'origine : si celui-ci a donc été au moins en principe supprimé, la compétence de l'État où est fournie la prestation est devenue en pratique difficilement exerçable.

Les enjeux du texte en termes de gouvernance européenne

Il faut garder à l'esprit que l'adoption d'un texte européen ne constitue pas la fin du jeu politico-juridique sur les dispositions qu'il contient. Deux zones d'incertitude demeurent : l'attitude des États qui conservent une marge de manœuvre dans la transcription, et surtout le rôle des juridictions (et en premier lieu la CJCE) dans l'interprétation de textes en général très ambigus. Rappelons que la Cour confère une *interprétation authentique* à tous les textes communautaires, c'est-à-dire une interprétation qui est le seul sens juridiquement valable d'un texte. Cela est vrai des

« La puissance de l'Europe juridique a permis l'intégration négative »

règlements et directives mais aussi des traités fondamentaux. Cela explique qu'en l'absence de législation les arrêts de la Cour interprétant les traités ont une force politique et juridique essentielle, comme on vient de le voir pour l'arrêt Cassis de Dijon.

Plus globalement, la construction du marché des services invite à une réflexion sur le rapport entre droit et politique. Le droit est en effet un outil essentiel de régulation du jeu communautaire. Cela tient à l'histoire de la construction communautaire et au fait qu'il représente le principal outil d'intervention de l'Europe. Ni le budget ni la fonction publique de l'Union européenne ne peuvent rivaliser avec ceux d'un État dont la population serait comparable. Par contre, la CJCE a conféré au droit communautaire deux caractéristiques essentielles : la *primauté* (*i. e.* la supériorité par rapport aux droits nationaux) et l'*effet direct* (*i. e.* l'invocabilité devant n'importe quel juge national ou à l'encontre d'un État membre). En outre une culture juridique commune et la mise à distance en partie réussie des pressions politiques ont fait de la Cour, comme de la Commission ou plus tard de la Banque centrale européenne, une institution relativement autonome des pouvoirs nationaux et visant une perspective « supranationale ». Là où l'Europe politique a longtemps piétiné, l'Europe juridique est une réalité incontestable dont la puissance est croissante, relayée par toutes les entreprises qui invoquent ses dispositions ou qui sollicitent la Cour pour amener les États au respect des libertés économiques. La puissance de l'Europe juridique a permis l'intégration négative, l'impuissance de l'Europe politique a fermé la voie de l'intégration positive. L'Europe n'a pas transformé le paysage des États membres en créant de toutes pièces le droit de la concurrence mais elle a hissé les règles de droit de la concurrence à un niveau juridique supérieur car supranational tandis que le droit social est enlisé au niveau national. C'est ce mouvement de suprématie juridique que Fritz Scharpf appelle « la constitutionnalisation du droit de la concurrence ».

Sans psychanalyser les institutions, l'attachement au libéralisme de l'Union est peut-être moins dû à une véritable conviction quant à la supériorité du modèle qu'à la croyance que seul un marché dérégulé pouvait, dans la configuration de blocage de la fin des années 1970, relancer la construction européenne. C'est notamment le pari des sociaux-démocrates pour qui l'établissement du marché était la première étape nécessaire pour qu'apparaisse la puissance publique européenne qu'ils appelaient de leurs vœux. Mais le chemin ainsi parcouru a figé un certain nombre de rôles : primauté du marché dont les objectifs ont été progressivement constitutionnalisés par la jurisprudence de la Cour (c'est-à-dire placé au-dessus de la législation communautaire) en créant une hiérarchie entre les droits économiques et les autres ; primauté du couple Commission/Cour qui par une jurisprudence extensive est devenu le véritable législateur européen.

La directive services a-t-elle changé le poids relatif du juge et du parlementaire ? À la politique libérale adoptée par la voie judiciaire va-t-on substituer une politique libérale adoptée par le Parlement européen et qui serait susceptible de changer suivant les majorités politiques de ce dernier ? Cela a peu de chance de se produire tant que les pouvoirs de la Cour en termes d'interprétation se cumuleront avec la nécessité pour faire adopter un texte européen de recourir à des dispositions ambiguës. Paradoxalement, les conflits au Parlement et au Conseil ont conduit les organes politiques à adopter un texte « flou » dont les incertitudes seront progressivement levées par la jurisprudence de la Cour. Cette dernière dans la continuité de son œuvre antérieure continuera sûrement à faire progresser les « libertés fondamentales » des entrepreneurs.

Gaël Coron

Références :

- D'Acunto S., « Directive services (2006/123/CE) radiographie juridique en dix points » in: *Revue du droit de l'Union européenne*, n° 2, 2007, pp. 261-327.
- « Directive 2006/123/CE, du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur », Journal officiel L 376 du 27 décembre 2006.
- Gavalda C., Parléani G., *Droit des affaires de l'Union européenne* (5^{ème} édition), Litec, Paris, 2006.
- Scharpf F., *Gouverner l'Europe*, Presses de Science Po, Paris, 2000.
- Streeck W., « De la construction du marché à la construction étatique. Réflexions sur l'économie politique de la politique sociale européenne » in Leibfried S., Pierson P. (dir.), *Les politiques sociales européennes. Entre intégration et fragmentation*, l'Harmattan, Paris, 1998, pp. 339-388.

L'Institut Européen du Salarial est un réseau de chercheurs en sciences sociales attachés à l'analyse sociologique, politique, économique, historique et juridique du salariat.

Le site de l'IES:

www.ies-salarial.org

Les notes de L'Institut Européen du Salarial

Directeur de la publication: Bernard Friot

Comité de rédaction : Lucy apRoberts, Aurélien Casta, Nicolas Castel, Jean-Luc Deshayes, Bernard Friot, Mathieu Grégoire, Jean-Pascal Higélé, Jean-Vincent Koster, Maud Simonet.

Secrétariat de rédaction: postmaster@ies-salarial.org, IDHE, Université Paris Ouest Nanterre, Maison Max Weber, 200, av. de la République, 92001 Nanterre cedex 01.

ISSN: 1969-6442