



## Réponse à Monsieur XXX au sujet de la directive Bolkestein

\*

Voici les éléments essentiels qu'il me semble nécessaire de faire connaître au sujet du sort réservé à la directive Bolkestein.

1°) Voir ma note intitulée *Perversité de la "directive Bolkestein". Un cas d'école*. Cette note fait le point de la question jusqu'au 19 avril 2006. Elle n'est donc pas suffisante, car elle ne fournit pas les éléments décrivant le sort final de la directive. La présente note s'efforce de compléter la précédente jusqu'à l'aboutissement final de l'affaire.

2°) Il ne faut pas parler de "circulaire", mais bien de "directive". En droit français, la "circulaire" est le document administratif le plus bas dans la hiérarchie des normes: elle est plus basse que la loi, plus basse que le règlement et le décret, plus basse que l'arrêté. Et même dans certains cas, la circulaire représente seulement des instructions adressées par un ministre à ses services, et n'entraîne aucune conséquence juridique à l'égard des tiers. En droit européen, la circulaire n'existe pas.

La directive, concept uniquement européen (la directive n'existe pas en droit purement français), se situe au contraire assez haut dans la hiérarchie des normes. Elle est comparable à ce qu'est une loi en droit national: la loi ne se suffit généralement pas à elle-même, et requiert un ou plusieurs règlements d'application, qui précisent les modalités pratiques sans lesquelles la loi n'a "ni bras ni jambes". De même, les Etats membres sont tenus de *transposer en droit national* toute directive européenne, c'est-à-dire de préciser par des dispositions de droit interne, national, les modalités d'application de la directive. En principe, une directive devrait donc rester à caractère assez général, le détail étant laissé à ces modalités de transposition en droit national. En fait, bien des directives sont extrêmement détaillées, autant qu'un "règlement". D'ailleurs, le Traité constitutionnel européen avait donné à la directive un nouveau nom: c'était la "loi-cadre européenne". Le traité de Lisbonne s'est résigné à revenir à l'appellation traditionnelle de "directive". Mais ces variantes de dénomination ne changent rien à la nature de la directive, et il faut bien reconnaître que l'expression "loi-cadre européenne" exprimait bien ce qu'est en réalité la directive.

3°) La Cour de justice européenne n'avait aucun rôle à jouer dans la procédure d'adoption ou de rejet de la directive Bolkestein. Certes, si la directive est en vigueur, la Cour de justice ne manquera pas, à l'occasion, de préciser par sa jurisprudence la portée et le sens exact à lui donner. Mais encore faut-il que la directive ait été adoptée formellement, et dans cette procédure d'adoption, la Cour de justice n'intervient pas.

4°) Lors du grand débat sur la directive Bolkestein, qui avait plus ou moins contraint les institutions européennes à retarder le processus de discussion et d'adoption de la directive – c'était au moment de la campagne sur le traité constitutionnel –, la directive n'était pas encore

adoptée, elle était en cours de discussion, notamment au niveau du Parlement européen. On ne saurait donc parler d' "abrogation" d'un texte non encore adopté. A l'époque, on n'aurait jamais dû parler de la directive Bolkestein", mais du projet de directive, et même, pour être tout à fait conforme à la terminologie européenne, de "proposition de directive". En effet, la Commission a, comme on le sait, le monopole de l'initiative, et lorsqu'elle souhaite faire adopter un texte, elle établit une "proposition", qui sert de base pour les discussions au sein du Conseil et, le cas échéant, du Parlement. En cours de discussion, elle peut introduire une, ou même en cascade plusieurs propositions révisées, pour essayer d'intégrer des éléments résultant des souhaits du Conseil et du Parlement. C'est bien ce qui est arrivé avec l'affaire Bolkestein. Il y a eu une première proposition de la Commission le 13 janvier 2004<sup>1</sup>, et une proposition modifiée le 4 avril 2006<sup>2</sup>, pour tirer les conséquences des positions du Conseil et surtout du Parlement européen, qui avait pris des positions critiques sur le concept de "règle du pays d'origine", sous l'influence de Mme Evelyne GEBHARD, rapporteur de la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs du Parlement européen. Le compromis final a encore nécessité deux avis de la Commission tendant à faire coïncider enfin les positions des deux institutions ayant le pouvoir de décision.<sup>3</sup>

5°) Après tous les épisodes complexes de la procédure, la directive a bel et bien été adoptée le 12 décembre 2006 par le Parlement et le Conseil<sup>4</sup> (par ces deux organes, et non par le Conseil seul, car il s'agissait d'une procédure de codécision, cette procédure que le traité de Lisbonne veut ériger en procédure de droit commun pour l'adoption des textes de portée législative).

6°) Depuis lors, la directive n'a été ni modifiée ni abrogée. Elle est donc toujours en vigueur, telle qu'elle a été adoptée le 12 décembre 2006.

7°) La vraie question qu'il faut se poser maintenant au sujet de la directive Bolkestein est de savoir si la version adoptée contient toujours le concept de "règle du pays d'origine" qui avait déclenché les polémiques vers 2005, et se heurtait aux graves objections formulées alors par beaucoup, ou si cette règle a été supprimée du texte final, ce qui ôterait à la directive l'essentiel de la nocivité que comportait la proposition initiale de la Commission.

Sur ce point capital, il faut examiner avec minutie les textes. En effet, un examen superficiel conduit à répondre que la règle du pays d'origine a disparu dans le texte finalement adopté. C'est un fait qu'il n'est plus mentionné nulle part. Mais cela correspond-il à la réalité juridique, ou bien a-t-on remplacé l'expression par une autre équivalente, ou encore n'a-t-on pas remplacé la règle de principe par une liste de dispositions particulières mettant dans les faits en vigueur la règle dans toute une série de cas, sans avoir à mentionner le principe qui les inspire. Les médias se sont évidemment bornés à l'examen superficiel dénoncé ci-dessus, et ont triomphalement annoncé, pour calmer l'opinion, que la règle du pays d'origine avait été supprimée. Qu'en est-il réellement?

**a)** A la lecture du texte de la directive, il apparaît que la suppression du principe de la règle d'origine n'est pas un simulacre, mais correspond effectivement à la teneur concrète des dispositions finalement retenues. Dans aucun passage, il n'est dit que le droit applicable aux prestations de services effectuées dans un Etat membre A par un prestataire

---

<sup>1</sup> Document COM (2004) 2 Final du 13.01.2004.

<sup>2</sup> Document COM (2006) 160 Final du 4.04.2006.

<sup>3</sup> Document COM (2006) 424 Final du 25.07.2006 et document COM (2006) 718 Final du 16.11.2006.

<sup>4</sup> Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur (JO de l'UE n° L 376 du 27.12.2006, pp. 36 à 68).

originaires d'un autre Etat membre B seront soumises dans l'Etat membre A au droit de l'Etat membre d'origine B. Or c'était cela, la règle du pays d'origine, règle qui dépossédait les Etats membres de leur souveraineté territoriale en matière de réglementation des services.

La règle du pays d'origine ne subsiste qu'à l'état de traces. Par exemple, l'Etat membre sur le territoire duquel veut intervenir un prestataire de service doit accepter comme valables les assurances professionnelles souscrites par le prestataire dans un autre Etat membre. Toutefois, si ces assurances sont moins protectrices que celles qu'exige normalement l'Etat membre où doit s'effectuer la prestation de services, ce dernier Etat membre peut exiger la souscription d'une assurance complémentaire (article 23, § 2). A vrai dire, cette solution est plutôt raisonnable.

**b)** D'autre part, le champ d'application de la directive a été considérablement précisé et réduit dans le texte adopté par rapport à la première proposition de la Commission. Des activités "de services" en grand nombre sont exclues du champ d'application de la directive, et la liste de ces exclusions y est beaucoup plus longue et détaillée que celle prévue par la proposition initiale.

Parmi les exclusions figurant dans les deux documents – proposition initiale et texte adopté –, on trouve notamment:

- les services postaux,
- les services de distribution d'eau, de gaz, d'électricité,
- les services financiers,
- les services de connexion électronique,
- les services de transport,
- le régime des droits d'auteur et de propriété industrielle,
- les actes pour lesquels la loi exige l'intervention d'un notaire,
- le contrôle légal des comptes.

Les questions fiscales sont hors champ dans les deux textes.

Encore certaines de ces activités exclues du champ d'application de la directive sont-elles définies de façon plus détaillée et ample dans le texte adopté que dans la proposition initiale. Aux notaires, le texte adopté ajoute les huissiers. Le recouvrement judiciaire des dettes, les jeux d'argent et loteries, exclus de façon permanente par le texte adopté, ne l'étaient que de façon transitoire par la proposition.

Mais surtout, certaines activités, non exclues par la proposition, le sont par le texte adopté. Telles sont notamment:

- le droit du travail;
- la sécurité sociale;
- les services sociaux;
- les agences de travail intérimaire;
- les services de soins de santé;
- les services audiovisuels.
- les services d'intérêt général *non économiques*, autrement dit les services publics à caractère administratif, et les services participant à l'exercice de l'autorité publique;
- les services d'intérêt *économique* général, qu'ils soient publics ou privés. La directive ne traite pas de leur libéralisation ou privatisation, ni de la suppression des monopoles en

la matière, ni des aides que leur accorde les Etats membres. Elle s'abstient de mettre son grain de sel sur ce que les Etats membres peuvent considérer comme "services d'intérêt économique général", sur les réglementations qu'ils peuvent instituer touchant leur organisation, leurs obligations, leur financement;

D'autre part, dans la proposition, les exclusions portaient surtout sur le champ d'application du principe du pays d'origine, moins souvent sur la totalité de la directive. Dans le texte adopté, la règle du pays d'origine ayant disparu, les exclusions portent plus fréquemment sur le champ d'application de la directive elle-même.

La directive ne saurait porter atteinte:

- "à la diversité culturelle ou linguistique" ;
- au droit pénal des Etats membres;
- aux droits fondamentaux reconnus par les Etats membres.

c) Ceci ne veut pas forcément dire que la directive n'est pas critiquable à d'autres égards, notamment en ce qu'elle relève de la philosophie générale des traités européens et des orientations des institutions tendant à uniformiser toujours davantage les législations nationales pour les fondre peu à peu dans un droit européen uniforme applicable dans toute l'Union.

Dans ma note sur la perversité de la directive projetée, j'avais expliqué que, pour la Commission, la circulation sans entraves des prestations de services pouvait se faire par deux procédés principaux:

- dans une certaine mesure, par l'harmonisation des réglementations nationales, les prestataires de service étant dans cette mesure soumis à une réglementation unique sur le territoire de toute l'Union;
- pour autant que les réglementations nationales restaient distinctes, la règle du pays d'origine prenait le relais pour éviter aux prestataires le frein représenté par l'existence de réglementations nationales distinctes et imposant aux prestataires des obligations de toutes natures diverses et inégales.

Dans la directive adoptée, le deuxième outil disparaît, mais non le premier. C'est ainsi que les Etats membres sont invités à simplifier leurs "*procédures et formalités applicables à l'accès à une activité de service et à son exercice*" (article 5). Ils doivent se conformer à toute une série de règles libéralisant l'accès à ces activités et leur exercice, sans discrimination, notamment sur la base de la nationalité du prestataire, sans limitation de temps, sans restrictions territoriales, sans obligation de s'inscrire sur un registre professionnel ou d'obtenir un document d'identité lié à l'activité professionnelle en cause. C'est le droit au nomadisme professionnel. Les Etats membres auront à respecter des obligations très vastes d'information des autres Etats membres, de la Commission, des prestataires de service, des bénéficiaires de leurs prestations. Ils devront à de multiples titres se plier à une coopération administrative avec les autres Etats membres (articles 28 à 36), à une collaboration avec la Commission, par exemple pour encourager les organisations professionnelles à mettre en place des codes de conduite à imposer *au niveau communautaire* aux prestataires de services (article 37). Les Etats membres devront mettre en place de "guichets uniques" auxquels pourront s'adresser les prestataires de service étrangers pour toutes les procédures et informations nécessaires à l'exercice de leur activité (articles 6, 7, 8, 11, 21, 22). Afin de se plier à ces nombreuses contraintes, les

Etats membres auront donc à modifier leur réglementation pour l'harmoniser avec elles (voir notamment articles 14 et 15).

Il est vrai que les Etats membres pourront préserver la spécificité de leur réglementation dans des cas bien précisés tels que les mesures tendant à renforcer la sécurité des services (article 18), ou encore pour des motifs d'ordre public, de santé publique, de sécurité publique, bref pour des "raisons impérieuses d'intérêt général". Mais ce dernier concept provenant de la jurisprudence de la Cour de justice (comme le souligne le 40<sup>e</sup> considérant), il est clair qu'il reviendra à celle-ci d'interpréter la portée de ces exceptions en faveur de la liberté réglementaire des Etats membres.

**d)** Plus généralement, cette volonté d'uniformisation a évidemment pour conséquence de renforcer les pouvoirs des institutions aux dépens de ceux des Etats membres. C'est ainsi qu'il est prévu que la directive soit réexaminée tous les trois ans. En ces circonstances, la Commission examinera "*l'opportunité de mesures supplémentaires concernant les questions qui sont exclues du champ d'application*" de la directive et présentera le cas échéant, des "*propositions de modification de la directive en vue de l'achèvement du marché intérieur des services*" (article 41). Dès 2011, la Commission devra présenter au Parlement européen et au Conseil un rapport dans lequel elle examinera s'il ne convient pas de modifier le champ des activités couvertes par la directive. Jeux d'argent, recouvrement judiciaire des dettes, sécurité privée, pour le moment exclus, on l'a vu, du champ d'application de la directive, devront faire l'objet de propositions d' "*harmonisation complémentaire*" d'ici 2010 (article 38). Ainsi, ce à quoi on a renoncé sous la pression de l'opinion publique surgira peut-être à nouveau un peu plus tard dans une période où l'opinion aura cessé de se montrer vigilante.

La directive accorde aussi à la Commission la faculté de modifier certains "éléments non essentiels" de la directive, expression bien vague (articles 23 et 36). Nous venons de mentionner le rôle de la Cour de justice européenne. Absente de la procédure d'adoption de la directive, elle sera omniprésente pour l'interprétation de ses dispositions, et d'ailleurs la directive mentionne son rôle à cet égard. A vrai dire une seule fois dans les articles (article 4), mais un grand nombre de fois dans les considérants. Pas besoin en effet de spécifier ce rôle par des dispositions nouvelles: il va de soi en vertu des dispositions des traités.

**8°)** Il est intéressant d'identifier, dans cette longue procédure d'élaboration, de discussion et d'adoption de la directive Bolkestein, les instances qui auront joué un rôle néfaste, et celles qui auront au contraire contribué à assainir le "texte fou" de la proposition initiale.

*L'instance la plus coupable* est évidemment la Commission, source première de toutes les élucubrations effarantes discutées pendant ces longs mois.

*Viennent ensuite, presque aussi coupables* que la Commission, il faut le dire, hélas, les Etats membres, qui s'étaient d'abord engagés de façon unanime dans les voies proposées par la Commission. Comme je le dis souvent également à propos de bien d'autres sujets, ce ne sont pas spécifiquement *les institutions européennes* qu'il faut condamner, c'est la *politique européenne actuelle*, et la source première de cette politique désastreuse, ce sont d'abord et avant tout les Etats qui l'ont élaboré en signant et ratifiant les traités. Ensuite les institutions se sont évidemment engouffrées dans la brèche. Les Etats et les institutions

européennes sont les co-auteurs et complices de l'œuvre perverse qui se développe sous nos yeux.

Il convient de souligner la totale aboulie<sup>5</sup> des Etats membres en cette affaire. Après avoir accepté sans sourciller et de façon unanime la doctrine de la proposition initiale de la Commission, ils ont finalement accepté sans sourciller davantage le retournement complet de doctrine réclamé par le Parlement européen<sup>6</sup>.

Parmi les instances qui ont au contraire joué un rôle positif, il faut mentionner – une fois n'est pas coutume – le Parlement européen, et particulièrement sa commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs, et tout spécialement son rapporteur, Mme Evelyne Gebhardt, qui a souligné avec courage les défauts essentiels du principe du pays d'origine. Son rapport a joué un rôle déterminant sur la position finale du Parlement. N'oublions pas que la procédure était celle de la codécision dans laquelle le Parlement intervient dans la prise de décision à égalité avec le Conseil.

Mais celle qui a vraiment terrassé l'hydre, bien plus que le Parlement européen, c'est l'opinion publique, ce sont les peuples, c'est surtout le peuple français, sensibilisé à ce moment aux affaires européennes parce que l'on était en pleine campagne référendaire sur le traité constitutionnel. Les européistes ont eu peur que l'obstination sur la directive Bolkestein compromette les ratifications nationales du traité constitutionnel. La plupart des têtes de l'hydre ont été tranchées. Mais n'oublions pas que lorsque l'on tranche des têtes de l'hydre, elles ne tardent pas à repousser. La conception initiale de la directive correspondait trop bien à l'idéologie de la Commission pour que l'on puisse espérer qu'elle ait pu y renoncer définitivement.

L'affaire Bolkestein est close à titre provisoire.

Romain ROCHAS  
Chef de division honoraire  
de la Cour des comptes européenne.  
8 mars 2008.

---

<sup>5</sup> "Absence morbide de volonté" (Petit Larousse illustré).

<sup>6</sup> On retrouvera cette même passivité totale lors de l'élaboration et de l'adoption du traité modificatif de Lisbonne.