En marge de la directive sur les services dite directive Bolkestein

La libre circulation des personnes physiques et morales, la libre circulation des services, la liberté d'établissement, la libre prestation de services dans la Constitution européenne

8 avril 2005

A noter.

La directive Bolkestein a fait couler beaucoup d'encre durant les derniers mois. Le but de ce document est d'indiquer ce que dit la Constitution européenne sur la liberté de circulation des personnes physiques et morales ainsi que sur la libre circulation des services et enfin sur la liberté d'établissement.

Le but de ce document est donc de revenir au texte même qui est proposé au suffrage des électeurs le 29 mai.

Le but de ce document est de tenter de mettre fin aux mensonges et omissions calculées des partis politiques : PS, UMP, UDF et Verts.

Le but de ce document est de donner une information rigoureuse - que ne fournissent pas les médias - sur cette question éminemment politique qui touche notamment à la cohésion sociale des vingt-cinq pays de l'Union.

Introduction

Qu'est-ce que la liberté de circulation des personnes et des services ?

La liberté de circulation des personnes se présente comme un ensemble de droits politiques ou économiques. Dans sa seule dimension économique elle est le droit d'une personne d'exercer une activité professionnelle dans un autre pays que le sien. Ce droit est reconnu aux travailleurs salariés (article 39 du traité de Rome – traité instituant la Communauté européenne ou TCE) et aux travailleurs indépendants (article 43 et 49 – TCE). Ces droits sont effectifs depuis le 1er janvier 1970 et s'exercent dans les conditions fixées par l'article 40 du traité de Rome. La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) dite Cour de Luxembourg exerce un contrôle de ces droits. La CJCE s'est attachée à donner une interprétation néolibérale de ces droits. Le régime qu'institue le traité de Rome (TCE), le traité de Nice et la Constitution européenne repose sur la distinction entre les activités salariées et les activités non-salariées. Les problèmes à résoudre dans ces deux cas ne sont pas en effet les mêmes.

La Constitution et le traité actuellement en vigueur (traité de Nice – partie TCE) sont, en matière de liberté de circulation des personnes et des services, de liberté d'établissement et de liberté de prestation de services, tout à fait identiques. Faute de temps, les références aux articles données dans ce document sont celles du traité de Nice – partie TCE. Un version ultérieure de ce document donnera les deux références (traité de Nice – TCE et Constitution européenne).

Dans la Constitution européenne, la libre circulation des personnes et des services, la liberté d'établissement et la liberté de prestation de services sont traitées notamment dans les articles III-133 à 150.

I. La libre circulation des travailleurs salariés

I.1 Bénéficiaires

Ce droit est reconnu à tout ressortissant d'un Etat membre ainsi qu'aux membres de sa famille, quelle que soit la nationalité de ceux-ci (même s'ils ont la nationalité d'un Etat tiers). Il n'est pas nécessaire que celui-ci ait lui-même une activité professionnelle (cas des inactifs) pour que les membres de sa famille en bénéficient. La liberté de circulation confère à ses bénéficiaires le droit d'avoir un emploi salarié, à l'exception de certains emplois publics qui peuvent être réservés par les Etats à leurs citoyens.

I.2 Les droits du travailleur salarié

Ces droits sont énoncés dans l'article 39 du traité de Nice et garantissent à leur titulaire l'exercice d'une activité salariée dans les mêmes conditions que celles applicables aux travailleurs nationaux.

Les droits d'exercer une activité salariée

Au terme de l'article 39 du traité de Nice, la libre circulation des travailleurs comporte le droit de répondre à des emplois effectivement offerts, de se déplacer et de séjourner librement dans l'Etat membre concerné pour occuper l'emploi obtenu, et d'y demeurer après la cessation de l'activité professionnelle.
La CJCE a étendu ce droit à toute personne à la recherche d'un travail (Affaire 48/75, Royer, 8 avril 1976, p 497). Ce droit n'est pas limité dans le temps (Affaire 292/89, Antonissen, 26 février 1991, P I-745). Une fois admis dans l'Etat où il va travailler, le salarié est protégé par le traitement national.

Le droit au traitement national

Ce droit est énoncé à l'article 39 du traité de Nice : la libre circulation « implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des Etats membres en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail ». Il confère au salarié migrant tout un ensemble de droits qu sont définis par le règlement 1612/68. Ce sont :

- les droits relatifs à l'accès à l'emploi ;
- les droits relatifs à l'exercice de l'emploi ;
- les droits relatifs aux avantages sociaux et fiscaux ;

- les droits en matière syndicale ;
- les droits au bénéfice de la famille ;

L'égalité de traitement n'est cependant pas illimitée ; elle ne joue pas pour les « emplois dans l'administration publique » qui échappe à la libre circulation.

L'exception des emplois dans l'administration publique

Cette exception est décrite dans l'article 39-4 du traité de Nice qui exclut ces emplois des règles décrites ci-dessus. La portée de cette exception dépend de l'interprétation qu'on en donne.
L'exception peut être large dans une acception organique : l'ensemble des emplois relevant d'un statu de droit public.
L'exception peut être restreinte : les emplois fondés sur la nature de l'activité exercée (approche fonctionnelle).
C'est l'exception restreinte qui l'a emporté dans la jurisprudence de la CJCE.
La CJCE a rejeté le critère organique dans l'arrêt Sotgiu (Affaire 152/73, 12 février 1974, p. 153). Les emplois réservés le sont en raison de leur nature particulière. Ces emplois doivent « comporter une participation directe ou indirecte, à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques » (Affaire 149/79, Commission contre Belgique, 17 décembre 1980, p. 3881).
La Commission européenne a proposé dans un « programme de travail » de septembre 1988 de développer « la dimension sociale du marché intérieur » en se proposant d'ouvrir le secteur public à la libre circulation. Cette ouverture devait concerner les transports, la distribution du gaz et de l'électricité, les postes et télécommunications, la radiodiffusion, la santé publique, l'enseignement et la recherche. Ce programme de travail ne s'est pas concrétisé. Il a été pris en compte d'une autre façon par la vague de libéralisations qui a suivi le traité de l'Acte unique européen (AUE) de 1986.
La France a décidé plutôt (par exemple, par un décret du 30 novembre 1992 ouvrant l'enseignement primaire et l'enseignement secondaire aux ressortissants des autres Etats membres de l'Union), de définir, sous le contrôle de la Commission et de la CJCE, les emplois qu'elle entend ouvrir aux ressortissants communautaires, que de réserver des emplois aux citoyens nationaux (méthode qui a la préférence d'autres Etats membres).

II. La libre circulation des travailleurs indépendants

II.1 Des dispositions complexes : la libre circulation des personnes morales

Le traité de Nice traite de cette question complexe aux articles 43 à 55. La libre circulation des non-salariés ne se limite pas aux activités des personnes physiques mais englobe celle des personnes morales. Elle requiert l'adoption de mesures appropriées pour écarter les nombreux obstacles qui entravent sa réalisation.

II.2 Les bénéficiaires de cette liberté

Les bénéficiaires sont les ressortissants des Etats membres qui exercent une profession indépendante de quelque nature qu'elle soit (profession libérale, commerçant, artisan, exploitant agricole, etc.) et les entreprises qui leur sont assimilées en vue de bénéficier du droit d'établissement (article 48 du traité de Nice) et de la libre prestation de services (article 55 du traité de Nice). En ce qui concerne les entreprises, la seule exception à cette liberté est constituée des entreprises qui ne poursuivent pas de but lucratif.

Pour faciliter l'exercice de cette liberté des nouveaux types de société – des nouvelles personnes morales - ont été créés :

- la société européenne (règlement 2157/01 du 8 octobre 2001, complété par la directive 2001/86 – ces deux textes sont applicables à partir du 8 octobre 2004) ;
- le groupement européen d'intérêt économique qui est une structure de coopération entre les entreprises (règlement 2137/85 du 25 juillet 1985, JOCE, n° L. 199 du 31 juillet 1985) ;
- la société coopérative européenne (règlement 1435 :2003 du 22 juillet 2003 et directive 2003/72, JOUE, n° L. 207 du 18 Août 2003).

II.3 Les deux formes d'exercice : le droit d'établissement et la libre prestation de services

A / Le droit d'établissement

Il se définit comme le droit d'un ressortissant d'un Etat membre de s'installer dans un autre Etat membre pour y exercer une activité non salariée. Ce droit comprend le droit de constituer et de gérer des entreprises et celui de créer des agences, succursales et filiales. Ce droit est garantit par le principe d'égalité de traitement, dit traitement national (cf. supra). Le droit d'établissement peut s'exercer à titre principal ou à titre secondaire. A titre principal, il implique l'installation du travailleur indépendant ou l'implantation du siège social d'une société dans un Etat autre que l'Etat d'origine ; à titre secondaire, il implique l'installation d'un établissement annexe à l'établissement principal (filiale, agence ou succursale), cette possibilité étant surtout utilisée par les personnes morales.

B / La libre prestation de services

L'article 49 du traité de Nice interdit toute restriction en matière de prestation de services. Les services visés sont définis à l'article 50 en termes négatifs. Ils comprennent les « prestations fournies normalement contre rémunération » qui n'entrent pas dans le champ des autres libertés et qui sont effectuées dans le cadre d'activités industrielles, commerciales, artisanales, ou dans celui de professions libérales. Il existe des règles particulières en matière de transports et de services financiers (article 51 du traité de Nice -TCE).
A la différence du droit d'établissement, la libre prestation de services n'implique pas l'obligation de résidence pour le prestataire de services, tout au plus un droit de séjour temporaire qui sera liée à la durée de prestation. Le prestataire ne se déplace pas nécessairement, soit qu'il effectue sa prestation à distance, soit qu'il reçoive son client.
Le Conseil des ministres a étendu ce droit de prestation de services aux destinataires des prestations dans le programme d'action qu'il a adopté en vertu de l'article 63 CEE. Cette extension a permis d'élargir considérablement son champ d'application compte tenu de l'interprétation très large que la CJCE a donnée de la notion de destinataire des services. La Cour a, par exemple, reconnu la qualité de destinataire des services aux touristes (Affaire 286/82 et 26/83, Luisi et Carbone, 31 janvier 1984, p. 377 ; affaire 186/87, Cowan, 2 février 1989, p. 195).

C / Les dérogations à la libre circulation des services

L'article 45 du traité de Nice – TCE exclut les activités « participant, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique ».
L'interprétation de cette disposition a été soumise à la CJCE dans l'affaire Reyners (Affaire 2/74, 21 juin 1974, p. 631), à propos de la profession d'avocat. Rejetant l'option large prônant l'exclusion de l'ensemble de cette profession du droit d'établissement, la Cour a jugé que seuls certains de ses aspects tombait sous le coup de l'article 55 CEE,

ceux qui « comprennent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique ». La Cour a précisé que les activités de consultation et d'assistance juridique, de représentation et de défense des parties en justice, ne répondaient pas à cette définition, ne faisaient pas partie de la dérogation et n'étaient donc pas exclues.

II.4 La mise en œuvre des droits des non-salariés

A/ L'adoption des mesures appropriées

La procédure d'adoption de ces mesures a été fixée par l'article 54 CEE actualisé par le traité d'Amsterdam. Un programme a été adopté le 18 décembre 1961. Ce programme a été mis en œuvre par une série de directives. L'adoption de ces directives se fait à la majorité qualifiée et en codécision depuis le traité de Maastricht. L'unanimité est maintenue pour les mesures dont l'exécution par un Etat membre implique la modification d'une disposition législative concernant « la formation et les conditions d'accès de personnes physiques » à une profession (article 47 du traité de Nice –TCE).
Les directives prévues doivent indiquer, pour chaque activité, les étapes et conditions de la libération ainsi que les obstacles à supprimer.
L'ampleur du programme à réaliser n'a pas permis de respecter l'échéance fixée par le traité ; Seules certaines directives ont vu le jour avant le 1er janvier 1970, mais l'essentiel reste à faire, notamment pour l'exercice des professions libérales. La CJCE va s'efforcer de pallier la carence du législateur en examinant si les libertés proclamées par le traité peuvent s'appliquer aux professions non régies par les directives votées ou prévues.

B/ L'apport jurisprudentiel à la libre circulation des non-salariés

En 1974 la CJCE prend deux arrêts :

- Affaire Reyners (2/74, 21 juin 1974, p. 631) ;
- Affaire Van Binsbergen (33/74, 3 décembre 1974, p. 1299).

Dans ces deux arrêts la CJCE admet que, en l'absence des directives d'harmonisation prévues, le droit d'établissement et la libre prestation de services étaient invocables par des particuliers à l'encontre des dispositions nationales qui y faisaient obstacle.

II.5 Le cas des professions réglementées

A/ Définition

Ce sont les professions réglementées dont l'accès et les conditions d'exercice ne sont pas libres mais font l'objet de prescriptions précises répondant à des exigences professionnelles de compétence et d'honorabilité. Il s'agit, par exemple, des professions médicales et paramédicales (médecins, dentistes, pharmaciens, etc.) et – exemple toujours - des professions juridiques (avocats, notaires, experts comptables, etc.).
Les garanties de compétence professionnelle, attestées par la possession de diplômes ou de titres professionnels, sont fixées à l'article 47-1. Cet article prévoit l'adoption de directives sur « la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres ».
Les garanties d'honorabilité (ordres professionnels) sont fixées à l'article 47-2.

B/ Les directives d'harmonisation, puis la reconnaissance mutuelle

Le législateur communautaire a suivi la même démarche que pour la libre circulation des marchandises. Il s'est d'abord engagé dans la voie de directives sectorielles pour harmoniser, profession par profession, leurs conditions d'exercice. Par exemple, les

directives concernant le secteur de la santé ont touché les médecins (1975), les infirmières et infirmiers (1977), les dentistes et les vétérinaires (1978), les sages-femmes (1980) et les pharmaciens (1985).
Mais le processus a été jugé lent. L'ouverture de chaque profession demande l'adoption de deux directives, l'une pour coordonner les législations nationales, l'autre pour obtenir la reconnaissance mutuelle des diplômes. Les divergences entre les Etats membres se sont révélées très difficiles à surmonter.
C'est pourquoi, l'Union s'est tournée vers des directives générales fondées sur le principe de la reconnaissance mutuelle pour résoudre de façon globale, le problème de l'équivalence des formations universitaires. Une première directive sur les diplômes d'enseignement supérieur a été adoptée le 21 décembre 1988 (89/48, JOCE, n° L. 19 du 24 janvier 1989).
Cette directive n'a pas permis de régler toutes les difficultés rencontrées pour établir le marché intérieur dans le domaine des travailleurs relavant d'une profession réglementée. Par exemple, pour les avocats et leur droit d'établissement, une directive spécifique a été votée (directive du 16 février 1998, JOCE, n° L. 77 du 14 mars 1998)
Une seconde directive, d'inspiration analogue, couvre les autres formations de l'enseignement post-secondaire (18 juin 1992, JOCE, n° L. 209 du 24 juillet 1992). Elle s'applique aux autres professions réglementées, celles qui sont accessibles après les études secondaires ou des études supérieures courtes.
Cet ensemble normatif a été complété par la directive 1999/42 du 7 juin 1999, JOCE, n° L. 201 du 31 juillet 1999 qui étend aux professions non visées par les directives générales le mécanisme de reconnaissance des diplômes et de qualifications professionnelles qu'elles instituent.
La volonté de rendre effectives les libertés offertes aux activités non salariées ne concerne pas seulement les professions réglementées, elle se retrouve dans d'autres secteurs également difficiles à ouvrir, tel que le secteur bancaire et le secteur des marchés publics qui demanderaient des développements spécifiques qui dépassent le cadre de ce document.

Alain Lecourieux