

LA DIRECTIVE RELATIVE AUX SERVICES DANS LE MARCHÉ INTÉRIEUR - État des lieux au regard notamment des prestations de conseil juridique



par **Dominique VOILLEMOT**,
Avocat,
Président de la
Délégation des
Barreaux de France

et **Charlotte VARIN**,
Avocate,
Délégation des Barreaux de France

Rarement l'élaboration d'une directive aura fait couler autant d'encre. La proposition initiale, très controversée (directive « Bolkestein »), établissait le principe de l'application aux services transfrontaliers de la législation du pays d'origine. En définitive, c'est sur la base du principe central de libre circulation des services que repose la directive 2006/123/CE¹.

Un bref aperçu des fondements de la directive « Services » (1.) permet de comprendre que celle-ci inclut naturellement les prestations de conseil juridique (2.), tout en prévoyant néanmoins certains tempéraments (3.) qui trouvent notamment à s'appliquer au cas particulier des avocats (4.).

1. LES FONDEMENTS DE LA DIRECTIVE « SERVICES »

1. Partant du constat que les services représentent plus de 70 % du PIB et de l'emploi dans la majorité des Etats membres, le légis-

lateur européen s'est attaché à lever les obstacles affectant la prestation de services transfrontalière. Parmi ceux-ci : les lourdeurs administratives, l'insécurité juridique et le manque de confiance mutuelle entre les Etats membres constituent des entraves.

2. Destinée à faciliter la progression vers un véritable marché intérieur des services, la directive 2006/123/CE (ci-après « la directive »), qui renforce l'application des articles 49 TFUE (liberté d'établissement) et 56 TFUE (libre prestation de services), a pour objectif d'établir « un cadre juridique général qui profite à une large variété de services tout en prenant en compte les particularités de chaque type d'activité ou de profession et de leur système de réglementation² ».

3. C'est au regard des dispositions du traité et de l'interprétation qui en est faite par la Cour de justice de l'Union européenne que doit se comprendre la directive. Elle rappelle expressément que « Les activités de services font déjà l'objet d'un acquis communautaire important. La présente directive s'appuie sur l'acquis communautaire et, donc, le complète³ ».

4. La directive tend vers trois grands objectifs :

- la codification de la jurisprudence élaborée par la Cour de justice en matière de services ;
- l'harmonisation la législation européenne sur certains aspects spécifiques tels que notamment la simplification des procédures administratives⁴, l'amélioration de la qualité des services⁵ et de la coopération administrative⁶ ;

- la suppression des obstacles nationaux à la prestation de services qui peuvent être éliminés rapidement et la mise en œuvre d'un processus d'évaluation, de consultation et d'harmonisation complémentaire⁷ devant aboutir à terme à la réforme globale des réglementations nationales en matière de services.

2. LA DIRECTIVE « SERVICES » INCLUT LES PRESTATIONS DE CONSEIL JURIDIQUE...

5. La directive s'applique aux services entendus conformément au traité et à la jurisprudence de la Cour de justice, c'est-à-dire à toute activité économique fournie par un travailleur indépendant (personne physique ou morale) en dehors d'un contrat de travail, contre une rémunération. Elle vise exclusivement les « exigences qui affectent l'accès à une activité de services ou l'exercice d'une telle activité⁸ ».

6. Dans ce contexte, la directive établit notamment deux types de règles. Elle prévoit des mesures relatives, d'une part, à la situation où le prestataire de services s'établit dans un Etat membre et, d'autre part, à la situation où le prestataire ne s'établit pas dans l'Etat membre dans lequel il souhaite exercer son activité.

7. Concernant le libre établissement, la directive prévoit :

- la simplification par les Etats membres des procédures administratives et l'instauration de guichets uniques auprès desquels les prestataires peuvent accomplir l'ensemble de leurs démarches administratives, en privilégiant l'instauration de démarches électroniques (articles 5 à 8) ;
- l'allègement des régimes et procédures d'autorisation en vue de l'installation dans un Etat membre : publicité des procédures, transparence des critères, traitement des demandes dans un délai raisonnable, accès effectif à des voies de recours (articles 9 à 13) ;
- la suppression par les Etats membres des exigences constituant des restrictions non justifiables telles notamment les discriminations fondées sur la nationalité, sur le lieu de résidence des actionnaires, l'interdiction de disposer d'un établissement dans d'autres Etats membres, l'intervention de concurrents directs dans les procédures d'examen des demandes d'autorisation, le fait de conditionner une autorisation à la preuve de l'exis-

1. Directive 2006/123/CE, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, JOUE L 376 du 27 décembre 2006.

2. Considérant 7 de la directive.

3. Considérant 30 de la directive.

4. Chapitre II de la directive.

5. Chapitre V de la directive.

6. Chapitre VI de la directive.

7. Chapitre III de la directive.

8. Considérant 9 de la directive.



tence d'un besoin économique ou d'une demande de marché (article 14) ;

- l'évaluation de certaines exigences en vue de vérifier qu'elles sont non discriminatoires, nécessaires et proportionnées : sont notamment concernées les restrictions quantitatives, les tarifs obligatoires minimum ou maximum, l'obligation d'être constitué sous une forme juridique donnée ou les exigences tenant à la détention du capital (article 15).

8. Concernant la libre prestation de services, la directive prévoit que les Etats membres peuvent imposer des exigences nationales aux opérateurs lorsque ces exigences sont non discriminatoires, nécessaires et proportionnées (articles 16 à 21).

9. La directive exclut un certain nombre de services spécifiques⁹ (tels que les services d'intérêt général non économiques, les services financiers, les services de soin de santé...), mais elle mentionne expressément les services fournis à la fois aux entreprises et aux consommateurs, tels que les services de conseil juridique¹⁰.

Le « Manuel relatif à la mise en œuvre de la directive « Services »¹¹ publié en 2007 par la Commission européenne prévoit ainsi que les « Etats membres devront veiller à ce que les règles de la directive s'appliquent à un large éventail d'activités, qu'elles soient fournies à

des entreprises ou à des consommateurs. Sans prétendre à l'exhaustivité, les activités suivantes peuvent être mentionnées comme exemples de services couverts par la directive : les activités de la plupart des professions réglementées (telles que les conseillers juridiques et fiscaux, les architectes, les ingénieurs, les comptables, les géomètres)... ».

3. ... AVEC DES TEMPÉRMENTS POUR CERTAINES PROFESSIONS DU DROIT

i. Exclusion des notaires et des huissiers

10. La directive complète l'acquis communautaire. A ce titre, elle s'articule avec le droit primaire, dérivé et jurisprudentiel préexistant. Elle exclut ainsi de son champ d'application les services fournis par les notaires et les huissiers de justice, nommés par les pouvoirs publics¹².

ii. Primauté des directives sectorielles en matière de libre prestation de services

11. Les dispositions de la directive relatives à la libre prestation de services prévoient une dérogation pour les matières couvertes par la directive 77/249/CEE tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats¹³. La directive 77/249/CEE s'applique ainsi pleinement dans la mesure où elle contient des règles plus spécifiques sur les prestations de services transfrontaliers des avocats.

12. Une dérogation est également prévue concernant les matières couvertes par la directive 2005/36/CE relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles et exigences nationales qui réservent une activité à une profession réglementée¹⁴. Les dispositions relatives à la libre prestation de services ne s'appliqueront qu'aux matières non liées aux qualifications professionnelles, comme la communication commerciale, les par-

tenariats pluridisciplinaires, les tarifs... Cette dérogation exclut de l'application des dispositions en question les exigences qui réservent une activité aux membres d'une profession réglementée particulière.

13. Dès lors, « lorsque, dans un Etat membre, les services de conseil juridique sont réservés aux avocats, la clause de libre prestation de services ne s'appliquera pas. En conséquence, une personne qui fournit des services de conseil juridique dans son Etat membre d'établissement, mais n'est pas qualifiée en tant qu'avocat, ne pourra pas se prévaloir de l'article 16 pour fournir des services de conseil juridique dans un Etat membre où ces services sont réservés aux avocats¹⁵ ».

iii. Primauté des directives sectorielles en matière de libre établissement

14. La directive prévoit de surcroît un mécanisme général d'articulation avec les autres dispositions du droit communautaire¹⁶ :

« Si les dispositions de la présente directive sont en conflit avec une disposition d'un autre acte communautaire régissant des aspects spécifiques de l'accès à une activité de services ou à son exercice dans des secteurs spécifiques ou pour des professions spécifiques, la disposition de l'autre acte communautaire prévaut et s'applique à ces secteurs ou professions spécifiques. »

15. A cet égard, si la directive 2005/36/CE précitée est expressément visée parmi les « autres actes communautaires », la directive 98/5/CE¹⁷ relative au libre établissement des avocats, bien que non explicitement mentionnée, prévaut sur la directive dès lors qu'elle entre en conflit avec cette dernière. Ce mécanisme permet de respecter la spécificité de la prestation de conseil juridique lorsqu'elle relève de la profession d'avocat. Les avocats disposent d'un instrument sectoriel,

9. Article 2 de la directive.

10. Considérant 33 de la directive.

11. http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/guides/handbook_fr.pdf

12. Article 2 §2, point 1) de la directive.

13. Article 17 §4 de la directive.

14. Article 17 §6 de la directive.

15. Manuel relatif à la mise en œuvre de la directive Services, p. 45.

16. Article 3 de la directive.

17. Directive 98/5/CE, du 16 février 1998, visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise, JO L 77 du 14.3.1998, p. 36.

qui permet leur établissement dans tout Etat membre et prend en considération le particularisme de leurs activités, dont la prévalence est maintenue.

16. L'examen de la directive au regard de cette profession, l'une des principales prestataires de services de conseil juridique au sein de l'Union, reste toutefois nécessaire. Elle permet de relever tant la confirmation de certains principes propres à cette dernière que les nécessaires travaux nationaux qui sont attendus la concernant.

4. LE CAS PARTICULIER DES AVOCATS

17. La directive confirme certaines règles permettant d'assurer la libre circulation des avocats dans le respect des principes propres à leur profession et reconnaît :

- la possibilité de réglementer « *les communications commerciales des professions réglementées* » afin qu'elles « *respectent les règles professionnelles, conformes au droit communautaire, qui visent notamment*

l'indépendance, la dignité et l'intégrité de la profession ainsi que le secret professionnel, en fonction de la spécificité de chaque profession » (article 24 §2) ;

- la possibilité de limiter l'exercice pluridisciplinaire des prestataires de service appartenant à une profession réglementée « *dans la mesure où cela est justifié pour garantir le respect de règles de déontologie différentes en raison de la spécificité de chaque profession, et nécessaire pour garantir l'indépendance et l'impartialité de ces professions* » (article 25).

18. Elle prévoit qu'une assurance responsabilité civile professionnelle peut être exigée pour certaines activités particulières et que les Etats membres d'établissement doivent tenir compte de celle-ci dès lors qu'elle a été effectivement souscrite dans l'Etat membre d'origine (article 23 §2 et 3).

19. Elle tend également à favoriser l'auto-réglementation et notamment l'élaboration de codes de conduite au niveau communautaire (article

37). Les Etats membres doivent « *encourager l'élaboration de codes de conduite au niveau communautaire, en particulier par des ordres, organismes ou associations professionnels, en vue de faciliter la fourniture de services ou l'établissement d'un prestataire dans un autre Etat membre, dans le respect du droit communautaire* ».

Les avocats disposent déjà d'un instrument en la matière depuis l'adoption au sein du Conseil des barreaux européens (CCBE), dès 1988, du Code de déontologie des avocats européens. Conformément aux attentes formulées par la directive, ce dernier tend à définir des règles uniformes applicables à tout avocat de l'Espace économique européen pour son activité transfrontalière, quel que soit le barreau auquel il appartient. « *La définition de telles règles a essentiellement pour but d'atténuer les difficultés résultant de l'application d'une double déontologie telle qu'elle est notamment prévue par les articles 4 et 7.2 de la directive 77/249/CEE et les articles 6 et 7 de la direc-*



directive 98/5/CE». Les avocats bénéficient ainsi, à cet égard, d'une véritable garantie au regard des préconisations de la directive.

20. La profession d'avocat reste néanmoins concernée par certains objectifs et certaines dispositions de la directive, tels que :

- l'instauration de guichets uniques ;
- la mise en œuvre du système International Market Information (IMI) ;
- ainsi que, potentiellement, l'évaluation de certaines exigences posées par les législations nationales.

21. Concernant le guichet unique, la directive prévoit que les prestataires de services doivent avoir un interlocuteur unique par l'intermédiaire duquel ils peuvent accomplir toutes les procédures et formalités pour avoir accès à et exercer leur activité (articles 6, 7 et 21).

Le guichet unique a vocation à jouer un rôle d'assistance au prestataire soit en tant qu'autorité directement compétente pour délivrer les actes nécessaires pour l'accès à une activité de service, soit en tant qu'intermédiaire entre le prestataire et ces autorités directement compétentes. Chaque Etat membre est libre de décider comment il entend organiser les guichets uniques sur son territoire. La notion de guichet unique ne signifie pas que les Etats membres doivent établir un seul organe centralisé sur leur territoire.

Le guichet unique doit également être en mesure de fournir information et assistance, tant aux

prestataires de services qu'à leurs destinataires. Outre les informations sur les exigences que les prestataires doivent satisfaire, les autorités compétentes doivent, à la demande des prestataires ou des destinataires, fournir de l'assistance sur la manière dont ces exigences sont généralement appliquées ou interprétées.

22. Il existe en France un guichet unique national accessible via le site web central : www.guichet-entreprises.fr. Ce site a été élaboré au sein de l'association « Guichet entreprises » qui réunit les différents Centres de Formalités des Entreprises (CFE). Ce site unique permet au prestataire d'avoir accès, sur la base d'une description sommaire de son activité (activité/lieux d'exercice), à une fiche d'information et aux coordonnées du CFE matériellement et territorialement compétent. Ce site permet également de réaliser, pour certains secteurs, les formalités de création de manière dématérialisée.

23. En raison des obligations incombant aux guichets uniques qui nécessitent une bonne connaissance des règles régissant l'accès et l'exercice de la profession, les avocats souhaitent disposer d'un guichet unique spécifique à la profession d'avocat, abrité par le Conseil National des Barreaux. Pour le moment, les CFE concernés sont, pour les avocats, les Greffiers des Tribunaux de Commerce et les URSSAF.

24. Le système International Market Information, dit « système IMI », qui doit être utilisé dans le cadre de l'application de la directive, permet aux autorités compétentes d'échanger des informations par voie électronique en leur donnant la possibilité de trouver aisément le bon interlocuteur auprès des autres Etats membres et de communiquer les unes avec les autres d'une manière rapide et efficace (article 34).

Le système comprend, en sus des autorités compétentes, un coordonnateur IMI national (NIMIC) par Etat membre. Les Etats membres peuvent, en outre, décider d'enregistrer des

coordonnateurs IMI délégués (DIMIC) chargés d'exécuter les responsabilités de coordination dans un ou plusieurs domaines législatifs particuliers ou pour une partie de l'administration.

25. En France, les avocats souhaitent intégrer le système IMI. Dans la mesure où notamment l'inscription au tableau de l'ordre ainsi que la surveillance disciplinaire relèvent de la compétence des barreaux, il pourrait, par exemple, être envisagé que le CNB devienne coordonnateur IMI délégué (DIMIC) tandis que les Barreaux acquerraient le statut d'autorités compétentes.

26. Enfin, comme il a été vu, la directive impose l'évaluation, en matière de libre établissement, des exigences nationales par les Etats membres (article 15 de la directive). Elle ne prévoit pas leur interdiction pure et simple, mais oblige les Etats membres à passer en revue leur législation au regard des critères de non-discrimination, de nécessité et de proportionnalité.

Parmi les exigences à évaluer susceptibles de concerner les avocats, l'article 15 §2 fait notamment état des exigences qui imposent au prestataire d'être constitué sous une forme juridique particulière ; des exigences relatives à la détention du capital d'une société ; des exigences qui réservent l'accès à l'activité de service concernée à des prestataires particuliers en raison de la nature spécifique de l'activité¹⁸ ; ou encore des tarifs obligatoires minimum et/ou maximum que doit respecter le prestataire.

27. Cet examen des réglementations nationales participera du processus d'évaluation mutuelle des travaux de transposition des Etats membres actuellement en cours. Elle doit prendre la forme de rapports qui permettront à la Commission d'élaborer une synthèse à l'attention du Parlement et du Conseil au plus tard un an après la date de transposition de la directive, c'est-à-dire le 28 décembre 2010.

18. A pu être évoqué à cet égard, concernant la réglementation française, un examen des règles relatives à la consultation en matière juridique et à la rédaction d'actes sous seing privé « à titre accessoire ». Le Titre II de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, qui réserve la prestation à titre principal de consultation en matière juridique et de rédaction d'actes sous seing privé à certains professionnels du droit (avocats, notaires, huissiers...), pourrait faire l'objet d'une expertise. Aux termes de cette réglementation, les autres professions ne peuvent exercer ces activités que si elles constituent l'accessoire de leur activité principale. Il s'agirait donc de déterminer si cette limitation peut constituer une restriction à la liberté d'établissement et, le cas échéant, si elle peut être considérée comme justifiée, nécessaire et proportionnée à l'objectif poursuivi (à savoir notamment la protection du justiciable et la bonne administration de la justice).