



Brugge

College of Europe
Collège d'Europe



Natolin

Research Papers in Law
Cahiers juridiques
No 2 / 2009

www.coleurope.eu

Le principe de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services

Vassilis Hatzopoulos



College of Europe
Collège d'Europe



Natolin

European Legal Studies
Etudes Européennes Juridiques

RESEARCH PAPERS IN LAW

2/2009

Vassilis Hatzopoulos

Le principe de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services

© *Vassilis Hatzopoulos, 2009*

Le principe de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services

Vassilis Hatzopoulos*

Introduction	3
I. Pourquoi le principe de reconnaissance mutuelle est-il important en matière de services ?	4
A. En quoi l'application de principe de reconnaissance mutuelle diffère en matière de services ?	4
1. Origine non étatique des règles	4
2. Distinction entre règles incorporées et non incorporées.....	5
3. Inexistence d'un système de notification préalable des règles techniques.....	7
4. Absence d'un système étendu de normalisation – certification	9
5. Enjeux politiques très sensibles	10
B. Est-il encore exact de parler du principe de reconnaissance mutuelle en matière de services ? – affiner le concept	12
1. Reconnaissance et/de l'équivalence	12
2. Formes de reconnaissance.....	13
3. Cycles de reconnaissance en matière de services	16
4. Reconnaissance mutuelle : principe général du droit.....	19
II. Comment la reconnaissance mutuelle en matière des services peut-elle évoluer/devenir plus efficace?	20
A. Reconnaissance mutuelle pure – instituée par la Cour de justice des communautés européennes (CJCE).....	21
1. Analyse théorique du jeu de la reconnaissance	21
2. Présentation pratique du jeu de la reconnaissance mutuelle	24
B. Reconnaissance mutuelle gérée – instituée par le législateur	30
1. Mesures pour rassurer les États membres	30
2. Mesures pour renforcer le jeu de la reconnaissance mutuelle.	34
Conclusion	39

* Professeur Associé à l'Université Démocrite de Thrace (Grèce), Professeur Visiteur au Collège d'Europe, Bruges (Belgique), Maître de conférences honoraire à l'Université de Nottingham (RU) ; Avocat au Barreau d'Athènes. L'auteur peut être contacté par courriel à l'adresse suivante vasshatz@socadm.duth.gr.

Le présent article correspond à la présentation de l'auteur, effectuée le 5 décembre 2008, à l'Université Robert Schuman (URS) de Strasbourg, lors d'une conférence ayant pour thème la « Reconnaissance mutuelle ». La version finale de cet article sera publiée dans le tome recensant les actes de la conférence, aux éditions de l'URS.

Des remerciements sincères sont dus à Mme Eloïse Regnier, chercheuse au Collège d'Europe, pour une révision méticuleuse du texte, ainsi qu'à l'institution même qui a rendu possible cette collaboration.

Introduction

Depuis les fondements de la Communauté européennes, le principe de reconnaissance mutuelle est au centre des études relatives au marché intérieur. Inscrit à l'article 47 du traité CE se référant aux « diplômes, certificats et autres titres », il a servi de base juridique à une longue série des « mesures transitoires » de reconnaissance dès 1964¹, puis aux directives dites « sectorielles » de reconnaissance des diplômes pour six professions de santé, les architectes et les avocats dans les années 70 et le début des années 80, enfin, pour les systèmes généraux dans les années 90². C'est cependant avec l'arrêt *Cassis de Dijon* et la communication de la Commission y afférente, que le principe est a été intégré dans le système juridique communautaire.³ C'est, enfin, avec la « nouvelle approche » pour la réalisation du marché intérieur, introduite en 1985⁴, que le principe de reconnaissance mutuelle s'est érigé en pièce maîtresse de ce grand marché.

Ainsi, le principe de reconnaissance mutuelle a fait l'objet d'études longues et de haut niveau, du moins en ce qui concerne la libre circulation des personnes et des biens dans le marché intérieur. Mis à part les quelques références passagères au rôle que le principe pourrait jouer en matière de libre prestation de services, il a fallu attendre 1997 pour qu'une étude complète et approfondie soit réalisée sur ce sujet⁵. Douze ans plus tard, alors que l'économie et la société européennes dépendent de manière directe et quasi-exclusive des services, le sujet

¹ V. à titre d'exemple directive 64/222/CEE du Conseil, du 25 février 1964, relative aux modalités des mesures transitoires dans le domaine des activités du commerce de gros et des activités d'intermédiaires du commerce, de l'industrie et de l'artisanat (JO 56 du 4.1.1964, p. 857) ; directive 64/427/CEE du Conseil, du 7 juillet 1964, relative aux modalités des mesures transitoires dans le domaine des activités non salariées de transformation relevant des classes 23 - 40 C.I.T.I. (Industrie et artisanat) (JO 117 du 23.7.1964, p. 1863) ; directive 68/364/CEE du Conseil, du 15 octobre 1968, relative aux modalités des mesures transitoires dans le domaine des activités non salariées relevant du commerce de détail (ex groupe 612 CITI) (JO L 260 du 22.10.1968, p. 6) ; ainsi que plusieurs autres directives qui ont été modifiées à plusieurs reprises, puis finalement abrogées par la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles (JO L 255 du 30.9.2005, p. 22-142).

² Pour l'ensemble de ces directives v. parmi plusieurs, PETREK, J., « Reconnaissance des diplômes », *Juris-classeur Europe*, fasc. 720.

³ CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral, Cassis de Dijon*, aff. 120/78, Rec. p. 648 ; Communication interprétative de la Commission du 3 octobre 1980 sur les suites de l'arrêt rendu par la CJCE, le 20 février 1979, dans l'affaire 120/78 *Cassis de Dijon*, JOCE C 256, du 3 octobre 1980, p. 2

⁴ Résolution du Conseil du 7 mai 1985, concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation, 85/C 136/01 (JO C 136 du 4.6.1985, p. 1) ; résolution du Conseil du 21 décembre 1989, concernant une approche globale en matière d'évaluation de la conformité, 90/C 10/01 (JO C 10 du 16.1.1990, p. 1). Le système mis en place a été revigoré récemment par le règlement (CE) n° 764/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 établissant les procédures relatives à l'application de certaines règles techniques nationales à des produits commercialisés légalement dans un autre État membre et abrogeant la décision n° 3052/95/CE (JO L 218 du 13.8.2008, p. 21-29), règlement (CE) n° 765/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 fixant les prescriptions relatives à l'accréditation et à la surveillance du marché pour la commercialisation des produits et abrogeant le règlement (CEE) n° 339/93 du Conseil (JO L 218 du 13.8.2008, p. 30-47), décision n° 768/2008/CE du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 relative à un cadre commun pour la commercialisation des produits et abrogeant la décision 93/465/CEE du Conseil (JO L 218 du 13.8.2008, p. 82-128).

⁵ V. HATZOPOULOS, V., *Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services*, Athènes/Bruxelles (Sakkoulas/Bruylant) 1999 ; cet ouvrage reprend en substance la thèse de Doctorat de l'auteur, présentée à l'Université de Strasbourg en décembre 1997.

n'a jamais autant été d'actualité. En effet, pour apprécier l'importance du sujet, il convient de se poser deux questions, à savoir, *pourquoi* la reconnaissance mutuelle est-elle importante en matière de services (I) et *comment* la reconnaissance mutuelle en matière de services peut-elle évoluer en gagnant en efficacité (II).

I. Pourquoi le principe de reconnaissance mutuelle est-il important en matière de services ?

Cette première question, de par son énoncé, en comporte deux autres. D'une part il convient d'examiner en quoi *les services* sont-ils différents des autres domaines dans lesquels l'application du principe d'équivalence mutuelle est déjà bien établie (A) et, d'autre part, en vue des différences identifiées, il convient d'affiner le concept de *reconnaissance mutuelle* en matière de service et de le distinguer d'autres concepts voisins (B).

A. En quoi l'application de principe de reconnaissance mutuelle diffère en matière de services ?

1. Origine non étatique des règles

Contrairement aux règles sur les biens, qui ont vocation à s'appliquer de manière générale et sont adoptées au niveau national, les règles sur les services ont des sources plus diverses. Le fait que ce soit en matière de services, que la Cour a pour la première fois étendu le domaine d'application du traité, afin de contrôler des mesures de provenance non étatique, n'est pas le fruit du hasard⁶. Ainsi, outre les réglementations émanant des associations sportives,⁷ la Cour a dû juger de la compatibilité des réglementations émanant des ordres professionnels⁸, des caisses d'assurance maladie⁹, des syndicats¹⁰ ou encore des associations d'automobilistes avec l'article 49 du traité CE¹¹.

Cette diversité des sources de réglementations régissant les services engendre des problèmes juridiques.

⁶ CJCE, 12 décembre 1974, *Walrave*, aff. 36/74, Rec. p. 1405.

⁷ Outre l'arrêt *Walrave* précité, v. aussi les arrêts CJCE, 14 juillet 1976, *Donà c/ Mantero*, aff. 13/76, Rec. p. 1333, CJCE, 15 décembre 1995, *Bosman*, aff. C-415/93, Rec. I-4921, CJCE, 11 avril 2000, *Delière*, aff. jointes C-51/96 et C-191/97, Rec. p. I-2549, CJCE, 18 juillet 2006, *Meca-Medina*, aff. C-519/04P, Rec. p. I-6991, pour ne citer que les décisions rendues par la Cour de justice (et non par le Tribunal de première instance).

⁸ V. à titre d'exemple, CJCE, 19 janvier 1988, *Gullung c/ Conseil de l'ordre des avocats du barreau de Colmar et de Saverne*, aff. 292/86, Rec. p. 111 ; CJCE, 19 février 2002, *Wouters*, aff. C-309/99, Rec. p. I-1577 ; CJCE, 19 septembre 2006, *Wilson c/Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg*, aff. C-506/04, Rec. p. I-8613 ; CJCE, 5 décembre 2006, *Cipolla*, aff. jtes C-94/04 et 202/04, Rec. p. I-11421.

⁹ V. à titre d'exemple CJCE, 28 avril 1998, *Kohll*, aff. C-158/96, Rec. p. I-1931 ; CJCE, 12 juillet 2001, *Smits-Peerbooms*, aff. C-157/99, Rec. p. I-5437 et toute la jurisprudence concernant les soins de santé.

¹⁰ CJCE, 11 décembre 2007, *Viking*, aff. C-438/05, Rec. p. I-10779 ; CJCE, 18 décembre 2007, *Laval et Partneri*, aff. C-341/05, Rec. p. I-11767 ; pour ces arrêts v. J. Cremers, JE Dolvik, G. Bosch, « Posting of workers in the single market: attempts to prevent social dumping and regime competition in the EU? » 38:6 *Industrial Relations Journal* (2007) 524-541.

¹¹ CJCE, 1 juillet 2008, *MOTOE c/ Grèce*, aff. C-49/07, nep.

En premier lieu, elle conduit la Cour à étendre constamment le champ d'application des règles sur les services afin de couvrir les mesures d'origine privée. Or, une telle extension, soulève des questions relatives au champ d'application de l'article 49 du traité CE. À cet égard il convient de rappeler que la célèbre formulation de l'arrêt *Angonese*¹² selon laquelle « l'interdiction de la discrimination sur le fondement de la nationalité, énoncée à l'article 48 du traité, s'applique également aux personnes privées », n'a jamais été utilisée par la suite – ceci même dans des arrêts dans lesquels la Cour a étendu le domaine d'application des règles du traité.

En deuxième lieu, lorsqu'il s'agit des réglementations régionales ou locales, il est plus difficile d'établir leur effet sur le commerce intra-communautaire et de justifier l'application des règles du traité.

En troisième lieu, et à supposer que les règles du traité sont applicables, il n'est pas aisé de reconnaître « mutuellement » plusieurs réglementations divergentes.

2. Distinction entre règles incorporées et non incorporées

Les services sont, dans une grande mesure, taillés aux besoins de leur destinataire. Ceci est moins vrai pour les services « mécaniques » n'imposant pas un haut niveau d'études, tels les services de nettoyage, gardiennage, de restauration, d'hôtellerie etc. qui sont susceptibles d'une certaine standardisation. C'est bien plus vrai pour les services, qui requièrent un niveau de qualification élevé, tels les services de médecin, d'avocat, d'architecte, de consultant etc. Par ailleurs il est souvent difficile d'identifier une « unité » de service, comme il n'est pas toujours aisé de définir la durée d'un service. Le rôle joué par le destinataire dans la prestation de services a conduit certains auteurs à parler de la « co-production » des services¹³.

La définition au préalable des composantes d'un service étant plus difficile que celle d'un bien, les réglementations sur les services portent tantôt sur les conditions que doit remplir le prestataire pour être autorisé à fournir tel ou tel service (qualifications, enregistrement dans des registres nationaux ou locaux, autorisations spéciales, respect des règles déontologiques, responsabilité du prestataire etc.), tantôt sur les conditions de la prestation elle-même (jours et heures de la prestation, locaux, fixation des prix, accès à un service sujet à un système de dévolution etc.). En d'autres termes, reprenant la terminologie habituelle en matière de commerce des marchandises, il s'agit principalement de réglementations « non incorporées » - et non de réglementations « incorporées » : les premières ont trait au processus qui mène à la prestation d'un service, alors que les secondes affectent son contenu propre.

¹² CJCE, 6 juin 2000, *Angonese*, aff. C-281/98, Rec. p. I-4139; v. en particulier l'attendu 36.

La distinction entre mesures incorporées et non incorporées a une pertinence toute particulière en ce qui concerne l'application du principe de reconnaissance mutuelle. En effet, la reconnaissance mutuelle met en place un système horizontal de concurrence réglementaire entre les réglementations des différents États membres. Selon la théorie de la concurrence réglementaire, les différentes réglementations sont les « produits » proposés par les divers ordres juridiques, alors que les « consommateurs » de tels produits, c'est-à-dire, les individus, les entreprises etc., choisissent l'ordre juridique qui leur convient le mieux. La concurrence réglementaire peut être source d'avantages, tels l'adaptation du contenu des règles aux besoins des « utilisateurs », la mise en place des solutions réglementaires plus efficaces, voire même des nouvelles techniques réglementaires, issues de la diversité, l'expérimentation et de la comparaison entre réglementations nationales¹⁴. La concurrence réglementaire porte néanmoins en elle le risque d'une harmonisation forcée et d'un nivellement par le bas.

Ce risque, cependant, se présente dans des termes différents concernant les réglementations incorporées et celles non incorporées. Les premières produisent des « externalités » immédiatement ressenties dans l'ordre juridique du pays d'accueil, alors que les secondes puisent leurs effets dans l'ordre juridique du pays d'origine des biens et/ou services¹⁵.

Ainsi, une voiture qui pollue plus la limite autorisée dans l'État d'accueil ou une scie électrique présentant des risques pour la santé des utilisateurs, seront complètement exclues de ce marché, soit du fait de la législation applicable soit du fait des préférences des consommateurs. Les producteurs n'auront donc pas d'alternatives et le nivellement par le bas n'aura pas lieu (du moins, non sans résistance). En effet, l'histoire de la concurrence réglementaire, parallèlement à « l'effet Delaware », c'est-à-dire le nivellement par le bas (des règles d'enregistrement et de surveillance des sociétés dans les autres États des États-Unis afin d'éviter qu'elles ne se déplacent massivement vers Delaware), connaît aussi « l'effet de Californie » c'est-à-dire l'exportation (vers les autres États des États-Unis) d'une réglementation plus exigeante (concernant les émissions des voitures introduites par l'État de Californie).

En revanche, une réglementation qui vise à assurer que le fournisseur d'un service (de programmation d'ordinateur, etc.) n'est pas mineur ou qu'il est inscrit dans un registre national (des programmeurs) n'a pas de répercussion aussi directe dans l'État d'accueil.

¹³ V. RUBALCABA, L., 'Historical and anthropological origin of the service economy' in Rubalcaba, Luis, *The new service economy, Challenges and policy implications for Europe*, Cheltenham/Northampton (Edward Elgar) 2007, 14-42.

¹⁴ Pour une brève introduction sur la concurrence réglementaire v. [BARNARD, C. & DEAKIN S., 'Market access and regulatory competition'](#) in BARNARD, C., & SCOTT, J., (eds), *The Law of the Single European Market, Unpacking the Premises*, Oxford (Hart) 2002, 197-224, également disponible dans Jean Monnet Working Paper n. 9/2001, à <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/012701.html>

¹⁵ Pour la distinction entre réglementations incorporées et non incorporées et le risque de nivellement vers le bas v. [SCHARPE, F., 'Introduction: the problem-solving capacity of multi-level governance' 4](#)

Ainsi, la résistance au nivellement par le bas sera moindre pour les réglementations non incorporées que pour celles incorporées. En d'autres termes, sous l'effet de la concurrence réglementaire, les règles non incorporées de l'État d'accueil subiront une plus grande pression pour réduire les règles incorporées¹⁶. Afin de résister à cette pression, les États seront donc amenés à réglementer davantage au niveau national et à créer des obstacles à la reconnaissance des exigences non incorporées.

3. Inexistence d'un système de notification préalable des règles techniques

Le caractère « indéterminé » des services, combiné au fait que la grande majorité des règles les régissant sont des règles « non-incorporées » entraînent avec eux une conséquence supplémentaire qui distingue les services des biens. Alors que la production des biens et les exigences auxquelles ils doivent répondre, dépendent dans une grande mesure des règles « techniques » facilement identifiables, il n'en va pas de même pour les services. En effet, dans la réglementation des services les règles strictement « techniques » occupent une place bien limitée, alors que la grande majorité des réglementations y applicables sont de nature économique, sociale, relèvent du droit du travail, de la protection des consommateurs etc. Elles sont de ce fait des réglementations difficiles à recenser et, surtout, impossibles à harmoniser, voire même à rapprocher.

Ainsi, il a été jugé inopportun (voire impossible) de mettre en place en matière de services un système de notification préalable des règles comparable à celui instauré, en matière de marchandises, par la directive 98/34/CE¹⁷. Il est rappelé qu'en vertu de cette directive toute « spécification technique », « règle technique » ou « autre exigence » régissant la production, la commercialisation et même l'utilisation¹⁸ des biens doit être notifiée à la Commission avant son entrée en vigueur. Une période de *stand still* est prévue pendant laquelle la Commission a la possibilité de proposer une mesure communautaire en la matière, évinçant, par la même, la règle nationale. De plus, la Cour a jugé que toute mesure nationale non notifiée est inopérante et ne peut produire d'effets vis-à-vis des tiers¹⁹. Le système de notification prévu

[JEPP \(1997\) 520-538; v. aussi plus récemment l'excellente contribution par DAVIES, G. 'Process and Production Method-based Trade Restrictions in the EU' 10 CYEL \(Oxford/Portland: Hart, 2008\) 69-97.](#)

¹⁶ Cette constatation peut être davantage affinée. En effet, les réglementations qui touchent à la protection de l'environnement ainsi qu'aux conditions de santé et de sécurité au travail produisent des externalités et correspondent à une partie minime du prix total des produits et seront ainsi relativement à l'abri des pressions concurrentielles. Au contraire, les réglementations relatives à la taxation des revenus des personnes ainsi que celles concernant le financement des systèmes de sécurité sociale seront bien plus sujettes à des pressions vers le bas. Pour de plus amples développements, voir SCHARPF, dans la note de bas de page précédente.

¹⁷ Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques (JO L 204, du 21.7.1998, p. 37) ; directive codifiant la directive 83/189/CEE v. FRONIA, J., & CASELLA, G., "La procédure de contrôle des réglementations techniques prévue par la nouvelle directive 83/189/CEE", *RMUE*, 2/1995, p. 37 ; de manière plus générale v. MASCLLET, J.-C., "L'élimination des entraves techniques dans les échanges intracommunautaires de marchandises", *JCL Europe*, fasc. 520

¹⁸ V. récemment CJCE, 21 avril 2005, *Lindberg*, aff. C-267/03, Rec. p. I-3245, pour l'applicabilité de la directive aux règles qui régissent l'utilisation des biens.

¹⁹ CJCE, 30 avril 1996, *CIA Security c/ Signalson*, aff. C-194/94, Rec. p. I-2201 ; v. à cet égard CANDELA CASTILLO, F., "La confirmation par la Cour du principe de non-opposabilité aux tiers des règles

par la directive est de plus en plus utilisé par les États membres : avant l'élargissement de 2004 environ 600 mesures nationales faisaient l'objet d'une notification chaque année et ce chiffre a augmenté de 30% depuis²⁰. Le résultat concret de cette procédure est que de plus en plus les règles techniques nationales prévoient une clause d'équivalence « préventive » : sont admis les produits qui satisfont à la règle décrite « ou équivalents ». Ce système aboutit à ce que l'on peut appeler l'équivalence « préemptive » des règles à venir – par opposition à l'équivalence *ex post* « corrective » des réglementations déjà en place, opérée tantôt par la jurisprudence, tantôt par l'harmonisation législative²¹.

Ce système de notification prévu pour les biens a été étendu aux seuls services de la société de l'information – services dont les aspects techniques sont dominants.

En revanche pour tous les autres services, un système de notification préalable des règles régissant leur prestation n'est pas prévu de manière horizontale²².

La directive 2006/123/CE (ci-après dénommée directive « services ») introduit, quant à elle, un système de notification préalable des mesures nationales affectant les services – mais il s'agit d'un système beaucoup moins ambitieux que celui institué pour les biens. Selon l'article 15, paragraphe 7 de la directive, doivent faire l'objet d'une notification les mesures nationales lesquelles pourraient être justifiées par une raison impérieuse d'intérêt général, créant des entraves à *la liberté d'établissement* des prestataires de services. Une première limitation de la portée de l'obligation de notification découle de l'énoncé même de la disposition : ce ne sont pas les mesures relatives à *la prestation de services* qui sont en cause mais celles relatives à *l'établissement du prestataire*. De telles mesures sont celles qui : a) imposent des restrictions quantitatives, b) exigent une forme sociale particulière, c) imposent des règles concernant la détention du capital d'une société, d) réservent l'accès à certaines activités, e) limitent le nombre d'établissements sur un même Etat, f) imposent un nombre minimal de salariés, g) fixent les tarifs, h) imposent la prestation de services spécifiques.

Cette énumération complète celle de l'article 14 de la directive, qui prévoit une liste exhaustive des exigences interdites. On peut en déduire une deuxième limitation de l'étendue de l'obligation de notification de l'article 15, paragraphe 7 : toute mesure restrictive qui n'y figure pas n'a pas besoin d'être notifiée.

techniques non notifiées dans le cadre de la directive 83/189/CEE: un pas en avant vers l'intégration structurelle des ordres juridiques nationaux et communautaire", *RMC*, 1997, p. 51 ; LECRENIER, S., "Le contrôle des règles techniques des Etats et la sauvegarde des droits des particuliers", *JTDEur*, 1997, p. 1.

²⁰ PELKMANS, J., « Mutual recognition in goods. On promises and disillusion », 14 :5 *JEPP* (2007) 699-716, 707.

²¹ PELKMANS, ci-dessus.

²² Il est vrai que certains instruments législatifs sectoriels (pour les télécommunications, l'énergie etc) prévoient des obligations de communication/notification des règles nationales, chacun selon ses propres modalités.

De surcroît, troisièmement, les pouvoirs dont dispose la Commission en vertu de l'article 15, paragraphe 7 de la directive « services » sont bien plus limités que ceux prévus par la directive 98/34/CE « notification » : les États membres ne sont pas soumis à une obligation de « stand still » les trois mois accordés à la Commission pour l'examen des mesures en cause. Par ailleurs, la Commission peut décider du retrait et/ou de la modification des mesures qui lui sont soumises. Elle n'y puise néanmoins pas un pouvoir général et immédiat de légiférer en la matière. Enfin, la logique moins contraignante de cette disposition rend invraisemblable l'extension de la théorie de l'inopposabilité des règles non notifiées, issue de la jurisprudence *CIA Security*.²³

4. Absence d'un système étendu de normalisation – certification

La difficulté d'identifier les « règles techniques » applicables en matière de services entraîne une conséquence. En matière de biens, lorsque le jeu de la reconnaissance est inopérant du manque d'uniformité entre règles nationales, on a recours tantôt à l'harmonisation tantôt à la normalisation. Cette deuxième option a été privilégiée depuis l'adoption en 1985 de la « nouvelle approche » pour le marché intérieur²⁴. La Commission donne mandat au CEN, au CENELEC ou à l'ETSI, en fonction du domaine technique concerné, pour l'adoption des normes. Celles-ci sont facultatives sauf si elles sont, par la suite, incorporées dans un texte contraignant, telle une directive²⁵. Ainsi, tantôt de manière obligatoire, tantôt de manière facultative et avec la participation des parties prenantes – lesquelles sont représentées dans les organismes de normalisation – on aboutit à un rapprochement de fait, sinon de droit²⁶.

Il n'en est pas de même en matière de services. Tel qu'indiqué ci-dessus (voir partie I.A.2 et I.A.3), les règles qui entravent la libre prestation de services sont plutôt d'ordre social, environnemental etc. et ne sont, par leur essence propre et par les sensibilités auxquelles elles touchent, facilement réductibles au jeu de la normalisation. De plus, les parties prenantes ont moins d'intérêt à négocier et à aboutir à des normes dans le domaine des règles non incorporées. En effet, l'adoption des normes est intéressante pour l'industrie dans la mesure où celles-ci lui donnent accès aux produits qui s'y conforment dans plusieurs marchés. Or, comme il a été expliqué ci-dessus, la résistance naturelle²⁷ des États d'accueil est clairement moindre en ce qui concerne les règles non incorporées car leurs effets ne se font pas ressentir²⁸. Ainsi, est-il empiriquement prouvé que très souvent c'est l'industrie même

²³ V. ci-dessus note de bas de page 19.

²⁴ V. ci-dessus note de bas de page 4 ; pour une présentation détaillée de la nouvelle approche v. HATZOPOULOS, V., p. 419-435, *op.cit.* note de bas de page 5.

²⁵ En général sur les normes dans l'UE v. BOY, L., « Normes » *RIDE* (1998) 115-146 ; GRAZ, J.-C., « Quand les normes font loi : Topologie intégrée et processus différenciés de la normalisation internationale » 35 *Etudes Internationales* (2004) disponible sur <http://www.erudit.org/revue/ei/2004/v35/n2/009036ar.html>

²⁶ V. à cet égard McMILLAN, J., « La certification, la reconnaissance mutuelle et le marché unique », *RMUE*, 2/1991, p. 181 ; du même auteur, « Une politique européenne pour la promotion de la qualité », *RMC*, 411/1997, p. 520.

²⁷ C'est-à-dire dans les cas où l'Etat d'accueil n'a pas spécifiquement légiféré en la matière.

²⁸ SCHARPF, ci-dessus note de bas de page 15.

qui pousse à l'adoption des normes techniques, et freine l'adoption des normes sociales ou environnementales²⁹.

Dès lors, le système d'adoption des normes, puis de l'évaluation de conformité des produits aux normes et de la certification de ces produits, sous l'égide d'organismes nationaux d'accréditation n'est pas transposable en tant que tel dans le domaine de services. Il est significatif, à cet égard, que la Commission a émis deux mandats horizontaux de normalisation à l'attention du CEN (mandats M/340 du 8.10.2003 et M/371 du 19.7.2005) qui n'ont pas donné lieu à une activité considérable de production des normes. Les données quantitatives sont éloquentes. Sur un total de 13.466 publications du CEN, 36 normes (adoptés ou en voie d'adoption) concernent les activités de services, sachant qu'aucune n'est publiée au Journal officiel. (et n'est pas donc obligatoire). Les domaines dans lesquels ces normes sont adoptées sont les suivants : maintenance, transports, tourisme, immobilier, contact avec les clients, énergie, gestion des installations, traduction, funérailles.

L'absence de normes en matière de services est censé subsister dans le court terme, pour les raisons évoquées ci-dessus. Ceci à son tour, signifie que des systèmes alternatifs devront être inventés pour supporter le jeu de la reconnaissance mutuelle en matière de services.

5. Enjeux politiques très sensibles

Ce sujet, déjà abordé, mérite néanmoins quelques développements supplémentaires. La doctrine a déjà relevé qu'en matière de biens la quasi-totalité des mesures restrictives nationales est liée à la protection de la sécurité, de la santé, de l'environnement et des consommateurs.³⁰ En matière de services, en revanche, des réglementations autrement plus complexes et plus contestées, notamment celles de nature sociale, sont en jeu.

En effet, en matière sociale il semble insensé d'évaluer l'équivalence de *mesures* concrètes en faisant abstraction des *politiques* dans lesquelles elles s'inscrivent. Par exemple, l'appréciation de telle ou telle mesure touchant à la prestation de services de santé ou d'éducation ne sera utile qu'en tenant compte de l'ensemble de la politique y afférente. Or, il est infiniment plus complexe de juger de l'équivalence des *politiques* que de celle de simples *mesures*. Ceci pour, au moins, trois raisons. En premier lieu, il est bien plus difficile de saisir le contenu précis et les implications d'une politique que ceux d'une simple mesure. En deuxième lieu – et à supposer que la première étape ait été franchie avec succès – il est très délicat d'estimer la valeur respective, et donc l'équivalence, des différentes politiques : c'est un exercice hautement politique et profondément idéologique. En troisième lieu, se posent de manière aiguë les questions de la compétence et de la légitimité: quelle institution au niveau

²⁹ GRAZ, ci-dessus note de bas de page 25.

³⁰ V. notamment PELKMANS, ci-dessus note de bas de page 20, en évoquant les « SHEC regulations : safety, health, security and consumer protection ».

supranational pourrait valablement juger de la valeur des choix politiques opérés par les institutions représentatives des États membres ?³¹

Ce problème se dédouble lors de la distinction – déjà évoquée – entre normes incorporées et normes non incorporées. La distinction fondamentale entre les deux séries de règles est que : au moyen des premières l'État d'accueil règlemente les effets que produiront les biens/services dans son propre territoire, alors que par le biais des secondes les effets qui se produiront dans l'État d'origine de ce même bien/service, seront traités; c'est cet élément d'application extraterritoriale des règles non incorporées qui les rend, à premier égard, plus problématiques³². Ainsi, la question de la reconnaissance mutuelle des deux séries de règles se pose dans des termes différents.³³

L'illustration la plus parlante de cette problématique est liée à la réglementation des services d'intérêt général. La législation originelle des différents États Membres étaient fort éloignée avec, d'un côté la France et les pays « du service public » et, à l'extrême opposé, les pays anglo-saxons poursuivant une approche de droit commun (common law).³⁴ L'établissement d'une quelconque « équivalence » entre les mesures nationales spécifiques et distinctes était si difficile, que le législateur communautaire a dû intervenir à plusieurs reprises avec différentes mesures dans divers domaines : soit par des mesures spécifiques et sectorielles (une directive spécifique en matière de télécommunications, des dispositions « dédiées » dans les directives énergie, postes etc.) soit par des mesures générales et horizontales (tels les communications de 1996, 2000 et de 2007), ou encore par des consultations organisées sur la base des livres vert (2003) et blanc (2004).³⁵ Et les jeux ne sont pas encore faits...³⁶ Il

³¹ Sur la problématique générale du dépassement, par le commerce international, du niveau national de réglementation sociale sans une émergence parallèle d'un autre niveau (régional ou international) possédant de la légitimité adéquate pour réglementer, v. POIARES MADURO, M., « Is there any such thing as free or fair trade ? » in DE BURCA, G. & SCOTT, J., (eds) *The EU and the WTO, Legal and Constitutional Issues* Oxford/Portland (Hart) 2001, 259-282. Cet auteur, de manière éloquente, se pose la question (p. 271) « comment peut-on protéger l'autodétermination des communautés politiques concurrentes en l'absence d'une communauté politique globale compréhensive ? » (traduction libre).

³² Pour la remise en question de cette distinction et de ses conséquences juridiques v. HOWSE, R. & REGAN, D., « The product/process distinction – An illusory basis for disciplining unilateralism » 11:2 *EJIL* (2000), 249-289.

³³ Pour les implications constitutionnelles de cette distinction v. POIARES MADURO ci-dessus, note de bas de page 31.

³⁴ Pour les deux concepts et leur évolution sous le coup du droit communautaire v. HARLOW, C., « Public service, market ideology and citizenship » dans FREEDLAND, M. & SCIARRA, S. (eds), *Public services and citizenship in European law, Public and labour law perspectives*, Oxford, (Clarendon Press) 1998, 48-56 ; v. aussi dans le même ouvrage, AMATO, G., « Citizenship and public services – Some general reflections », 145-156.

³⁵ V. notamment, Communication de la Commission, Les services d'intérêt général, JOCE C 281, du 26 septembre 1996 ; Communication de la Commission, Les services d'intérêt général en Europe, JOCE C 17, du 19 janvier 2001 ; Livre Vert sur les services d'intérêt général, COM (2003) 270 *final*; Livre Blanc sur les services d'intérêt général, COM (2004) 374 *final* ; Communication de la Commission 'Services d'intérêt général y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen, COM (2007) 725 *final*.

³⁶ Pour tout ces textes et pour les initiatives en cours v. la page web dédiée de la Commission, http://ec.europa.eu/services_general_interest/index_en.htm ; pour une analyse normative excellente v. les chapitres contenus dans LOUIS J.V. & RODRIGUEZ, ST., (eds), *Les services d'intérêt économique général et l'UE*, Bruxelles, Bruylant (2006); v. aussi COX, H., FOURNIER, J. & GIRARDOT, M., (eds) *Les*

devient, ainsi, évident que la reconnaissance mutuelle des mesures nationales réglementant les services ne peut pas se faire sur la base de considérations purement techniques (concernant la santé, la sécurité, l'environnement et les consommateurs), mais suppose un accord de base sur des questions bien plus vastes et plus délicates.

B. Est-il encore exact de parler du principe de reconnaissance mutuelle en matière de services ? – affiner le concept

1. Reconnaissance et/de l'équivalence

Selon plusieurs auteurs le principe de reconnaissance mutuelle est fort dynamique : il évolue dans le temps et il s'adapte aux différents domaines qu'il convient de réglementer³⁷. La preuve la plus éloquente de son caractère évolutif est le changement de sa dénomination : alors qu'à l'origine on parlait du principe « d'équivalence » et de reconnaissance mutuelle, à présent le terme « équivalence » ne figure plus dans l'intitulé même du principe.

En effet, la juxtaposition des deux termes avait laissé penser qu'il s'agissait simplement de reconnaître l'équivalence existante entre les réglementations nationales³⁸, ou encore que le principe général serait celui de l'équivalence, la reconnaissance n'étant alors qu'un simple moyen de mise en œuvre du principe, notamment par l'intervention du législateur communautaire³⁹. Nous avons toujours pensé que le principe de reconnaissance était celui porteur de valeur ajoutée. Ainsi, dès 1997 nous constatons que⁴⁰ :

« Le mot "équivalence" a un sens *statique*, pour autant qu'il correspond à une "qualité" qui existe par elle-même, laquelle, en fonction des circonstances, sera ou ne sera pas relevée. Le mot "reconnaissance", en revanche, a du *dynamisme* propre, puisque il ne correspond à aucune situation préétablie, mais tend à la création d'une situation nouvelle, celle de la reconnaissance, de l'acceptation, de l'admission.

services d'intérêt économique général en Europe, Régulation, Financement, Evaluation, Bonnes Pratiques, Paris (CEEP/CIRIEC) 2000; et plus récemment, BAUBY, P., COING, H., DE TOLEDO ; A., (eds), *Les services publics en Europe, Pour une régulation démocratique*, Paris (Publisud) 2007 ; plus récemment U. NEERGAARD, R. NIELSEN & L. ROSEBERRY *Integrating welfare functions into EU Law – From Rome to Lisbon* (Copenhagen, DJOF Publishing, 2009); and M. KRAJEWSKI, U. NEERGAARD & J. VAN DE GRONDEN (eds) *The changing legal framework for services of general interest in Europe – Between competition and solidarity* (The Hague, Asser Press, 2009).

³⁷ V. parmi plusieurs, en ordre chronologique, HATZOPOULOS, p. 59-72 *op.cit.* note de bas de page. 5.; ARMSTRONG, K., 'Mutual Recognition' in BARNARD, C. & SCOTT, J., (eds), *The Law of the Single European Market, Unpacking the Premises*, (Oxford, Hart, 2002), 225-267; NIKOLAIDIS, K. & SCHMIDT, S., 'Mutual recognition "on trial": the long road to services liberalisation' 14 *JEPP* (2007) 717-734 ; POIARES MADURO, M., 'So close and yet so far: the paradoxes of mutual recognition' 14:5 *JEPP* (2007) 814-825.

³⁸ MATTERA, A., "Les principes de 'proportionnalité' et de la 'reconnaissance mutuelle' dans la jurisprudence de la Cour en matière de libre circulation des personnes et des services: de l'arrêt 'Thieffry' aux arrêts 'Vlassopoulou', 'Mediawet' et 'Dennemeyer'", *RMUE*, n° 4/1991, p. 191, 201.

³⁹ BERNEL, A., *Le principe d'équivalence ou de "reconnaissance mutuelle" en droit communautaire*, Zürich (Schultness Polygraphischer Verlag) 1996, p. 133 et s.

⁴⁰ HATZOPOULOS, , p. 63-64 *op.cit.* note de bas de page 5.

De même, la constatation de l'équivalence s'impose par elle-même, de manière objective, alors que la reconnaissance repose sur un certain volontarisme de la part de celui qui reconnaît. Dans le premier cas, il s'agit, justement, de constater qu'un degré d'équivalence existe déjà et d'en tirer les conséquences; alors que dans le second, il est question d'accepter/établir quelque chose qui était ignorée jusque là, ou d'instaurer consciemment un degré de convergence "volontaire", voire, "artificielle" entre deux objets lesquels auparavant n'étaient directement liés par aucun lien logique évident. »

Désormais il est bien établi que le principe de reconnaissance est porteur de dynamisme propre et s'applique bien au-delà des situations d'équivalence formelle entre les législations nationales. A cet égard, les différentes classifications du principe offrent des renseignements utiles sur la teneur de ses fonctions.

2. Formes de reconnaissance

Il a été relevé par la doctrine qu'avant d'être mis en œuvre par le législateur, le principe de reconnaissance mutuelle trouve ses sources dans la jurisprudence de la Cour (notamment dans *Van Binsbergen* et, de manière plus explicite, *Cassis de Dijon*)⁴¹. Cette dualité des origines se retrouve tout au long du développement et de la mise en œuvre du principe jusqu'à nos jours, si bien que, de manière directe ou indirecte, elle se reflète sur toutes les analyses doctrinales du principe.

a) Revue de la littérature

Par ordre chronologique d'apparition la doctrine opère les distinctions suivantes.

Un premier auteur distingue entre la reconnaissance mutuelle « principe général du droit » régissant toutes les situations juridiques relevant du marché intérieur, d'une part, et la reconnaissance mutuelle « technique législative », mise en œuvre à travers les directives « passeport », les systèmes généraux de reconnaissance de diplômes et la « nouvelle approche » de législation, d'autre part⁴².

Un autre auteur, distingue entre « reconnaissance judiciaire », d'une part et « reconnaissance réglementaire », d'autre part, sans pour autant arriver à parler d'un principe général du droit⁴³. Suivant une analyse axée sur les effets économiques plus que sur les prémisses juridiques, cet auteur accorde plus de poids à la reconnaissance réglementaire – notamment à la reconnaissance « préalable », telle qu'instituée par le mécanisme de notification des règles techniques – qu'à la reconnaissance judiciaire. La différence d'approche entre les deux

⁴¹ CJCE, 3 décembre 1974, *Van Binsbergen*, aff. 33/74, Rec. p. 1299 ; CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral, Cassis de Dijon*, aff. 120/78, Rec. p. 648.

⁴² HATZOPOULOS, op.cit. note de bas de page 5.

⁴³ PELKMANS ci-dessus note de bas de page 20.

auteurs peut s'expliquer par le fait que le premier fonde son raisonnement sur le commerce des services alors que le second sur celui des biens⁴⁴.

Un troisième auteur s'intéresse aux effets plus ou moins contraignants de la reconnaissance pour les États et distingue entre « reconnaissance active » (lorsque les instances de l'État d'accueil doivent elles-mêmes prendre l'initiative de juger de l'équivalence de la législation des autres États membres – exercice à effets incertains) et « reconnaissance passive » (lorsque les autorités de l'État d'accueil se bornent à appliquer un système de reconnaissance mutuelle préalablement convenu au niveau communautaire – exercice à effets plus certains).⁴⁵

Un quatrième auteur pense qu'il est plus exact de distinguer « l'équivalence », qui peut-être constatée par les instances nationales et la CJCE en l'absence de règle communautaire spécifique et « la reconnaissance mutuelle » qui est spécifiquement instituée, de manière sectorielle, par des règles communes.⁴⁶

Enfin, d'autres auteurs distinguent, en fonction du degré de confiance mutuelle développée telle une condition préalable au principe de reconnaissance mutuelle, entre la « reconnaissance pure » (absence d'instrument de rapprochement/reconnaissance) et la « reconnaissance gérée », à l'aide de textes de droit dérivé.⁴⁷

b) Proposition de classification

Les classifications qui précèdent se recouvrent en grande partie. Chacune, cependant éclaire d'un angle différent le principe de reconnaissance mutuelle. Par ailleurs, toutes ces classifications ne prennent pas en compte le rôle joué par d'autres organisations d'intégration économique, notamment par l'Organisation mondiale du commerce (OMC), en la matière. Ainsi, une classification quadruple, selon les critères ci-dessous est envisageable.

i) En fonction de *l'organisation* qui met en place un système de reconnaissance mutuelle, il est possible d'établir une première distinction entre le niveau « communautaire » et le niveau « international ». Au sein de chacun de ces niveaux, la reconnaissance judiciaire et la reconnaissance réglementée peuvent être distinguées. Cette distinction, assez commune au niveau communautaire (voir les classifications du point précédent), se retrouve également au niveau international. En effet, en ce qui concerne le commerce des services, l'Article VII de l'Accord Général sur le Commerce des Services (AGCS) en anglais (GATS) prévoit la possibilité d'instituer des mécanismes de reconnaissance mutuelle entre les États de l'OMC,

⁴⁴ Tel qu'expliqué, ci-dessus, (partie I.A.1) : en matière de services l'action législative est bien plus limitée qu'en matière de biens et le système de notification « préemptive » des mesures nationales est d'une faisabilité et d'une efficacité bien plus limitées.

⁴⁵ ARMSTRONG ci-dessus note de bas de page 37.

⁴⁶ TRACHTMAN, J., 'Embedding mutual recognition at the WTO' 14:5 *JEPP* (2007), 780-799.

⁴⁷ [NIKOLAIDIS, K. & SCHMIDT, S., 'Mutual recognition "on trial": the long road to services liberalisation' 14:5 *JEPP* \(2007\) 717-734.](#)

ce qui « pourra se faire par une harmonisation ou autrement ». L'Article VII est, à présent, une clause dormante, mais il n'est pas exclu que, dans un avenir proche, elle pourrait être activée. De manière plus significative, il semblerait que « le principe d'accès au marché », institué par l'Article XVI de l'AGCS, implique lui-même l'obligation d'extension de la reconnaissance mutuelle aux produits des autres États signataires de cet Accord.⁴⁸ Ainsi, dans le cadre de la mise en œuvre « contentieuse » de ladite disposition, l'apparition d'un principe généralisé de reconnaissance mutuelle ne serait qu'une question de temps.

ii) En fonction de *l'instrument* qui prévoit la reconnaissance mutuelle, plusieurs cas de figure, se présentant comme des cycles concentriques, peuvent être distingués. Au centre : les cas où toute règle organisant la reconnaissance fait défaut (reconnaissance pure) ; puis on peut songer aux situations où la reconnaissance est aidée par l'existence des normes volontaires (y compris des documents communs), par des mécanismes d'échange d'information et/ou de coordination, ou par l'obligation de coopération administrative entre autorités nationales. En troisième lieu, la reconnaissance peut-être prévue par des textes du droit dérivé, mais de manière imparfaite et non-automatique : les systèmes généraux de reconnaissance des diplômes en serait l'exemple emblématique. Quatrièmement, la reconnaissance peut-elle être organisée de manière quasi-absolue par le texte communautaire. Dans ces cas la reconnaissance est la conséquence d'une harmonisation préalable et produit ses effets de manière quasi-automatique⁴⁹. Au niveau de l'OMC, l'obligation de reconnaissance peut découler, domaine par domaine, des engagements pris par les États dans le cadre de l'Article XVI de l'AGCS (accès au marché). Pour saisir la portée de l'obligation de reconnaissance mutuelle il faudra alors se référer aux listes des engagements de chaque État membre. Enfin, la reconnaissance peut être organisée de manière spécifique en vertu de l'Article VII de l'AGCS.

iii) En fonction du *degré d'harmonisation* (ou du type de confiance) sur lequel s'appuie la reconnaissance on peut distinguer quatre cas de figure⁵⁰ : a) il y a eu harmonisation au niveau communautaire, auquel cas la reconnaissance n'est plus « mutuelle » dans le sens où elle ne porte pas vraiment sur la réglementation de l'autre Etat membre mais sur celle mis au point en commun, b) il n'y a pas eu harmonisation mais il y a en quelque sorte « harmonie préétablie », auquel cas il est facile de faire jouer le principe de reconnaissance mutuelle, c) il n'y a pas eu d'harmonisation mais le volontarisme administrative et/ou judiciaire a pu

⁴⁸ BEVIGLIA ZAMPETTI, A., 'Market access through mutual recognition : the promise and limits of GATS article VII', in Sauvé, Pierre & Stern, Robert (eds) *GATS 2000, New directions in services trade liberalization*, Washington DC (Harvard/Brookings Institution Press) 2000, 283-306; v. aussi TRACHTMAN, ci-dessus note de bas de page 46. Ces mêmes auteurs signalent que déjà l'article II de l'AGCS « clause de la nation la plus favorisée ») oblige à l'extension du jeu de la reconnaissance aux services en provenance de tous les autres Etats signataires.

⁴⁹ En effet il est plus exact de considérer ce cas de figure comme une forme particulière et flexible d'harmonisation, où la reconnaissance joue un rôle purement technique, qu'une forme de reconnaissance à proprement parler.

⁵⁰ V. aussi HATZOPOULOS, p. 69 op.cit. note de bas de page 5.

dépasser les différences existant entre les réglementations des États concernés et d) les règles nationales sont si différentes que le jeu de la reconnaissance est rendu impossible.

iv) Du point de vue, enfin, du rôle que joue le principe de reconnaissance mutuelle pour les acteurs économiques, l'on peut distinguer deux cas de figure. Tantôt le principe est organisé par un texte réglementaire qui reconnaît par là même l'accès des opérateurs économiques aux marchés des autres États membres. Dans ce cas le principe opère comme une épée offrant accès direct aux marchés. Tantôt, en revanche, le principe est invoqué devant les autorités administratives et les juridictions de l'État d'accueil lorsque l'opérateur essaie de prouver qu'il satisfait aux exigences de la législation de cet État. Dans ce cas le principe opère comme un bouclier assurant que les opérateurs étrangers ne sont pas totalement exclus du marché.

3. Cycles de reconnaissance en matière de services

Il a été déjà mentionné que bien avant l'arrêt *Cassis de Dijon*, le principe de reconnaissance mutuelle « germe » déjà dans l'arrêt *Van Binsbergen*⁵¹. Cet arrêt portait sur la législation néerlandaise qui subordonnait l'exercice du droit des mandataires de justice, de représenter leurs clients devant certaines juridictions nationales, à une obligation de résidence permanente sur le territoire national. La Cour a reconnu que « compte tenu de la nature particulière de certains services », une telle restriction à la libre prestation de services serait admissible, à condition d'être « objectivement nécessaire »⁵². Ceci est un test bien plus large que celui de la non discrimination, puisqu'il laisse entendre que, lorsque la « nature particulière » de l'activité fait défaut et qu'il n'y a aucune « nécessité objective », le prestataire ne devrait en principe être soumis aux restrictions de l'État d'accueil. Cette logique a été rendue plus explicite dans *Cassis de Dijon*, puis dans la Communication de la Commission⁵³.

Cette première étape, où le principe de reconnaissance pure a été introduit dans l'ordre juridique communautaire, a été suivie en matière de services par une deuxième étape de reconnaissance gérée. Les directives dites « passeports » relatives aux établissements de crédit et aux services financiers en constituent un exemple caractéristique. Elles sont fondées sur une distinction nette entre les conditions d'autorisation (accès) et celles de contrôle (exercice), le principe de reconnaissance s'appliquant uniquement aux premières⁵⁴. Ainsi, les

⁵¹ CJCE, 3 décembre 1974, *Van Binsbergen*, aff. 33/74, Rec. p. 1299.

⁵² *Ibidem*, att. 14.

⁵³ Communication interprétative de la Commission du 3 octobre 1980 sur les suites de l'arrêt rendu par la CJCE, le 20 février 1979, dans l'affaire 120/78 *Cassis de Dijon* (JO C 256 du 3.10.1980, p. 2); v. à ce propos GORMLEY, L., « *Cassis de Dijon* and Communication from the Commission », *ELRev.* 1981, p. 454.

⁵⁴ Il est vrai qu'en pratique la distinction entre les conditions d'autorisation et celles de la poursuite effective d'une activité économique est souvent assez brouillée, mais a) la distinction demeure pertinente au niveau conceptuel comme critère de délimitation des compétences des autorités des différents États membres et b) le fait est que si difficultés il y a, elles n'arrivent qu'exceptionnellement devant la Cour, v. récemment pour un des rares exemples, CJCE, 7 septembre 2004, *Commission c/ France, assurances*, aff. C-347/02, Rec. p. I-7557.

autorisations délivrées par les autorités compétentes d'un État membre constituent un « passeport » valable sur l'ensemble du territoire communautaire. Forts de ce passeport, les prestataires de services peuvent s'établir sur le territoire de n'importe quel autre État membre. Les conditions d'exercice de ces prestataires dans chacun des territoires concernés demeurent régies cependant par les règles du pays d'accueil. Pour nourrir la confiance mutuelle entre les États membres et assurer que l'autorisation délivrée par l'État d'origine soit reconnue par tous les États d'accueil, une harmonisation fût organisée par les directives, et ce à un double niveau. Les garanties minimales de liquidité et de solvabilité des entreprises furent organisées et, de manière complémentaire, les règles techniques concernant le calcul des avoirs et la publicité des comptes, d'autre part⁵⁵. Cette deuxième étape de mise en œuvre du principe de reconnaissance fût donc doublement limitée : en ce qu'elle ne concernait que les conditions d'accès à l'activité de services – et non celles de son exercice – et par ailleurs, en ce qu'elle s'appuyait sur une harmonisation substantielle et concomitante des conditions d'accès et de leur contrôle⁵⁶.

La troisième étape de mise en œuvre du principe de reconnaissance fût nettement plus ambitieuse sur ces deux aspects. Tout d'abord, elle ne concernait pas uniquement les conditions d'accès mais également celles d'exercice de l'activité. Ensuite, l'harmonisation sur laquelle elle s'appuyait fût très limitée. Cette approche de reconnaissance fût, pour la première fois mise en œuvre, par la modification de la Directive « télévision sans frontières » en 1997⁵⁷, puis par la directive sur les signatures électroniques⁵⁸, celle sur le commerce électronique⁵⁹ et, enfin, la deuxième directive concernant la protection des données personnelles dans le domaine des télécommunications⁶⁰. Ces directives contiennent typiquement une clause dite « du marché intérieur » selon laquelle « les États membres assurent la liberté de réception et n'entravent pas la retransmission sur leur territoire [des services] en provenance d'autres États membres pour des raisons qui relèvent des domaines

⁵⁵ Pour une présentation plus détaillée, v. HATZOPOULOS, « Le principe de reconnaissance ... », p. 413-450 *op.cit.* note de bas de page 5.

⁵⁶ Cette approche d'harmonisation minimale complétée par la reconnaissance mutuelle est, désormais, abandonnée en faveur d'une réglementation beaucoup plus étendue et maxima, en vertu de la directive MiFid, 2004/39/CE (JO L 145 du 30.4.04, p. 1-44).

⁵⁷ Directive 97/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 modifiant la directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle « télévision sans frontières » (JO L 202 du 30.7.1997, p.60).

⁵⁸ Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999, pour un cadre communautaire pour les signatures électroniques (JO L 13 du 19.1.2000, p. 12-20).

⁵⁹ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, pour le commerce électronique (JO L 178 du 17.7.2000, p. 1-16).

⁶⁰ Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, appelée « directive vie privée et communications électroniques » (JO L 201 du 31.7.2002, p. 37-47) ; cette Directive abroge la directive 97/66/CE qui traitait du même sujet.

coordonnés par la présente directive ». ⁶¹ Une « clause de marché intérieur » est aussi prévue dans la proposition de directive pour le crédit aux consommateurs ⁶².

Outre la « clause du marché intérieur », ces directives partagent trois caractéristiques communes : a) elles opèrent une harmonisation minimale, b) comportent de dérogations provisoires pendant lesquelles les autorités de l'État d'accueil regagnent leurs compétences de contrôle et c) prévoient des domaines intégralement exclus de leur champ d'application. Par là même, ces directives contiennent des règles assez détaillées permettant de déterminer l'Etat dans lequel le prestataire est censé être établi, afin d'éviter ce qu'il est communément appelé « la fraude à la loi » ⁶³. De manière plus importante, chacune de ces directives a un domaine d'application fort circonscrit, alors qu'elles partagent toutes une caractéristique déterminante du point de vue du jeu de la reconnaissance mutuelle: elles concernent toutes des prestations qui se réalisent sans déplacement physique de leur prestataire. Ainsi, les pouvoirs détenus par les autorités compétentes de l'État d'origine de délivrer l'autorisation et, en même temps, de contrôler les conditions d'exercice de l'activité concernée, semblent découler naturellement.

En comparaison des deux applications précitées du principe de reconnaissance gérée, la version de reconnaissance mutuelle promue dans le projet de la directive « services » et connue sous le nom de « principe du pays d'origine » (PPO) était bien plus radicale. Ceci pour, au moins, trois raisons. D'abord, et de manière très importante, parce que ce principe avait vocation à s'appliquer non seulement aux conditions d'accès et d'exercice de l'activité, mais aussi à la détermination de la loi applicable en cas de mauvaise exécution. Le PPO devait englober ainsi la totalité de la prestation (autorisation, exécution, résolution des différends), quitte à empiéter directement sur le domaine du droit international privé. Ensuite, la proposition de directive avait un domaine d'application très général – soumis certes à d'importantes exceptions, – et ne se limitait point aux seules activités de services offerts au départ de l'État d'origine. Enfin, la directive organisait un niveau d'harmonisation si rudimentaire, qu'il était douteux que le mot même d'harmonisation puisse être employé ⁶⁴. Par toutes ces caractéristiques, et aussi antinomique que cela puisse paraître, le PPO serait un effort d'institutionnaliser la reconnaissance non-gérée. C'est cela qui pourrait expliquer son échec.

L'échec du PPO dans la directive « services » a laissé entrevoir les aspects techniques de cette même directive lesquels, tout en étant politiquement peu intéressants, peuvent

⁶¹ Directive « télévision sans frontières », art. 2 *bis*.

⁶² COM(2005) 483 final/2, du 23.11.2005, art. 21.2.

⁶³ Il est vrai que ces règles « anti-contournement » ont perdu en importance depuis les arrêts de la Cour dans les affaires CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, Rec p. I-1459 ; CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering*, aff. C-208/08, Rec. p. I-9919; CJCE, 5 juillet 2007, *Hans Markus Kofoed*, aff. C-321/05, nep.

⁶⁴ V. à ce propos HATZOPOULOS, V., « Que reste-t-il de la directive sur les services ? » *CDE* (2007) p. 299-358.

cependant entraîner des modifications fondamentales des systèmes réglementaires des États membres. En effet, les obligations de consultation entre autorités nationales, leur mise en réseau, la mise en place d'un système électronique d'échange d'informations etc.⁶⁵, pourront, elles-mêmes, déclencher à nouveau de la reconnaissance « non gérée ».

4. Reconnaissance mutuelle : principe général du droit

Qu'elle soit mise en œuvre par un texte du droit dérivé ou non, la reconnaissance mutuelle s'impose sur toutes les autorités nationales en tant que principe général du droit communautaire, de nature fonctionnelle. Pour être érigé en principe général du droit communautaire, un principe doit tantôt être fondé sur le texte, les buts et les objectifs du traité, tantôt s'inspirer des accords internationaux signés par les États membres ou l'Union. De surcroît, son contenu doit être susceptible de comporter des règles juridiques contraignantes⁶⁶.

Or, tel qu'expliqué ci-dessus : a) le principe de reconnaissance mutuelle est inscrit à l'article 57 du traité CE (pour les diplômés etc.), et b) sa portée a été généralisée par la jurisprudence de la Cour et la pratique de la Commission, ainsi que par la directive « notification » (reconnaissance « préemptive »). Par ailleurs, c) il fait partie des grands principes auxquels l'Union et ses États membres ont souscrit dans le cadre de l'OMC.

Il a été expliqué, par ailleurs, que le principe de reconnaissance mutuelle est intrinsèquement lié à celui de la proportionnalité : « Selon la jurisprudence de la Cour, une mesure nationale ne sera pas nécessaire et donc justifiée, si l'objectif qu'elle poursuit est déjà assuré par la législation de l'État de provenance du bien ou du service qui en est l'objet. À partir du moment où, malgré le jeu du principe d'équivalence et de reconnaissance mutuelle, il s'avère impossible d'établir un certain degré d'équivalence entre les dispositions de l'État d'origine et celles de l'État d'accueil, les dispositions de ce dernier sont jugées nécessaires et donc proportionnelles au but poursuivi. En d'autres termes, là où s'arrête le domaine du principe d'équivalence et de reconnaissance mutuelle, commence celui de la proportionnalité: ils constituent l'endroit et l'envers de la médaille».⁶⁷

De surcroît, le principe de reconnaissance mutuelle est aussi lié à celui de la confiance mutuelle, lui-même fondé sur les articles 2 (solidarité entre États membres), 4 (étroite collaboration), 10 (loyauté communautaire) du traité CE, ainsi qu'au principe général du droit international *pacta sunt servanda*⁶⁸.

⁶⁵ V. en particulier le chapitre VI « Coopération administrative » de la directive.

⁶⁶ V. TRIDIMAS, T., *The General Principles of EU Law*, Oxford (OUP) 2 ed, 2006, 25-26.

⁶⁷ V. HATZOPOULOS, p. 117-118 *op.cit.* note de bas de page 5.

⁶⁸ *Idem*, p. 119-120.

La qualification du principe de reconnaissance mutuelle de principe général du droit, implicitement reconnue par la Cour et par ses avocats généraux⁶⁹, a été récemment confirmée de manière explicite par la Cour dans ses arrêts concernant l'application des « principes » sur la passation des marchés publics (en vertu des articles 43 et 49 du traité CE), et des « règles » expressément prévues par les directives y relatives⁷⁰. Commencant par l'arrêt *Commission c/ France, Nord pas de Calais*⁷¹, puis par les arrêts *Coname, Parking Brixen* et *Contse*⁷², la Cour a érigé le principe de reconnaissance mutuelle en principe général du droit au même titre que les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement, de transparence et de proportionnalité. À cet égard les deux communications interprétatives de la Commission sont très éloquentes⁷³.

II. Comment la reconnaissance mutuelle en matière des services peut-elle évoluer/devenir plus efficace?

Ayant examiné, dans la partie précédente, les caractéristiques du *principe* de la reconnaissance mutuelle, on se penchera à présent de manière plus empirique, sur les forces et les faiblesses du *système* de la reconnaissance mutuelle, telle que mis en œuvre par les instances communautaires. À cet effet on retiendra la distinction de base identifiée dans la partie précédente, entre d'une part, la reconnaissance pure (judiciaire, active) et, d'autre part, celle gérée (législative, passive).

⁶⁹ CJCE, 23 mai 1996, *Hedley Lomas*, aff. C-5/94, Rec. p. I-2553 et les conclusions de l'A.G. LEGER présentées le 20 juin 1995; CJCE, 25 avril 1996, *Commission c/ Belgique, bus wallons*, aff. C-87/94, Rec. p. I-2043 et les conclusions de l'A.G. LENZ; CJCE, 10 septembre 1996, *Commission c/ Belgique, TV câblé*, aff. C-11/95; v. aussi les conclusions de l'A.G. VAN GERVEN, dans l'affaire CJCE, 19 mars 1991, *Commission c/ Grèce, beurre pasteurisé*, aff. C-205/89, Rec. p. I-1361, présentées le 10 janvier 1991; les conclusions de l'A.G. DARMON, dans l'affaire CJCE, 9 février 1994, *Tawil-Albertini*, aff. C-154/93, Rec. p. I-451, présentées le 17 novembre 1993; les conclusions de l'A.G. LEGER, dans l'affaire *Commission c/ Italie, dentistes*, aff. C-40/93, Rec. p. I-1319, présentées le 30 mars 1995.

⁷⁰ Directive 2004/17/CE (JO L 134 du 30.4.2004, p. 1-113) et directive 2004/18/CE (JO L 134 du 30.4.2004, p. 114-240).

⁷¹ CJCE, 26 septembre 2000, *Commission c/ France, Nord pas de Calais*, aff. C-225/98, Rec. p. I-7445.

⁷² CJCE, 21 juillet 2005, *Coname*, aff. C-231/03, Rec. p. I-7287; CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, Rec. p. I-8612, CJCE, 27 octobre 2005, *Contse*, aff. C- 234/03, Rec. p. I-9315.

⁷³ La communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives marchés publics, (JO C 179 du 1.8.2006, p. 2-7), prévoit dans son article premier que : « Lors de la passation de marchés publics relevant du champ d'application du traité CE, les entités adjudicatrices des États membres sont tenues de se conformer *aux règles et aux principes énoncés dans le traité*, concernant notamment la *libre circulation des marchandises* (article 28 du traité CE), le *droit d'établissement* (article 43), la *libre prestation de services* (article 49), la *non-discrimination et l'égalité de traitement*, la *transparence*, la *proportionnalité et la reconnaissance mutuelle* » (souligné dans la version originale). Une formulation équivalente se retrouve dans la Communication interprétative de la Commission concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI), (JO C 91 du 12.4.2008, p. 4-9) art. 2.1.

A. Reconnaissance mutuelle pure – instituée par la Cour de justice des communautés européennes (CJCE)

1. Analyse théorique du jeu de la reconnaissance

a) Les quatre niveaux de reconnaissance⁷⁴

Le jeu du principe de reconnaissance mutuelle se déploie au moins à quatre niveaux, qui peuvent se présenter en tant que cycles concentriques.

Du plus concret au plus abstrait, le premier niveau du jeu de la reconnaissance mutuelle est celui des *documents*. Les documents émis par les autorités d'un État membre, qu'il s'agisse de documents purement nationaux ou de documents unifiés en vertu de textes d'harmonisation/coordination communautaire, sont reconnus dans tous les autres États membres.⁷⁵

Le deuxième niveau de reconnaissance est celui des *mesures* concrètes. À titre d'exemple, le dépôt de garantie (ou la signature d'une police d'assurance) dans un État membre A vaut dépôt de garantie (ou assurance) dans tous les autres États membres qui en exigent un.

Enfin, lorsqu'il n'est pas aisé d'établir une correspondance entre les règles auxquelles le prestataire est soumis dans son État d'origine et celles exigées par l'État d'accueil, la reconnaissance mutuelle opère au niveau de la *politique* poursuivie⁷⁶. Ainsi, par exemple, afin d'assurer la protection des consommateurs, un État membre A peut exiger l'inscription des prestataires dans des registres nationaux, alors que l'État membre B peut se contenter d'un système d'information préalable du consommateur (des risques de la prestation, de la forme sociale du prestataire, de sa responsabilité en cas de défaillance etc.). S'il est établi (ce qui est une question de faits) que chacun des systèmes assure une protection des consommateurs comparable, le jeu de la reconnaissance mutuelle devrait couvrir ces deux mesures a priori différentes. Dans l'affaire *Commission c/ France, laboratoires médicaux* la France a effectivement été condamnée pour avoir refusé de rembourser les frais de laboratoires médicaux établis à l'étranger sous prétexte qu'ils mettaient la santé publique en danger, sans avoir examiné au préalable les conditions de leur autorisation dans leur État de provenance.⁷⁷

⁷⁴ Cette classification quadruple se fonde, pour grande partie, sur M. POIARES MADURO, ci-dessus note de bas de page 37.

⁷⁵ V. ci-dessous, partie II.A.2.a), pour les aspects pratiques de cette obligation de reconnaissance.

⁷⁶ Sous réserve des difficultés évoquées ci-dessus partie I.A.5.

⁷⁷ CJCE, 3 novembre 2004, *Commission c/ France, laboratoires médicaux*, aff. C-496/01, Rec. p. I-2351.

Enfin, le jeu de la reconnaissance mutuelle pourrait opérer à un niveau supérieur d'abstraction, celui de *l'objectif réglementaire* poursuivi.⁷⁸ Ainsi, par exemple, une mesure d'un État membre justifiée par l'objectif d'assurer que les professionnels possèdent un haut de compétences élevé, peut entrer dans le jeu de reconnaissance avec celle d'un autre État membre, alors qu'il s'agit des mesures de nature différente. Ainsi, dans l'affaire *Burbaud*⁷⁹ le système de recrutement des fonctionnaires publics en France devait tenir compte des qualifications et de l'expérience déjà acquise dans un système éducatif et de fonction publique différent.

b) L'obligation de coopération administrative

Indépendamment du niveau auquel le principe de reconnaissance mutuelle trouve à s'appliquer, son jeu commande – et dépend de – la coopération entre les autorités administratives concernées. Les autorités des États concernés sont censées travailler étroitement les unes avec les autres, en vue de promouvoir la mise en œuvre des libertés du traité. Ceci a été relevé à plusieurs reprises par la CJCE.

Dans une première série d'affaires, la Cour s'appuie sur des obligations de coopération spécifiques, prévues par des textes du droit dérivé, qu'elle étend. Ainsi, dans *IKA c/ Ioannidis*,⁸⁰ une affaire concernant le remboursement des soins de santé reçus par un pensionné grec en Allemagne, selon les règles du règlement (CEE) n° 1408/71, la Cour jugea que « l'institution du lieu de séjour et celle du lieu de résidence assument *conjointement* la tâche d'appliquer les articles [...] et doivent, conformément à l'article 10 du traité du CE et à l'article 84 du règlement (CEE) n° 1408/71, coopérer afin d'assurer une *application correcte* des dispositions susmentionnées et, partant, le *plein respect* des droits conférés par l'article 31 du règlement (CEE) n° 1408/71 aux titulaires [...] en vue de faciliter la libre circulation de ces assurés sociaux »⁸¹. De cet attendu et de l'ensemble reste de l'arrêt, il découle que les autorités des États membres ne peuvent pas se contenter d'un simple « effort » de coopération mécanique selon les termes des règles du droit dérivé (en l'occurrence, le règlement (CEE) n° 1408/71) mais doivent, en vertu de l'article 10 du traité CE, chercher à assurer « l'application correcte » et « le plein respect » des droits des particuliers. Quelques mois plus tard, dans l'arrêt *Kapper*⁸², concernant la mise en oeuvre de la directive 91/439/CEE relative aux permis de conduire⁸³, la Cour est allée jusqu'à reconnaître la

⁷⁸ Le terme « objectif réglementaire » est employé ici comme étant plus large et compréhensif que le terme « politique » dans le paragraphe précédent : un objectif réglementaire peut être poursuivi au travers plusieurs politiques.

⁷⁹ CJCE, 9 septembre 2003, *Burbaud*, aff. C-285/01, Rec. p. I- 8219.

⁸⁰ CJCE, 25 février 2003, *IKA c/ Ioannidis*, aff. C-326/00, Rec. p. I-1703, et commentaire de M. HATZOPOULOS, V. *CML Rev.* (2003), 1251-1268.

⁸¹ *IKA c/ Ioannidis*, att. 51, c'est nous qui soulignons.

⁸² CJCE, 29 avril 2004, *Kapper*, aff. C-476/01, Rec. p. I-5205.

⁸³ Directive 91/439/CEE du Conseil du 29 juillet 1991 relative au permis de conduire (JO L 237 du 24.8.1991, p. 1), telle que modifiée par la directive du Conseil 97/26/CE du 2 juin 1997 (JO L 150 du 7.6.1997, p. 41-43).

possibilité pour les États membres d'initier des procédures en manquement, en vertu de l'article 227 du traité CE, à l'encontre de tout autre État dont les autorités ne remplissent pas leurs obligations de coopération loyale découlant de ladite directive⁸⁴. Dans l'affaire *Danner*⁸⁵, concernant une mesure danoise prétendument justifiée par l'efficacité des contrôles fiscaux, la Cour jugea que même si la législation secondaire en vigueur (en l'occurrence la directive 77/799/CEE⁸⁶) n'assure pas un niveau de coopération suffisant, les autorités de l'État d'accueil doivent essayer d'obtenir des renseignements supplémentaires par les intéressés, avant d'adopter des mesures restrictives à leur égard⁸⁷.

Dans une deuxième catégorie d'arrêts, mais avec plus de prudence, la Cour instaure une obligation de coopération entre les autorités des États membres, ceci en l'absence de tout texte de droit dérivé. Ainsi, dans *Oulane*⁸⁸, la Cour décida que les autorités d'un État ne peuvent exiger des ressortissants d'autres États membres présents sur leur territoire, d'être en possession d'un passeport ou d'une carte d'identité en cours de validité, alors que leur identité peut être établie par d'autres moyens. Ce faisant, la Cour interdit aux autorités compétentes de se réfugier derrière l'absence de documents qui leur sont plus familiers et les oblige à rechercher elles-mêmes des preuves, vraisemblablement en coopération avec les autorités de l'État d'origine de l'intéressé. De même, dans *Commission c/ France, laboratoires médicaux*⁸⁹, la Cour accepte que les autorités de l'État d'accueil (en l'occurrence, la France) puissent, exceptionnellement, imposer des conditions au fonctionnement des laboratoires médicaux établis dans un autre État (en l'occurrence, l'Allemagne) qui offrent leurs services sur le territoire de ce premier État (la France), à condition de tenir dûment compte de la réglementation et de la pratique administrative des autorités de l'État d'origine (l'Allemagne).

c) Reconnaissance mutuelle et principe du pays d'origine (PPO)

À travers toutes ces affaires, la Cour, dans les limites de son rôle en tant qu'« agent d'intégration négative », crée à la charge des autorités des États membres des obligations similaires à celles prévues par la directive « services », à savoir, des obligations de reconnaissance mutuelle et de coopération renforcée. Cependant, ces obligations, aussi poussées soient-elles, n'aboutissent pas à la mise en place d'un PPO à proprement parler, ne serait-ce que pour des simples raisons ayant trait à la charge de la preuve. En vertu du PPO, chaque prestataire de services aurait pu déployer ses activités dans les autres États membres sans avoir à se préoccuper des règles, conditions, etc... applicables dans ces

⁸⁴ *Kapper*, att. 48, ci-dessus note de bas de page 82.

⁸⁵ CJCE, 3 octobre 2002, *Danner*, aff. C-136/00, Rec. p. I-8147.

⁸⁶ Directive 77/799/CEE du Conseil du 19 décembre 1977, concernant l'assistance mutuelle des autorités compétentes des États membres dans le domaine des impôts directs (JO L 336 du 27.12.1977, p. 15-20).

⁸⁷ *Danner*, précité, att. 50 et 51-52.

⁸⁸ CJCE, 17 février 2005, *Oulane*, aff. C-215/03, Rec. p. I-1215.

⁸⁹ Ci-dessus, note de bas de page 77.

autres États, alors qu'il aurait incombé, le cas échéant, aux autorités de ces États de prouver la nécessité et la proportionnalité de leur intervention. En revanche sous le système actuel, tel qu'il résulte du texte de la directive et de la jurisprudence susmentionnée, le prestataire est a priori obligé de se soumettre à toutes les règles et autres conditions raisonnables de chacun des États, dans lequel il désire exercer ses activités, aidé en cela par un principe de reconnaissance mutuelle et de coopération administrative entre les autorités. La différence est loin d'être purement technique, car elle engendre des coûts foncièrement différents. Le PPO permettrait au prestataire de s'épargner l'effort matériel et économique nécessaire pour se familiariser avec les systèmes juridiques et administratifs des États dans lesquels il souhaite déployer ses activités.

En d'autres termes, s'il est vrai que les autorités des États membres sont d'ores et déjà soumises à une obligation renforcée de reconnaissance mutuelle et de coopération administrative, qui ne diffère pas substantiellement de celle découlant d'un PPO à proprement parler, les prestataires des services, eux, se trouvent dans une toute autre situation, puisqu'ils ne peuvent automatiquement bénéficier des conditions favorables ainsi créées, mais doivent avancer au cas par cas, pays par pays.⁹⁰

2. Présentation pratique du jeu de la reconnaissance mutuelle

Selon l'analyse qui précède la différence entre le principe de RM et le PPO se situe au niveau de la charge de la preuve. La conséquence, en termes de technique juridique, de cette différence est que le principe de reconnaissance mutuelle intervient surtout dans le cadre du contrôle de la proportionnalité des mesures nationales restrictives. Dans ce contexte, l'application du principe de reconnaissance mutuelle peut faire l'objet de distinctions à différents niveaux.

a) Documents, attestations, certificats

Au niveau de la reconnaissance des documents, l'on peut distinguer deux grands cas de figure, selon que le document présenté a ou n'a pas une origine communautaire.

i) Plusieurs instruments de droit dérivé prévoient l'institution des documents communs uniformes dans l'ensemble de l'UE. Ceci est vrai aussi bien dans le domaine des politiques où le droit communautaire opère une « unification » du droit, tel le domaine des transports⁹¹

⁹⁰ À cet égard, deux observations formulées par la House of Lords britannique méritent d'être reprises ici, ne serait-ce que pour la finesse du propos: d'une part, « il peut y avoir un écart important entre les perceptions et les droits subjectifs des prestataires » et cet écart risque de se répercuter sur le marché ; d'autre part, « il se peut que les prestataires seront peu enclins à tester les restrictions locales devant les juridictions des États autres que celui de leur établissement » ; House of Lords, « Emerging Conclusions on the revised draft Services Directive », 25 mai 2006, p. 3, traduit librement par l'auteur du présent document.

⁹¹ Unification est l'objectif poursuivi, alors qu'en réalité, notamment en matière de transports, les textes communautaire prévoient autant des dérogations, exceptions, régimes spéciaux et mesures transitoires que le terme « unification » apparaît comme inapproprié.

(où l'utilisation des licences, certificats de conformité, permis de cabotage, documents d'accompagnement des marchandises etc. constitue un élément clé de la politique), que dans des domaines où le droit communautaire opère une simple coordination, tel le domaine de sécurité sociale (par le règlement (CEE) n° 1408/71). Ainsi, dans l'affaire *Kapper* était en cause le refus des autorités allemandes d'admettre la validité d'un permis de conduire émis par les autorités néerlandaises en vertu de la directive 91/439/CEE⁹². La Cour a non seulement qualifié cette pratique d'abusives, mais elle a retenu que la mauvaise application de l'obligation de reconnaissance mutuelle pourrait déboucher sur des actions en manquement contre les États défaillants. Dans les affaires *IKA v Ioannidis*⁹³ et *Fitzwilliam*⁹⁴ la Cour a jugé que les documents E 111 (pour des traitements médicaux urgents) et E 102 (attestant l'affiliation à un régime obligatoire de sécurité sociale), respectivement, émis par les autorités compétentes de l'État d'origine des parties concernées, ne pouvaient pas être remis en cause par l'État d'accueil, sauf dans des circonstances exceptionnelles. Il va de soi que dans ce cas, ce n'est pas uniquement la validité formelle du document qui doit être reconnue, son contenu doit également recevoir plein effet.

ii) L'obligation de reconnaissance s'étend également aux documents émanant des ordres juridiques nationaux, en-dehors de toute harmonisation. Il convient, ici, de distinguer entre les documents comparables et ceux qui ne le sont pas. Dans le premier cas de figure les exigences de la reconnaissance découlent de manière générale de la jurisprudence de la Cour et, de manière sectorielle, des directives « services publics ». Elle est, en quelque sorte, « codifiée » dans la directive « services », à son article 5, paragraphe 3:

« Lorsqu'ils demandent à un prestataire ou à un destinataire de fournir un certificat, une attestation ou tout autre document prouvant qu'une exigence a été satisfaite, les États membres acceptent tout document d'un autre État membre qui a une fonction équivalente ou duquel il résulte que l'exigence concernée est satisfaite. Ils n'imposent pas la fourniture de documents d'un autre État membre sous forme d'original, de copie certifiée conforme ou de traduction certifiée ».

De manière plus significative, les États membres ne peuvent remettre en cause les qualités/capacités attestées par le document émanant d'un autre État membre – et ceci même si le document ne résulte d'aucune harmonisation préalable. À cet égard, l'arrêt *Commission c/ Grèce, diplômes universitaires*, est caractéristique.⁹⁵ Un des chefs de condamnation retenus contre la Grèce fût qu'elle ne reconnaissait pas les diplômes d'études délivrés par des Universités européennes, lorsqu'une partie des études était réalisée sur le

⁹² JO L 237 du 24.8.1991, p. 1-24. Il est à noter que cette directive qui instituait un système d'harmonisation et de reconnaissance mutuelle des permis de conduire a été remplacée, entre temps, par la directive 2006/126/CE (JO L 403 du 30.12.2006, p. 18-60), laquelle va beaucoup plus loin dans le sens de l'unification.

⁹³ *IKA c/ Ioannidis*, précité note de bas de page 80.

⁹⁴ CJCE, 10 février 2000, *Fitzwilliam*, aff. C-202/97, Rec. p. I-883.

⁹⁵ CJCE, 23 octobre 2008, *Commission c/ Grèce, diplômes universitaires*, aff. C-274/05, nep.

territoire grec en vertu d'accords de franchise. À l'argument tiré de la disposition constitutionnelle hellénique, qui réserve à l'État le droit exclusif d'organiser l'éducation supérieure, la Cour répondit qu'en l'occurrence il ne s'agissait pas de l'éducation supérieure hellénique, mais de celle des autres États membres, dont les modalités (durée, localisation géographique, qualifications d'enseignants, répartition d'étudiants etc.) ne pouvaient pas être contrôlées par l'État d'accueil. Ainsi la Grèce est obligée de reconnaître la totalité de la durée d'études attestées par les diplômés étrangers, se trouvant dans l'impossibilité d'invoquer une justification contraire, y compris de nature constitutionnelle.

Le jeu de la reconnaissance mutuelle couvre aussi les situations où les documents en jeu ne sont pas strictement équivalents et/ou n'ont, à première vue, pas la même fonction. Ainsi, par exemple et pour mémoire la Cour jugea, dans l'arrêt *Oulane*⁹⁶, que les autorités d'un État ne peuvent exiger des ressortissants d'autres États membres sur leur territoire d'être en possession d'un passeport ou d'une carte d'identité en cours de validité, alors que leur identité peut être établie par d'autres moyens (telles les cartes de crédit, autres documents d'identité etc.). Dans *Commission c/ Pays Bas, gardiennage*⁹⁷, la condition de délivrance, par les autorités néerlandaises, de cartes d'identité spéciales pour les agents de gardiennage, fût également sanctionnée, au motif qu'elle faisait double emploi avec les passeports/cartes d'identités délivrés par l'État d'origine des travailleurs et « qu'il n'est pas tenu compte des contrôles ou vérifications qui auraient été déjà effectués dans l'État membre d'origine et qui attesteraient desdites compétences et honorabilité » des agents.

b) Certificats de conformité, normes etc.

Tout ce qui vaut pour les « documents » au sens strict se vérifie pour les certificats de conformité ou autres marquages apposés par les autorités compétentes des États membres. Il en va de même pour la référence à des normes qui ne tiennent pas compte de celles des autres États membres.

Les illustrations n'en font pas défaut. En ordre décroissant d'effet contraignant de reconnaître on peut citer trois exemples récents. Les arrêts (recours parallèles préjudiciel et en manquement), *Medipac* et *Commission c/ Grèce, Marquage CE*,⁹⁸ illustrent bien l'obligation de reconnaissance des marquages CE apposés sur des produits pharmaceutiques. Ainsi, les hôpitaux publics grecs ont été condamnés pour rejeter, systématiquement lors de procédures d'attribution des marchés publics des biens, l'offre des produits pharmaceutiques portant lesdits marquages. Dans l'arrêt *Commission c/ Portugal, tuyaux en plastique*,⁹⁹ les produits en question n'étaient pas uniquement exclus des concours publics, mais du marché portugais

⁹⁶ Ci-dessus note de bas de page 88.

⁹⁷ CJCE, 7 octobre 2004, *Commission c/ Pays Bas, gardiennage*, aff. C-189/03 Rec. p. I-9289.

⁹⁸ CJCE, 14 juin 2007, *Medipac*, aff. C-6/05, nep ; CJCE, 19 mars 2009, *Commission c/ Grèce, Marquage CE*, aff. C-489/06, nep.

⁹⁹ CJCE, 10 novembre 2005, *Commission c/ Portugal, tuyaux en plastique*, aff. C-432/03, Rec. p. I-9665.

en sa totalité. De manière plus significative, dans l'arrêt *Commission c/ France, Nord Pas de Calais*,¹⁰⁰ la France fût condamnée non pas pour avoir expressément exclu de la passation des marchés publics quelque fournisseur étranger, mais pour avoir rédigé ses cahiers des charges en faisant référence exclusivement à des normes françaises. Ce dernier arrêt, dont les conséquences sont les plus poussées, met aussi en évidence la relation étroite entre l'utilisation de normes et le marquage des produits, d'une part et la libre prestation de services, d'autre part. Il est rappelé, en effet, que l'arrêt n'est pas seulement fondé sur la directive 93/37/CE « travaux publics », mais également sur l'article 49 du traité CE, article relatif à la libre prestation de services.

c) Qualifications professionnelles

Le domaine des qualifications professionnelles est celui où le principe de reconnaissance mutuelle a « été bercé et nourri ». En laissant de côté la longue activité législative en la matière laquelle, se trouve désormais codifiée dans la directive 2005/36/CE¹⁰¹, on sera étonnés par l'ingénuité des solutions jurisprudentielles en la matière. En effet, après avoir reconnu, dès les arrêts *Heylens*, *Thieffry* et *Vlassopoulou*,¹⁰² que l'État d'accueil doit, en toute circonstance, tenir compte des qualifications et/ou de l'expérience acquises dans un autre État membre, la Cour a, pendant la dernière décennie et le biais de la reconnaissance mutuelle, posé les jalons d'une politique commune de l'éducation. Selon la Cour les autorités de l'Etat membre « lorsqu'elles examinent la demande d'un ressortissant d'un autre État membre tendant à obtenir l'autorisation d'exercer une profession réglementée », doivent procéder « à une comparaison entre, d'une part, la qualification attestée par ses diplômes, certificats et autres titres ainsi que par son expérience professionnelle pertinente et, d'autre part, la qualification professionnelle exigée par la législation nationale pour l'exercice de la profession en cause »¹⁰³. La Cour interprète de manière extensive la notion de profession réglementée pour y inclure, à côté des professions l'accès auquel est régi « par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives » celles régies par des conventions collectives, même d'application territoriale limitée¹⁰⁴. Par ailleurs, elle admet que l'obligation de reconnaissance pèse non seulement sur les « autorités » nationales chargées de la surveillance des professions réglementées, mais aussi sur l'ensemble du secteur public – central et décentralisé –¹⁰⁵ vis-à-vis de ses employés,¹⁰⁶ voire de ses employés prospectifs.

¹⁰⁰ CJCE, 14 mars 2000, *Commission c/ France, Nord Pas de Calais*, aff. C-225/98, Rec. p. I-7445.

¹⁰¹ A des moments différents, le législateur communautaire a emprunté différentes voies réglementaires en matière de qualifications professionnelles (reconnaissance provisoire des professions techniques, harmonisation sectorielle des professions de santé et des architectes, système général de reconnaissance mutuelle pour toutes les professions réglementées) et toutes coexistent encore dans la directive 2005/36 ; concernant cette directive et l'ensemble du système de reconnaissance des diplômes v. PETREK, J., « La reconnaissance des diplômes, un acquis à développer », *JTE*, 1999, p. 177-182.

¹⁰² CJCE, 15 octobre 1987, *Heylens*, aff. 222/86, Rec. p. 4097 ; CJCE, 28 avril 1977, *Thieffry*, aff. 71/76, Rec. p. 765 ; CJCE, 7 mai 1991, *Vlassopoulou*, aff. C-340/89, Rec. p. I-2357.

¹⁰³ CJCE, 13 novembre 2003, *Morgenbesser*, aff. C-313/01, Rec. p. I-13467, att. 57.

¹⁰⁴ CJCE, 8 juillet 1999, *Bobadilla*, aff. C-234/97, Rec. p. I-4773.

¹⁰⁵ Bobadilla ci-dessus

Dans le cadre d'un concours d'entrée dans la fonction publique, l'obligation de tenir compte des qualifications et de l'expérience acquises dans un autre État membre, peut se traduire par l'organisation d'un concours parallèle moins exigeant¹⁰⁷. De manière plus significative et en dépit des dispositions constitutionnelles ou législatives contraires, la Cour juge que doivent aussi faire l'objet de reconnaissance, les diplômes délivrés en vertu des accords de franchise, y compris lorsqu'ils sanctionnent des études effectuées sur le territoire de l'État membre d'accueil¹⁰⁸. Par ailleurs, la Cour a jugé qu'en cas de transposition tardive de la directive 89/48/CEE instituant le premier « système général » de reconnaissance des diplômes¹⁰⁹, les particuliers peuvent invoquer directement les dispositions de la dite directive facilitant la reconnaissance de leurs diplômes, alors que les États défaillants ne peuvent pas leurs opposer le défaut de mesures compensatoires¹¹⁰. Cette jurisprudence est toujours d'actualité étant donné que la directive 2005/36/CE emprunte essentiellement le même système de reconnaissance (que la directive 89/48/CEE) et qu'au moins un État membre (la Grèce) ne l'a pas encore transposée.¹¹¹

Vu l'étendue des obligations de reconnaissance, il ne paraît pas étonnant que le processus de Bologne ait été instauré afin d'assurer, dans la mesure du possible, une harmonisation préalable des titres reconnus. À cet égard l'établissement des « European Credit Transfer and Accumulation System » (ECTS) pour la mise en œuvre de la déclaration commune des Ministres de l'éducation de Berlin (du 19 septembre 2003) constitue une étape décisive sur le chemin de la reconnaissance.

d) Dépôt des garanties

En ce qui concerne les garanties financières déposées auprès d'une banque ou d'un établissement de crédit de l'État membre d'origine, l'obligation de reconnaissance est absolue. En juger autrement violerait simultanément a) la libre circulation des prestataires de

¹⁰⁶ *Idem*; v. aussi CJCE, 14 juillet 2005, *Peros c/ TEE*, aff. C-141/04, Rec. p. I-7163.

¹⁰⁷ *Burbaud*, ci-dessus note de bas de page 79.

¹⁰⁸ CJCE, 13 novembre 2003, *Neri*, aff. C-153/02, Rec. p. I-13555 ; CJCE, 23 octobre 2008, *Commission c/ Grèce, reconnaissance des diplômes*, aff. C-274/05, nep ; CJCE, 4 décembre 2008, *Commission c/ Grèce, Optiques*, aff. C-84/07, nep ; de la même date, *Chatzithanassis/OEEK*, aff. C-151/07, nep. Ceci signifie que désormais dans ces pays (notamment l'Italie et la Grèce) des entités privées peuvent offrir des cycles d'études supérieures à condition d'être « affiliées » à une université d'un autre État membre, mais non pas si elles sont affiliées à une université américaine (ou autre) ou si elles n'ont aucune affiliation : une situation de discrimination qui pourrait violer aussi bien les engagements que ces États ont pris dans le cadre de l'AGCS, vis-à-vis de pays tiers, que le principe constitutionnel d'égalité.

¹⁰⁹ Directive 89/48/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 relative à un système général de reconnaissance des diplômes d'enseignement supérieur qui sanctionnent des formations professionnelles d'une durée minimale de trois ans (JO L 19 du 24.1.1989, p. 16-23); désormais remplacée par la directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, (JO L 255 du 30.9.2005, p. 22-142).

¹¹⁰ CJCE, 29 avril 2004, *Beuttenmüller c/ Land Baden-Württemberg*, aff. C-102/02, Rec. p. I- 5405; v. aussi *Peros c/ TEE*, ci-dessus note de bas de page 106.

¹¹¹ La Grèce est le seul pays à n'avoir communiqué aucune mesure de transposition de la directive, alors que la grande majorité des États membres a communiqué des dizaines des mesures,

services (en tant que discrimination indirecte), la libre prestation des services bancaires (en tant qu'interdiction absolue) et c) la libre circulation des capitaux (en tant qu'interdiction absolue). À cet égard les arrêts *Commission c/ Italie, consultants en transports*¹¹² et *Commission c/Italie, agences intérim*¹¹³ en constituent des exemples parlants. Dans les deux affaires l'Italie fût condamnée pour avoir, entre autres, exigé le dépôt des garanties bancaires auprès des établissements de crédit établis sur le territoire national. Ce faisant les autorités compétentes ont refusé de prendre en considération les montants de garantie déjà déposés dans l'État membre d'origine, violant ainsi le principe de proportionnalité.

e) Tout autre élément certifié/attesté par l'État membre d'origine lié à la délivrance d'une autorisation dans l'État membre d'origine

Dans certaines circonstances l'obligation de reconnaissance peut aller bien au-delà du simple dépôt de garantie et peut couvrir d'autres éléments. Tel est le cas lorsque les exigences matérielles pour la délivrance d'un permis ou d'une autorisation sont comparables dans l'État membre d'origine et dans celui d'accueil. Une belle illustration de cette obligation est offerte par l'arrêt *Commission c/Italie, services sanitaires*¹¹⁴, où l'Italie fût condamnée car son système d'enregistrement des prestataires, accompagné par des sanctions sévères « n'exclut pas de son champ d'application le prestataire de services établi dans un autre État membre que la République italienne et qui satisfait déjà, conformément à la législation de l'État membre d'établissement, à des formalités équivalentes ». Il en découle que les autorités italiennes, avant d'imposer les sanctions prévues par leur propre législation, devraient examiner si les mêmes conditions ou des conditions similaires ne sont pas déjà satisfaites en vertu du régime d'autorisation en place dans l'État membre d'origine. Cette obligation de reconnaissance peut s'étendre à l'ensemble des conditions dont dépend la délivrance d'une autorisation/l'enregistrement dans l'État membre d'origine. Poussée à l'extrême, cette possibilité s'apparente à la reconnaissance de l'autorisation/enregistrement en tant que telle, sans pour autant s'y assimiler. Reconnaître l'autorisation/enregistrement en tant que tel reviendrait, en effet, à quitter le terrain de la reconnaissance mutuelle pour se diriger vers celui du PPO.

f) Autres éléments de fait/droit qui sont attestés par d'autres documents ou moyens émis par l'État membre d'origine

Il ressort des arrêts *Commission c/ Pays Bas, gardiennage* et *Oulane* précités, que les autorités nationales doivent également prendre en compte les éléments de fait et de droit,

sectorielles et horizontales, dont la conformité avec les dispositions complexes de la directive reste à vérifier lors de leur mise en application.

¹¹² CJCE, 29 mai 2001, *Commission c/ Italie, consultants en transports*, aff. C-263/99, Rec. p. I-4195.

¹¹³ CJCE, 7 février 2002, *Commission c/Italie, agences intérim*, aff. C-279/00 Rec. p. I-1425.

¹¹⁴ CJCE, 9 mars 2000, *Commission c/Italie, services sanitaires*, aff. C-358/98, Rec. p. I-1255, att. 13.

découlant de manière indirecte des différents documents, attestations etc. que possède le prestataire/destinataire des services¹¹⁵.

B. Reconnaissance mutuelle gérée – instituée par le législateur

Se fondant sur la jurisprudence et pour pousser plus loin les possibilités ainsi reconnues, la reconnaissance gérée est progressivement mise en place par le législateur. En fonction des règles substantielles adoptées, la reconnaissance gérée emporte avec elle un degré variable d'harmonisation. Ainsi, par exemple, le système des « passeports » pour les banques et les services financiers est basé sur une harmonisation substantielle des conditions de délivrance des autorisations « passeports ». En revanche, le « système général » de reconnaissance des diplômes n'implique aucune harmonisation des cycles d'études mais se contente d'instaurer des principes communs concernant les mesures compensatoires que les États membres peuvent adopter. La directive « services », enfin, n'harmonise que marginalement, alors qu'elle met en place différents systèmes d'échange d'informations (par voie électronique, par la création des réseaux, par des notifications et des rapports réguliers etc), de coopération administrative et, enfin, d'évaluation (par la Commission et par les pairs). Si l'on procède à un bref examen des différents instruments législatifs de reconnaissance mutuelle gérée, en faisant abstraction du domaine auquel ils se rapportent et du degré d'harmonisation qu'ils entraînent, on peut identifier certains éléments lesquels, de manière horizontale, soutiennent le jeu de la reconnaissance mutuelle. Ces éléments tendent tantôt à rassurer les États membres contre les risques (réels ou fictifs) liés à la reconnaissance mutuelle (1), tantôt à renforcer l'efficacité propre du jeu de la reconnaissance mutuelle (2).

1. Mesures pour rassurer les États membres

a) Règles strictes sur la définition du lieu d'établissement des prestataires

Tel que déjà indiqué dans la première partie de la présente contribution, la reconnaissance mutuelle est source de concurrence réglementaire. Elle permet aux parties intéressées de « choisir » le cadre réglementaire qui leur convient le mieux, puis de distribuer leurs biens ou services dans l'ensemble du marché où ils sont acceptés en vertu de la reconnaissance mutuelle. Ce choix, cependant, ne devrait pas conduire à un *forum shopping* continuels pas plus qu'à un *cherry picking*, c'est-à-dire un choix sélectif des réglementations auxquelles on se conforme. En d'autres termes, la possibilité de choix et de « sortie » du cadre réglementaire jugé insatisfaisant ne devrait pas pour autant conduire à une « fraude à la loi ».

Afin de contrer cette possibilité, la CJCE a développé sa jurisprudence « anti-contournement ». Il n'est pas surprenant, que cette jurisprudence ait elle-même évolué en parallèle avec le principe de reconnaissance mutuelle qu'elle tend à corriger. Dans un premier temps la Cour a jugé que les États membres peuvent prendre des mesures pour

¹¹⁵ V. nos développements correspondants aux notes de bas de page 96 et 97.

« empêcher que la liberté garantie par l'article 59[du traité CE] soit utilisée par un prestataire dont l'activité serait entièrement ou principalement tournée vers son territoire, en vue de se soustraire aux règles professionnelles qui lui seraient applicables au cas où il serait établi sur le territoire de cet État, un telle situation pouvant être justiciable du chapitre relatif au droit d'établissement et non de celui des prestations de service»¹¹⁶. De même, dans son arrêt *Säger*, qui est la première occasion dans laquelle la Cour exprime l'idée que l'article 49 du traité CE n'interdit pas seulement les discriminations mais toute entrave, la Cour reconnaît que sont concernées les réglementations « ... de nature à prohiber ou gêner autrement les activités du prestataire établi dans un autre État membre, où il fournit légalement des services analogues »¹¹⁷ : il ressort clairement que l'État d'établissement du prestataire et celui où il fournit ses services doivent coïncider. Cette position a été révisée dans l'arrêt *VT4*¹¹⁸ où la Cour estime que « le traité n'interdit pas à une entreprise d'exercer la liberté de prestation de services lorsqu'elle n'offre pas de services dans l'État membre dans lequel elle est établie ». Cette dissociation entre le lieu d'établissement, d'une part et le lieu où les services sont offerts – et donc avec la législation de laquelle le prestataire doit se conformer – de l'autre, se confirme depuis¹¹⁹.

Cette liberté de choix laissée au prestataire, contient cependant en elle le risque d'abus. C'est la raison pour laquelle dans la plupart des textes de droit dérivé qui mettent en place un système de reconnaissance, des règles précises pour déterminer l'État d'établissement du prestataire sont prévues: c'est uniquement lorsque le prestataire se conforme aux règles en vigueur dans cet État, qu'il pourra bénéficier des dispositions bénéfiques des directives en question. Ces règles « de localisation » jouent un rôle de moindre importance dans le cadre des directives qui organisent une harmonisation complète, telles les directives sur les transports terrestres¹²⁰. Leur rôle est bien plus important lorsque l'harmonisation organisée est partielle ou minimale, comme par exemple au moyen de la directive sur la « signature électronique » ou de celle sur le « commerce électronique »¹²¹: dans le second cas le choix

¹¹⁶ Cf. CJCE, 3 décembre 1974, *Van Binsbergen*, aff. 33/74, Rec. p. 1299, att. 13; dans le même sens CJCE, 6 octobre 1981, *Broekmeulen*, aff. 246/80, Rec. p. 2311; CJCE, 3 février 1993, *Veronica*, aff. C-148/91, Rec. p. I-485; CJCE, 5 octobre 1994, *TV10*, aff. C-23/93, Rec. p. I-4795.

¹¹⁷ *Säger*, att. 12.

¹¹⁸ CJCE, 5 juin 1997, *VT4 Ltd*, aff. C-56/96, Rec. p. I-3143, att. 22.

¹¹⁹ V. aussi les arrêts de la Cour dans les affaires CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, aff. C-212/97, Rec p. I-1459 ; CJCE, 5 novembre 2002, *Überseering*, aff. C-208/08, Rec. p. I-9919; CJCE, 5 juillet 2007, *Hans Markus Kofoed*, aff. C-321/05, Rec. p. I-5795. Pour des commentaires de l'ensemble de cette jurisprudence v. KJELLGREN, A., *The Jurisprudence of the ECJ on Circumvention, Fraud and Abuses of Community Law*, in ANDENAS, M., & ROTH, W-H., *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford, 2001, 245-278.

¹²⁰ V. par exemple la directive 96/26/CE du Conseil, du 29 avril 1996, concernant l'accès à la profession de transporteur de marchandises et de transporteur de voyageurs par route ainsi que la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres visant à favoriser l'exercice effectif de la liberté d'établissement de ces transporteurs dans le domaine des transports nationaux et internationaux (JO L 124 du 23.5.1996, p. 1-10).

¹²¹ Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999, pour un cadre communautaire pour les signatures électroniques (JO L 13 du 19.1.2000, p. 12-20); directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 pour le commerce électronique (JO L 178 du 17.7.2000, p. 1-16).

de la législation applicable sera porteur de différences substantielles quant aux règles applicables.

Une piste pour le développement futur du principe de la reconnaissance mutuelle pourrait résider dans l'utilisation plus vaste des règles de rattachement – voire des règles « anti-contournement » - qui contribueraient à lever la suspicion de fraude de la part des prestataires communautaires.

b) Détermination des règles « obligatoires » de l'État d'accueil

Dans certaines circonstances il n'est pas suffisant que le prestataire se conforme à *certaines* règles, mais il importe qu'il se conforme spécifiquement aux règles du pays d'accueil. Dans ce cas aucun choix n'est laissé au prestataire.

Cette affirmation se vérifie notamment en matière sociale. La directive 96/71/CE sur le détachement des travailleurs¹²² prévoit, en effet, que les caractéristiques essentielles de la relation de travail seront régies par le droit du pays d'accueil. La protection qu'offre cette directive, ressort cependant très affaiblie à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour de justice, à, au moins, trois égards. En premier lieu, il est désormais établi que seules les règles et/ou conventions collectives obligatoires¹²³ et d'application territoriale générale¹²⁴, sont couvertes par la directive. En deuxième lieu, les règles de la directive sont d'application restrictive et tout ce qui n'est pas expressément couvert est exclu de son domaine d'application¹²⁵. En troisième lieu, on constate que la Cour traite sous le régime « détachement des travailleurs » des situations qui pourraient être qualifiées d'établissement. Dans *Laval*, bien que le personnel Letton concerné ait été lié à Baltic, la filiale de Laval incorporée (et donc établie) en Suède, la Cour a mis de côté l'écran juridique ainsi créé et elle a fondé son raisonnement exclusivement sur l'idée (manquant de précision d'un point de vue juridique) que le personnel dépendait directement de Laval, qui exécutait ainsi une prestation de services¹²⁶.

Le problème de l'application des règles « obligatoires » de l'État d'accueil ne se présente pas exclusivement en matière sociale. Un autre domaine concerné est celui de la sécurité. Ainsi, par exemple, le règlement (CE) n° 3118/93 libéralisant le cabotage routier, prévoit que les transporteurs usant de leur droit doivent, néanmoins, se conformer avec les prescriptions de l'État d'accueil non seulement en ce qui concerne les tarifs, les termes de transport et le temps de travail (préoccupations sociales), mais également pour ce qui est du poids et des

¹²² Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 1996, concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services (JO L 18 du 21.1.1997, p. 1-6).

¹²³ CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, aff. C-341/05, Rec. p. I-11767.

¹²⁴ CJCE, 3 avril 2008, *Rüffert*, aff. C-346/06, Rec. p. I-1989.

¹²⁵ CJCE, 19 juin 2008, *Commission v Luxembourg, travailleurs détachés* aff. C-319/06, Rec. p. I-4323.

¹²⁶ Un argument à cet effet a été présenté devant la Cour (v. att. 43 de l'arrêt), mais il a été complètement ignoré.

dimensions du véhicule ainsi que les modalités de transport des biens dangereux (préoccupations liées à la sécurité).

De manière plus générale, l'application des « lois de police » d'un État dans des situations où le droit d'un autre État serait applicable – en raison d'une règle de droit international privé ou du principe communautaire de reconnaissance mutuelle – est un problème bien connu. Il serait, peut-être, utile d'explorer la possibilité d'établir des domaines spécifiques qui seraient exclus du jeu de la reconnaissance mutuelle afin d'assurer les intérêts de l'État d'accueil. Cet exercice serait loin d'être aisé, mais pourrait assurer davantage de confiance au jeu de la reconnaissance mutuelle et donc, en élargir la portée. L'effort, actuellement en cours, de déterminer les contours du service public à un niveau acceptable par tous les États membres, pourrait constituer un précédent dans ce type d'approche réglementaire.¹²⁷

c) Suspension provisoire du jeu de la reconnaissance

La reconnaissance mutuelle est basée sur la confiance mutuelle entre États. Or, il est des situations dans lesquelles cette confiance peut être rompue. Ceci peut arriver à deux niveaux. Au niveau réglementaire, l'État d'origine peut adopter des réglementations ou suivre des pratiques administratives jugées intolérables par les autorités de l'État d'accueil. Au niveau individuel, il est possible que les mécanismes de contrôle de l'État d'origine s'avèrent insuffisants et que certains prestataires offrent des services présentant des garanties de moindre importance. Dans les deux cas de figure, il est important de reconnaître à l'État d'accueil la possibilité de suspendre le jeu de la reconnaissance mutuelle, afin d'assurer les intérêts qu'il juge cruciaux.

À cet égard la directive « services » va à la fois « dans le bon et dans le mauvais sens ». Un apport positif, en ce qu'elle prévoit la possibilité de dérogations individuelles à la libre prestation de services (article 18) dans des circonstances exceptionnelles et suivant une procédure d'information de l'État défaillant et de la Commission (article 35). À l'inverse, elle permet aux États membres d'instituer librement des restrictions, c'est-à-dire, sans aucune procédure de consultation ou de notification, à condition d'être non discriminatoires, nécessaires et proportionnées à l'objectif poursuivi (article 16). La volonté de palier à cette « insuffisance » de la directive « services » – à supposer qu'une telle volonté existe – se heurterait aux difficultés, déjà mentionnées, d'instituer un système de notification préalable des réglementations affectant la libre prestation de services.¹²⁸

d) Règles pour la protection des consommateurs – responsabilité objective du prestataire

¹²⁷ V. à cet égard la doctrine citée ci-dessus à la note de bas de page 34.

¹²⁸ Supra partie I.A.3.

Une des raisons principalement invoquées par les États membres pour restreindre la prestation transnationale de services est la protection des consommateurs. Le droit communautaire est incontestablement lacunaire en la matière. Une initiative de la Commission, d'établir des règles communes de responsabilité des prestataires de services, a été abandonnée¹²⁹ ; ceci bien que le régime proposé ne soit pas un régime de responsabilité objective, telle la responsabilité du fait des produits défectueux¹³⁰, mais se contentait d'un simple renversement de la charge de la preuve.

La directive « services » ne peut quant à elle combler ce vide. Ses dispositions concernant l'information qui doit être fournie aux destinataires (article 22), l'assistance mutuelle entre autorités nationales (articles 28-31) et le mécanisme d'alerte (article 32), n'ont que des effets indirects sur l'assurance du consommateur. De plus, la seule disposition de la directive qui traite des « assurances et garanties professionnelles » (article 23) renvoie aux règles des États membres. Le fait que dans la proposition de directive pour les droits de patients dans l'UE¹³¹, domaine où la responsabilité du prestataire joue un rôle pivot, il soit simplement prévu que les soins de santé sont dispensés « conformément à la législation de l'État membre de traitement » (article 11) : est le signe indicateur de l'impossibilité d'adopter des règles communes en matière de responsabilité du prestataire. Il s'agit d'une solution de « compromis » risquant de compromettre les droits des patients qui se déplacent vers un autre État membre pour recevoir des soins, puisqu'en cas de revendication, ils devront agir selon le droit et devant les juridictions d'un autre État membre.

Dans ces conditions des initiatives générales concernant la responsabilité du prestataire pourraient s'avérer fort utiles pour faciliter le jeu de la reconnaissance mutuelle.

2. Mesures pour renforcer le jeu de la reconnaissance mutuelle.

a) Systèmes généraux de reconnaissance

Les diplômes et autres titres d'études ont été un laboratoire d'expérimentation en matière de reconnaissance mutuelle. Les systèmes généraux de reconnaissance¹³² se sont substitués à l'harmonisation sectorielle. Selon ces systèmes on ne touche pas à la substance du domaine réglementé, alors que l'harmonisation limitée prévue porte uniquement sur les mesures compensatoires et les conditions pour leur imposition. L'expérience de l'application du premier système général, institué par la directive 89/48/CEE et modifié plusieurs fois depuis, est plutôt positive. Ceci explique que cette même technique ait été suivie dans la directive 2005/36/CE, tout en étant étendue pour couvrir plusieurs niveaux d'éducation et afin

¹²⁹ COM(1992) 482.

¹³⁰ Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux (JO L 210 du 7.8.1985, p. 29-33).

¹³¹ COM(2008) 414.

¹³² V. ci-dessus partie II.A.2.c).

d'englober également l'expérience professionnelle. Il pourrait s'avérer que d'autres domaines, tels la délivrance d'autorisations ou l'inscription dans des registres nationaux, peuvent se prêter à une reconnaissance mutuelle horizontale, comparable à celle organisée pour les qualifications professionnelles¹³³.

b) Normalisation – certification

En lien avec le point précédent, le rôle de la normalisation et de la certification en matière de services devrait être revu. Les causes du défaut actuel de développement de ces disciplines ont déjà été abordées. Toutefois, elles ne constituent pas des obstacles absolus au développement de normes en matière de services. Premièrement, l'économie des services n'a commencé à faire l'objet d'études approfondies qu'au cours des dernières décennies et c'est seulement dans les dernières années que les sciences économiques, politiques, juridiques et de gouvernance se sont penchées sur les différentes méthodes de régulation du commerce des services.¹³⁴ Deuxièmement, la prolifération de services et la possibilité d'en offrir de manière électronique en « banalise » la prestation : il existe un nombre croissant de services non-individualisés qui peuvent faire l'objet d'une normalisation. En outre, une telle normalisation devient de plus en plus indispensable pour la protection des consommateurs, étant donné que, désormais, c'est dans les services qu'ils dépensent la plus grande partie de leurs ressources. Enfin, il ne faut pas sous-estimer l'impact qu'ont de nombreuses normes concernant la production, la commercialisation ou l'utilisation des biens¹³⁵, sur la prestation de services. L'existence d'un nombre très restreint de normes en matière de service¹³⁶ devrait être plus vu comme un défaut « conjoncturel » que comme une impossibilité « structurelle ». Ainsi, les mandats donnés par la Commission aux organismes de normalisation : à savoir le CEN, le CENELEC et l'ETSI, devraient davantage retenir son attention dans les mois et les années à venir. À cet effet, une impulsion est par ailleurs donnée par l'article 26, paragraphe 5 de la directive « services » qui prévoit que « Les États membres, en collaboration avec la Commission, encouragent le développement de normes européennes volontaires ».

c) Coopération administrative entre autorités compétentes et création des réseaux/points de contact

Le fait que la reconnaissance mutuelle affecte la manière dont fonctionnent les administrations nationales, les obligeant à collaborer de bonne foi, a été brièvement exposé

¹³³ Pour mémoire, la CJCE exige la reconnaissance mutuelle de tous les éléments individuels dont dépend une autorisation ou une inscription sur registre – sauf l'autorisation/inscription en tant que telle, v. ci-dessus, partie II.A.2.e).

¹³⁴ Pour une revue récente de la littérature pertinente v. RUBALCABA, ci-dessus note de bas de page 13.

¹³⁵ V. à titre d'exemple l'arrêt *Lindberg* supra note de bas de page 18 : une « règle technique » concernant les conditions d'utilisation des machines à sous en Suède (soumise à l'article 28 du traité CE) affecte directement les conditions d'offre des jeux de hasard dans ce même pays (régies par l'article 49 du traité CE).

¹³⁶ Cf supra, partie I.A.4.

ci-dessus¹³⁷. Il s'agit à présent d'une condition primordiale de la reconnaissance mutuelle à défaut de laquelle la reconnaissance resterait lettre morte. D'ailleurs, le mot « mutuelle » met l'accent sur le rôle actif que doivent jouer les autorités impliquées.

La coopération entre autorités nationales revêt aux moins trois aspects. En premier lieu, au niveau *psychologique*, il s'agit pour les autorités administratives d'apprendre à mieux se connaître et à se faire confiance mutuellement. En deuxième lieu, au niveau *pratique*, il s'agit de connaître les pratiques administratives, les documents (etc.) des autres États membres. En troisième lieu, au niveau *opérationnel*, il s'agit de développer la capacité à travailler ensemble afin de faire face à des situations qui relèvent des compétences de plusieurs autorités à la fois.

À ces fins, la création des points de contact et la mise en place des réseaux constituent des réponses appropriées. Ainsi, par exemple, le système général sur la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles¹³⁸ prévoit des points de contact, tout comme la directive sur les signatures électroniques¹³⁹. De même, les directives de libéralisation de télécommunications, des postes, de l'énergie ou du rail, prévoient la mise en réseau des différentes autorités nationales chargées de surveiller les marchés correspondants¹⁴⁰.

C'est cependant la directive « services », qui généralise et prévoit de manière horizontale la coopération systématique entre les autorités des États membres. Un chapitre entier long de neuf articles porte le titre « coopération administrative » et prévoit, entre autres, la mise en place de « points de liaison » entre les autorités nationales. Ceux-ci ne doivent pas être confondus avec les points uniques de contact, qui seront au service des prestataires de services – qui participeront aussi à la diffusion de l'information. À côté de ces points de liaison, il y aura un réseau européen des autorités des États membres chargées de la mise en œuvre du mécanisme d'alerte prévu à l'article 32 de ladite directive : « lorsque des circonstances ou des faits graves et précis en rapport avec une activité de service et susceptibles de causer un préjudice grave à la santé ou à la sécurité des personnes ou à l'environnement sur son territoire ou sur le territoire d'autres États membres » le justifient. Le tout sera complété par un système électronique d'échange d'informations (article 34, paragraphe 1). En parallèle à cette coopération, il y a aussi les dispositions de ladite directive (notamment les articles 35 et 39) organisant l'évaluation mutuelle (par les pairs) régulière de toutes les mesures restrictives, mécanismes de mise en œuvre etc., à l'occasion de laquelle les autorités de chaque État membre ont la possibilité de s'informer mutuellement de leurs

¹³⁷ V. ci-dessus, partie II.A.1.

¹³⁸ Art. 57 de la directive 89/48/CEE susmentionnée à la note de bas de page 109.

¹³⁹ Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil, du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques (JO L 13 du 19.1.2000, p. 12-20), art. 3, paragraphe 4.

¹⁴⁰ V. aussi GÉRADIN, D. & PETIT, N., "The development of Agencies at EU and national levels: Conceptual analysis and proposals for reform" 23 YEL (Oxford: OUP, 2004), 137-197.

pratiques respectives. Sous ces aspects la directive « services » pourrait s'avérer un instrument de gouvernance révolutionnaire.

d) Echange des meilleures pratiques et d'autres données

Tel indiqué au point, et en l'absence de normes communément reconnues par les États membres (point 6 ci-dessus), l'échange d'informations et de pratiques administratives pourrait s'avérer être un instrument précieux pour nourrir la confiance mutuelle. Outre ce facteur psychologique, il y a aussi un avantage pratique qui découle de l'échange régulier des informations. Tel qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour¹⁴¹, le jeu de la reconnaissance passe par une *comparaison* des exigences de l'État membre d'accueil avec celles, déjà satisfaites, de l'État membre d'origine. Ceci, suppose qu'on puisse les connaître.

Dans cette perspective les rapports réguliers prévus dans la directive « services » pourraient constituer la première étape d'un système d'échanges mutuels d'informations plus exigeant, qui pourrait éventuellement prendre la forme d'une méthode ouverte de coordination (MOC).¹⁴²

e) Résolution des différends : la directive « services » et SOLVIT

Autre point sur lequel la reconnaissance mutuelle pourrait être renforcée est celui de la résolution des différends en résultant. Ce problème se pose à deux niveaux distincts mais liés. D'une part, il s'agit de faciliter la résolution des différends qui opposent le prestataire de services aux autorités récalcitrantes de l'État d'accueil. Il a été observé, lors de l'arrêt *Bobadilla*, qu'attendre 25 mois pour rendre l'arrêt dans le cadre d'une question préjudicielle, consécutivement à la durée de la procédure judiciaire nationale, afin d'obtenir dans son propre pays la reconnaissance de son diplôme, n'est pas un résultat satisfaisant¹⁴³. Il n'est pas rare, en effet, que les autorités nationales jouent sur cet effet de « conformité différée ». D'autre part, il s'agit de faciliter la résolution des différends, souvent de nature transnationale, entre le prestataire de services et ses clients.

À ce sujet quatre développements doivent être mentionnés. Premièrement, le règlement (CE) n° 44/2001 dit « Bruxelles I » qui prévoit comme premier chef de compétence spéciale (c'est-

¹⁴¹ Citée ci-dessus note de bas de page 103.

¹⁴² Pour une présentation générale de la MOC v. parmi plusieurs ILIOPOULOU, A., 'La méthode ouverte de coordination : un nouveau mode de gouvernance dans l'UE' 42 *CDE* (2006) 315-342 ; GEORGOPOULOS, TH., "La MOC européenne : en attendant Godot ?" (1/2005) *McGill Institute for European Studies* disponible sur http://www.iee.umontreal.ca/publicationsfr_fichiers/DIVERS/Georgopoulos-Texte.pdf; TELO M., "La gouvernance économique et sociale et la réforme des traités: la MOC" in *Mélanges en hommage à J.V. Louis* (2003) Editions de l'ULB, Bruxelles, vol. 1, 479-498 ; pour une analyse critique de la MOC v. HATZOPOULOS, V., 'Why the Open Method of Coordination is bad for you: A letter to the EU' 13 *ELJ* (2007) 259-292.

¹⁴³ V. ATANASIU, I., « Some reflections on the role of the ECJ in relation to 'Social Europe' dans J. BAQUERO CRUZ, J., & CLOSA MONTERO, C. (eds) *European integration from Rome to Berlin: 1957-2007, History, Law and Politics* (2009) Brussels etc, PIE Peter Lang, 173-184, 182.

à-dire autre que celle du pays dans lequel le défendeur a sa résidence) le lieu d'exécution de l'obligation contractuelle ; tout en précisant que concernant les services, ce lieu est censé être celui où « les services ont été ou auraient dû être fournis »¹⁴⁴. Or, pour les services sans déplacement du prestataire/destinataire (mode 1 AGCS), la détermination du lieu de prestation n'est pas toujours chose simple. Par ailleurs, pour les services où le prestataire se déplace avec le destinataire dans un autre État membre (le cas des guides accompagnateurs), ce chef de compétence n'a « aucun sens ». Il semblerait, en effet, utile de procéder à une interprétation générale (par le biais d'un instrument de droit souple (sans caractère contraignant)) de la mesure mentionnée dans ledit règlement, afin de mieux « accommoder » les différentes formes de prestation de services transfrontaliers régies par l'article 49 CE.

En deuxième lieu, on traverse actuellement une phase d'effervescence considérable en matière de règles applicables aux litiges transfrontaliers et de règles d'exécution des décisions judiciaires. L'adoption du règlement (CE) n° 593/2008 sur la compétence judiciaire en matière contractuelle, dit « Rome I »¹⁴⁵, d'une part, et des règlements (CE) n° 861/2007 pour les « petits litiges » et (CE) n° 1896/2006 pour « l'injonction européenne »¹⁴⁶ d'autre part, devraient soutenir la bonne exécution des contrats transfrontaliers.

Troisièmement, l'article 27 de la directive « services » oblige non seulement les prestataires, à fournir des coordonnées complètes accessibles même à l'étranger, mais également à répondre aux réclamations des consommateurs dans les plus brefs délais, ainsi qu' à « faire preuve de diligence pour trouver une solution satisfaisante ».

Enfin, le système SOLVIT mis en place par la Commission, joue un rôle croissant dans la résolution extrajudiciaire des différends afférents au marché intérieur. Ce système, institué en vertu d'une communication de la Commission¹⁴⁷, consiste en un réseau de résolution de problèmes en ligne, disponible aussi bien aux particuliers qu'aux entreprises. Le plaignant contacte le centre SOLVIT dans son pays, lequel, s'il considère qu'effectivement il y a lieu d'intervenir, enregistre le problème et les données correspondantes dans une base de données électronique, puis entre en contact direct avec le centre SOLVIT de l'État membre dont provient le problème. Ce second centre SOLVIT, en concertation avec les autorités de l'Etat en question, essaie de résoudre le problème. Ce système, après un début hésitant, gagne de plus en plus en crédibilité et le nombre de différends résolus augmente d'une

¹⁴⁴ Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (JO L 12 du 16.1.2001, p. 1-23), art. 5.

¹⁴⁵ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux relations contractuelles (JO L 177, du 4.7.2008, p. 6-16).

¹⁴⁶ Règlement (CE) n° 861/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges (JO L 199, du 31.7.2007, p. 1-22); Règlement (CE) n° 1896/2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer (JO L 399 du 30.12.2006, p. 1-32).

¹⁴⁷ COM/2001/702 final.

année à l'autre.¹⁴⁸ Il connaît, cependant, deux limitations. D'une part la compétence *ratione materiae* du système SOLVIT est limitée.¹⁴⁹ D'autre part, et de manière plus significative, SOLVIT peut uniquement intervenir lorsque la plainte est dirigée contre une autorité publique et non lorsque le différend est né entre deux particuliers.

Conclusion

« Désormais, le principe d'équivalence et de reconnaissance mutuelle a atteint une telle maturité et sa mise en oeuvre une diversité telle, qu'à l'instar du principe de non-discrimination, il régit l'ensemble de l'activité communautaire. Plus qu'une technique, il est devenu une manière de procéder, et même un but absolu, inhérent à l'ensemble de l'action communautaire concernant le marché intérieur. Si bien, qu'il ne s'agit plus, actuellement, d'identifier l'origine ou les modalités spécifiques de mise en oeuvre du principe, mais de s'assurer qu'il est respecté en toute circonstance, même en l'absence de disposition particulière qui le mette en oeuvre¹⁵⁰. Le respect du principe d'équivalence et de reconnaissance mutuelle correspond, ainsi, à une application minimum des principes communautaires, en ce qui concerne le marché intérieur¹⁵¹. »¹⁵²

C'est en ces termes que se concluait, il y a une douzaine d'années, notre étude sur le principe de reconnaissance mutuelle en matière de services.

Par ailleurs, nous identifions comme facteurs déterminants de l'étendue de l'application du principe a) la « déjuridicisation » et la « procéduralisation » correspondante de la gouvernance européenne, b) les élargissements successifs de l'UE, c) l'impact du droit de l'OMC d) l'évolution technologique et e) la mondialisation. Tous ces facteurs continuent à être pertinents de nos jours. De ces cinq facteurs les trois derniers sont aujourd'hui tout aussi imprévisibles qu'il y a douze ans. Le temps des « grands » élargissements est, désormais, révolu, alors que leur impact sur le processus décisionnel de l'UE devrait être maîtrisé par la mise en œuvre du Traité de Lisbonne. Ce qui a fondamentalement changé lors de cette dernière décennie, c'est la culture réglementaire de l'UE et le degré d'expérimentation avec

¹⁴⁸ V. le rapport annuel de SOLVIT disponible en anglais sur http://ec.europa.eu/solvit/site/docs/solvit2008_report_en.pdf

¹⁴⁹ Reconnaissance des qualifications professionnelles et des diplômes ; Accès à l'éducation ; Permis de séjour ; Droits de vote ; Sécurité sociale ; Droits liés au travail ; Permis de conduire ; Immatriculation des véhicules ; Contrôle aux frontières ; Accès au marché des produits ; Accès au marché des services ; Établissement en tant qu'indépendant ; Marchés publics ; Fiscalité ; Libre circulation des capitaux ou des paiements.

¹⁵⁰ V. pour l'idée que le principe de non-discrimination est applicable même en l'absence de texte spécifique organisant sa mise en oeuvre, CJCE, 20 mars 1997, *Hayes*, aff. C-323/95, Rec. p. I-1711.

¹⁵¹ À la différence du principe de non-discrimination et du fait qu'il ne se trouve pas consolidé, en tant que tel, sous forme de texte dans les traités constitutifs, le principe d'équivalence et de reconnaissance mutuelle n'a qu'une valeur relative à laquelle le législateur peut déroger: CJCE, 13 mai 1997, *Allemagne c/ PE et Conseil, garantie des dépôts*, aff. C-233/94, Rec. p. I-2405.

¹⁵² V. HATZOPOULOS, p. 476-477, *op.cit.* note de bas de page 5.

des nouvelles modes de gouvernance.¹⁵³ Désormais, la reconnaissance mutuelle n'est plus située à l'extrême « souple » de l'arsenal réglementaire communautaire. Au contraire, notamment dans sa forme gérée, elle constitue la technique par excellence communautaire pour la libéralisation des marchés de services. Elle présente l'avantage d'être autant contraignante et/ou flexible qu'on la veut, en fonction a) du niveau auquel elle opère (mesures spécifiques, politiques, objectifs réglementaires), et b) des instruments juridiques choisis (règlement ou directive, normes, certificats ou documents communs etc.) – tout en ayant une visibilité et une transparence plus importantes que les formes souples de « nouvelle gouvernance » telle la MOC. Elle bénéficie, cependant, des techniques souples de gouvernance et de l'échange d'informations qu'elles engendrent. Il ne serait pas exagéré de dire que, de nos jours, le passage obligé de la libéralisation des services est le jeu de la reconnaissance mutuelle.

¹⁵³ V. à ce propos les plusieurs contributions dans G. DE BURCA & J. SCOTT *Law and New Governance in the EU and the US* (Oxford/Portland, Hart, 2006); aussi le numéro spécial 13/3 (2007) *The Columbia Journal of European Law*.



College of Europe
Collège d'Europe



Natolin

European Legal Studies
Etudes Européennes Juridiques

RESEARCH PAPERS IN LAW

1/2003, Dominik Hanf et Tristan Baumé, "Vers une clarification de la répartition des compétences entre l'Union et ses Etats Membres? Une analyse du projet d'articles du Présidium de la Convention".

2/2003, Dominik Hanf, "Der Prozess der europäischen Integration in Belgien. Voraussetzung und Rahmen der Föderalisierung eines ehemaligen Einheitsstaats".

3/2003, Dominik Hanf, "Talking with the "pouvoir constituant" in times of constitutional reform: The European Court of Justice on Private Applicants' Access to Justice".

4/2003, Horst Dippel, "Conventions in Comparative Constitutional Law".

5/2003, Ludwig Krämer, "Access to Environmental Information in an Open European Society - Directive 2003/4".

6/2003, Ludwig Krämer, "Überlegungen zu Ressourceneffizienz und Recycling".

7/2003, Ludwig Krämer, "The Genesis of EC Environmental Principles".

8/2003, Takis Tridimas, "The European Court of Justice and the Draft Constitution: A Supreme Court for the Union?".

1/2004, Dominik Hanf et Pablo Dengler, "Accords d'association".

2/2004, David Mamane, "Reform der EU-Wettbewerbsregeln für Technologietransfer-Verträge: Einfahrt in den sicheren Hafen?".

3/2004, Donald Slater and Denis Waelbroeck, "Meeting Competition : Why it is not an Abuse under Article 82".

4/2004, Jacques Bourgeois and Tristan Baumé, "Decentralisation of EC Competition Law Enforcement and General Principles of Community Law".

5/2004, Rostane Mehdi, "Brèves observations sur la consécration constitutionnelle d'un droit de retrait volontaire".

1/2005, Jacques Pelkmans, "Subsidiarity between Law and Economics".

2/2005, Koen Lenaerts, "The Future Organisation of the European Courts".

3/2005, John A.E. Vervaele, "The Europeanisation of Criminal Law and the Criminal Law Dimension of European Integration".

4/2005, Christine Reh and Bruno Scholl, "The Convention on the Future of Europe: Extended Working Group or Constitutional Assembly?"

5/2005, John A.E. Vervaele, "European Criminal Law and General Principles of Union Law".

6/2005, Dieter Mahncke, "From Structure to Substance: Has the Constitutional Treaty improved the Chances for a Common Foreign and Security Policy?"

1/2006, Dominik Hanf, "Le développement de la citoyenneté de l'Union européenne".

2/2006, Vassilis Hatzopoulos, Thien Uyen Do, "The Case Law of the ECJ concerning the Free Provision of Services : 2000 – 2005".

3/2006, Dominik Hanf, "Réformes institutionnelles sans révision du traité?", (document de discussion).

4/2006, Elise Muir, "Enhancing the effects of EC law on national labour markets, the Mangold case".

5/2006, Vassilis Hatzopoulos, "Why the Open Method of Coordination (OMC) is bad for you: a letter to the EU".

6/2006, Vassilis Hatzopoulos, "The EU essential facilities doctrine".

7/2006, Pablo Ibáñez Colomo, "Saving the Monopsony: Exclusivity, Innovation and Market Power in the Media Sector".

1/2007, Pablo Ibáñez Colomo, "The Italian Merck Case".

2/2007, Imelda Maher, "Exploitative Abuses: Which Competition Policy, Which Public Policy?"

3/2007, Vassilis Hatzopoulos, "With or without you... judging politically in the field of Area of Freedom, Security and Justice?"

4/2007, Matteo Pierangelo Negrinotti, "The AstraZeneca Case".

5/2007, Vassilis Hatzopoulos, "Que reste-t-il de la directive sur les services?"

6/2007, Vassilis Hatzopoulos, "Legal Aspects in Establishing the Internal Market for services".

7/2007, Vassilis Hatzopoulos, "Current Problems of Social Europe".

1/2008, Vassilis Hatzopoulos, "Public Procurement and State Aid in National Healthcare Systems".

2/2008, Vassilis Hatzopoulos, "Casual but Smart: The Court's new clothes in the Area of Freedom Security and Justice (AFSJ) after the Lisbon Treaty".

3/2008, Takis Tridimas and José A. Gutiérrez-Fons, "EU Law, International Law and Economic Sanctions against Terrorism: The Judiciary in Distress?".

4/2008, Ludwig Krämer, "Environmental judgments by the Court of Justice and their duration".

5/2008, Donald Slater, Sébastien Thomas and Denis Waelbroeck, "Competition law proceedings before the European Commission and the right to a fair trial: no need for reform?".

1/2009, Inge Govaere, "The importance of International Developments in the case-law of the European Court of Justice: Kadi and the autonomy of the EC legal order".

2/2009, Vassilis Hatzopoulos, "Le principe de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services".