

CONSULTATION

par Christine Kaddous
Professeur à l'Université de Genève
Chaire Jean Monnet *ad personam*
Directeur du Centre d'études juridiques européennes

Sommaire

Objet de la consultation	n° 1-2
Eléments de discussion	n° 3-196
I. Objet de la directive 2006/123 et conditions de transposition	n° 3-39
II. Impact de la directive 2006/123 sur les professions libérales	n° 40-142
III. Conséquences pour la Suisse de la non-reprise de la directive 2006/123 dans les accords bilatéraux	n° 143-196
IV. Conclusion	n° 197-210

Objet de la consultation :

1. L'Union suisse des professions libérales (USPL) a souhaité savoir si les professions libérales seraient affectées par l'application de la directive 2006/123 du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur et, le cas échéant, de quelle manière.
2. Plus précisément, l'USPL souhaite identifier les professions membres de l'USPL qui seraient concernées par cette directive. Conformément au mandat, l'étude se rapporte aux professions suivantes : architectes, avocats, banquiers privés, chiropraticiens, dentistes, experts-comptables, gérants de fortune, ingénieurs, ingénieurs-géomètres, médecins, notaires, orthophonistes, pharmaciens, psychologues-psychothérapeutes et vétérinaires. L'USPL souhaite savoir si la directive instaure une différence de traitement entre les professions libérales de l'Union

européenne et les membres de l'USPL. Elle souhaite également connaître les avantages et les inconvénients d'une reprise ou d'une non-reprise par la Suisse d'une telle directive pour les professions membres de l'USPL. Elle s'interroge enfin sur les mesures à prendre en vue de remédier aux discriminations induites par cette directive.

Discussion :

3. Les questions posées par l'USPL nécessitent de prendre position sur une série de points dont l'exposé est nécessaire à la compréhension des problèmes soulevés. Il y aura lieu ainsi d'exposer brièvement l'objet de la directive et de préciser les conditions de sa transposition (I) avant de prendre position sur l'impact de la directive sur les professions libérales des Etats membres de l'Union européenne et de la Suisse (II). On pourra alors s'interroger sur les conséquences pour la Suisse de la non-reprise de la directive dans les accords bilatéraux sur l'exercice des professions libérales en Suisse (III). En guise de conclusion, il conviendra de dresser un tableau des avantages et inconvénients résultant d'une reprise ou d'une non-reprise de la directive 2006/123 et d'envisager des mesures à prendre pour lutter contre les discriminations ainsi induites (IV).

I. Objet de la directive 2006/123 et conditions de transposition de la directive

4. La directive 2006/123 du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, est relative aux services dans le marché intérieur¹.

5. Il apparaît d'emblée à la lecture de l'ensemble des dispositions de la directive éclairée par ses motifs qu'elle ne vise pas à établir une nouvelle liberté de circulation, dans la mesure où celle-ci est déjà établie par les articles 49 et 56 du traité FUE (ex-art. 43 et 49 du traité CE), respectivement relatifs au droit d'établissement et à la liberté de prestation de services à l'intérieur de l'Union européenne, ni même à en infléchir le sens.

6. L'objet ainsi défini par la directive est, aux termes de son article 1^{er}, paragraphe 1, d'établir « *les dispositions générales permettant de faciliter l'exercice de la liberté d'établissement des prestataires ainsi que la libre circulation des services, tout en garantissant un niveau de qualité élevé pour les services* ».

¹ JOCE n° L 376 du 27 décembre 2006, p. 36.

7. La directive 2006/123 devrait faciliter l'exercice de l'établissement des prestataires de services ainsi que la libre circulation des services par les moyens qui sont définis dans ses chapitres II à VII qu'il convient de présenter brièvement en vue de mieux apprécier ultérieurement (V. *infra* II) les effets de la directive.

8. Il apparaît que la directive vise à imposer aux Etats membres des obligations procédurales (1), à rappeler certaines exigences de fond dans l'application des règles de libre circulation (2) et à accroître la protection des consommateurs de services (3). En vue de parvenir à de telles fins, la directive fixe une obligation de transposition (4).

1) Obligations procédurales

9. La directive 2006/123 constitue une avancée en droit de l'Union européenne en ce qu'elle impose aux Etats membres de nouvelles contraintes de nature procédurale qui sont de plusieurs types. Ces obligations contribuent à la simplification administrative (a), se rapportent à la coopération administrative (b) et consistent en un programme de convergence (c).

a) simplification administrative

10. Le chapitre II *Simplification administrative* contient des dispositions novatrices qui tendent à faciliter, d'un point de vue pratique, l'exercice de ces libertés en s'attachant aux formalités et procédures contraignantes auxquelles sont soumis les opérateurs économiques qui exercent ou tentent d'exercer ces libertés.

11. La ligne générale de ces dispositions contenues dans les articles 5 à 8 de la directive consiste à simplifier et à rationaliser les procédures et formalités en les rendant plus accessibles, notamment au moyen de guichets uniques chargés à la fois d'accueillir les demandes et de fournir les informations nécessaires.

b) coopération administrative

12. Le chapitre VI *Coopération administrative*, qui est constitué des articles 28 à 36, se situe dans le prolongement du chapitre II sur la simplification administrative. La coopération consiste en différentes formes d'assistance mutuelle, des contrôles imposés à l'Etat membre d'établissement, un mécanisme d'alerte, des informations sur l'honorabilité des prestataires et des mesures d'accompagnement. L'obligation imposée aux Etats membres de se prêter mutuellement assistance et de coopérer efficacement entre eux implique un échange d'informations entre leurs autorités compétentes. La coopération entre les Etats membres s'appuie sur des moyens techniques permettant une

communication directe et rapide entre leurs autorités compétentes. A cette fin, l'article 34 de la directive 2006/123 prévoit que la Commission européenne met en place, en coopération avec les Etats membres, un système électronique d'échange d'informations entre Etats membres. Dans cette perspective, le système d'information sur le marché intérieur (IMI), qui a été mis en place, constitue un outil électronique efficace destiné à soutenir la coopération administrative².

c) programme de convergence

13. Le chapitre VII *Programme de convergence*, qui est constitué des articles 37 à 43 de la directive, se rapporte à l'évolution du système et à son évaluation.

2) Exigences de fond applicables aux libertés de circulation

14. Ces exigences se rapportent au droit d'établissement des prestataires (a) puis à la libre prestation des services *stricto sensu* (b).

a) liberté d'établissement des prestataires de services

15. Le chapitre III *Liberté d'établissement des prestataires*, qui réunit les articles 9 à 15 de la directive, traite d'un aspect particulier de la libre prestation des services, à savoir l'établissement du prestataire sur le territoire d'un autre Etat membre pour l'exercice d'une activité de prestation de services. Cet aspect est particulier en ce que la libre prestation des services, entendue de manière classique, ne suppose pas que le prestataire s'établisse dans l'Etat membre dans lequel il offre une prestation. Il suffit en effet, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, que le prestataire ou le destinataire du service se déplace sur le territoire d'un autre Etat membre, voire qu'un service circule entre plusieurs Etats membres sans déplacement de personnes.

16. Ce chapitre traite donc du droit d'établissement au sens de l'article 49 du traité FUE. L'application du droit d'établissement aux prestataires de services signifie *a contrario* que ce chapitre ne traite pas de l'établissement aux fins de la vente de marchandises.

17. La liberté d'établissement ainsi délimitée fait l'objet de deux types de dispositions. Les premières, contenues dans les articles 9 à 13 et réunies dans la section 1, sont relatives aux autorisations que délivrent les autorités de l'Etat membre d'accueil. Les secondes, contenues dans les articles 14 et 15 et réunies dans la section 2, sont relatives aux exigences imposées par les Etats membres.

² Décision de la Commission, du 2 octobre 2009, établissant les modalités pratiques des échanges d'informations par voie électronique entre les Etats membres prévus au chapitre VI de la directive 2006/123 du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur, JOUE L 263 du 7 octobre 2009, p. 32.

18. Les dispositions relatives aux autorisations (section 1) s'attachent, de manière classique et conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, aux régimes d'autorisation ainsi qu'aux conditions d'octroi de l'autorisation et imposent aux Etats membres des contraintes supplémentaires en ce qui concerne la durée de l'autorisation, la sélection des candidatures et les procédures d'autorisation.

19. Les dispositions relatives aux exigences imposées par les Etats membres (section 2) tendent, d'une part, à interdire certaines exigences, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice³, et, d'autre part, à imposer une évaluation de leurs exigences, ce qui est novateur.

b) liberté de circulation des services

20. Le chapitre IV *Libre circulation des services* traite de la liberté établie à l'article 56 du traité FUE, indépendamment de toute perspective d'établissement. Il est constitué des articles 16 à 21.

21. L'article 16 impose aux Etats membres de respecter un certain nombre d'exigences classiques tirées de la jurisprudence (non-discrimination, nécessité et proportionnalité) et leur interdit d'appliquer plusieurs conditions restrictives, sous réserve des justifications fondées sur l'ordre public, la sécurité publique, la santé publique ou la protection de l'environnement.

22. L'article 17 ouvre des dérogations supplémentaires aux règles relatives à la libre prestation des services contenues dans l'article 16. Ces dérogations conçues de manière empirique, sans aucune logique connue, s'appliquent à plusieurs types de services, à des matières déterminées, à certaines activités, à certains actes, à certains ressortissants.

23. L'article 18 ouvre des dérogations correspondant à des cas individuels et à des circonstances exceptionnelles.

24. L'article 19 énonce de manière minimale et non limitative quelques exigences interdites et l'article 20 rappelle l'exigence de non-discrimination.

3) Protection des consommateurs de services

25. Plusieurs dispositions de la directive tendent à protéger les consommateurs de services conformément aux lignes directrices qui découlent de l'article 169 du traité FUE et des programmes d'application de cette politique arrêtés par les institutions de l'Union européenne. Ces dispositions concernent l'assistance aux destinataires (a) et la qualité des services (b).

³ Voir, par exemple, au sujet de la nationalité : CJCE, arrêt *Commission c. Grèce* du 15 mars 1988, aff. 147/86, Rec. 1988, p. 1637, point 17 ; au sujet d'une condition de réciprocité : CJCE, arrêt *Commission c. Italie* du 15 octobre 1986, aff. 168/85, Rec. 1986, p. 2945, point 16.

a) assistance aux destinataires

26. Issu du chapitre V relatif à la libre circulation des services, l'article 21 de la directive prévoit, de manière novatrice, une obligation positive, qui consiste en une assistance aux destinataires de services, ce qui constitue le pendant de l'assistance accordée aux prestataires.

b) qualité des services

27. Le chapitre IV *Qualité des services*, constitué des articles 22 à 27 de la directive, s'inscrit dans le cadre de la politique transversale de protection des consommateurs menée par les institutions de l'Union européenne.

28. L'article 22 impose de fournir de nombreuses informations, à la fois précises et éclairantes, aux destinataires.

29. L'article 23 s'attache aux assurances et garanties professionnelles tandis que l'article 24 traite des communications commerciales des professions réglementées.

30. L'article 25 pose le principe de la pluridisciplinarité, ce qui, d'une part, tend à interdire les exigences d'exercice d'une activité de manière exclusive, sous réserve des dérogations étroitement encadrées notamment pour le respect de la déontologie et le respect de l'indépendance, et, d'autre part, impose aux Etats membres de veiller à certaines exigences en cas de pluridisciplinarité.

31. L'article 26 traite de la politique de qualité en imposant aux Etats membres d'adopter, en collaboration avec la Commission européenne, des mesures d'accompagnement, notamment sous la forme de certification ou d'évaluation et d'élaboration de chartes de qualité, de coopération des ordres professionnels au niveau de l'Union européenne, de développement de normes européennes.

32. L'article 27 se rapporte enfin au règlement des litiges. Il s'agit de faciliter les réclamations, d'imposer aux prestataires de services de prouver que les informations sont respectées et que les informations sont exactes, de reconnaître les garanties financières pour l'exécution des décisions de justice et de mieux informer les destinataires en ce qui concerne le recours à des moyens de règlement extrajudiciaires.

4) Conditions de transposition

33. Le chapitre VIII *Dispositions finales*, composé des articles 44 à 46, traite de manière classique de la transposition de la directive qui devait avoir lieu avant le 28 décembre 2009, c'est-à-dire trois ans après son entrée en vigueur. Ce délai de

transposition, particulièrement long, s'explique en raison de la complexité de la directive et du soin exigé pour sa transposition.

34. L'obligation de transposition de la directive est précisée à l'article 44, paragraphe 1, de la directive. Cette disposition indique, conformément à une formule rituelle, que les Etats membres « *mettent en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à la présente directive avant le 28 décembre au plus tard* ». Le texte ajoute, de manière également classique, que les Etats membres « *communiquent immédiatement à la Commission le texte de ces dispositions* », ce qui devait mettre la Commission européenne en mesure de procéder au contrôle de conformité du texte national avec la directive afin, le cas échéant, de demander des explications à l'Etat membre concerné et d'introduire, si elle n'est pas convaincue, une procédure en constatation de manquement sur le fondement de l'article 258 du traité FUE. Dans le même esprit, l'article 44, paragraphe 2, impose aux Etats membres de communiquer à la Commission « *le texte des dispositions essentielles de droit interne qu'ils adoptent dans le domaine régi par la présente directive* ».

35. Une obligation formelle découle en outre de l'article 44, paragraphe 1, alinéa 3, de la directive qui prévoit que lorsque les Etats membres adoptent les dispositions nécessaires à la transposition de la directive, « *celles-ci contiennent une référence à la présente directive ou sont accompagnées d'une telle référence lors de leur publication officielle* », les modalités de cette référence étant arrêtées par les Etats membres. De telles références devraient permettre aux opérateurs économiques d'identifier la source européenne d'un texte national afin, le cas échéant, de contester celui-ci ou ses mesures d'application pour non-conformité avec la directive, une telle contestation ayant lieu devant une juridiction nationale.

36. En vertu de l'article 288, alinéa 3, du traité FUE, les Etats membres destinataires d'une directive sont liés par ce texte quant au résultat à atteindre mais sont libres de choisir la forme et les moyens. La liberté ainsi laissée aux Etats membres est toutefois relative à plus d'un titre. D'une part, il résulte d'une jurisprudence constante que les mesures de transposition doivent être non équivoques afin de répondre aux exigences de sécurité juridique et de permettre aux personnes concernées de connaître leurs droits et obligations⁴ et, dans cette perspective, être de nature contraignante, ce qui exclut les transpositions par voie de circulaires ou de pratiques administratives⁵. D'autre part, la pratique des institutions européennes consistant à adopter des directives détaillées, ce qui est le cas de la directive 2006/123, a été entérinée par le juge européen. La Cour de justice considère, en effet, que les Etats membres sont tenus de choisir « *les formes et les moyens les plus appropriés en vue d'assurer l'effet utile des*

⁴ CJCE, arrêt *Commission c. Italie* du 21 juin 1988, aff. 257/86, Rec. 1988, p. 3249, point 12.

⁵ CJCE, arrêt *Commission c. Grèce* du 10 décembre 1991, aff. C-306/89, Rec. 1991, p. 5863, points 19 et 20.

directives, compte tenu de l'objet de celles-ci »⁶ et a précisé que la compétence ainsi laissée aux Etats membres était « *fonction du résultat que le Conseil ou la Commission entendent voir atteindre* »⁷.

37. La Commission a décidé de saisir la Cour de justice pour faire constater que des Etats membres n'ont pas pris les mesures nécessaires à assurer la transposition correcte de la directive 2006/123. Les Etats concernés sont l'Allemagne, l'Autriche, et la Grèce. Une amende sur la base de l'article 260, paragraphe 3, du traité FUE pourrait être infligée à ces Etats⁸.

38. En cas de mauvaise transposition consistant notamment à ne pas retenir un champ d'application conforme à la directive, la directive pourrait être invoquée à l'encontre de l'Etat membre devant une juridiction nationale en vertu de la jurisprudence de la Cour de justice⁹ et la juridiction serait tenue d'écarter les règles nationales contraires à la directive européenne.

39. Au total, on constate que compte tenu de l'objet et des prescriptions de la directive 2006/123, les Etats membres disposent d'une marge de manœuvre très réduite lors de la transposition de la directive. En aucun cas, ils ne pouvaient choisir un champ d'application distinct de celui défini de manière stricte par le texte de la directive.

II. Impact de la directive 2006/123 sur les professions libérales

40. L'impact général de la directive 2006/123 exige d'examiner préalablement les problèmes liés au champ d'application de la directive (A) avant d'en mesurer les effets en fonction du champ d'application ainsi couvert (B).

A. Problèmes liés au champ d'application de la directive

41. Le champ d'application de la directive a été conçu de manière restrictive au vu des définitions qui ont été retenues (1) et des multiples exclusions qui ont été opérées (2). On se demandera dès lors dans quelle mesure les professions libérales tombent ou non dans le champ d'application de la directive.

1) Définitions

⁶ CJCE, arrêt *Royer* du 8 avril 1976, aff. 48/75, Rec. 1976, p. 497, point 73.

⁷ CJCE, arrêt *Enka* du 27 novembre 1977, aff. 38/77, Rec. 1977, p. 2203, point 11.

⁸ Communiqué de presse du 27 octobre 2011, *Directive « services » : la Commission défère l'Allemagne, l'Autriche et la Grèce devant la Cour pour transposition incomplète de la directive*, IP/11/1283.

⁹ Voir, en matière fiscale, CJCE, arrêt *VNO* du 1^{er} février 1977, aff. 51/76, Rec. 1977, p. 113, spéc. p. 127.

42. Le champ d'application de la directive est défini de manière positive sous plusieurs aspects, en ce qui concerne son champ d'application *ratione materiae* (a), *ratione loci* (b), et *ratione personae* (c).

a) champ d'application *ratione materiae*

43. Concernant tout d'abord le champ *ratione materiae*, on constate que la notion même de service fait logiquement l'objet d'une définition à l'article 4 de la directive dont l'objet même est consacré aux définitions.

44. On entend ainsi par « service », « toute activité économique non salariée, exercée normalement contre rémunération, visée à l'article 50 du traité », cette dernière référence étant à entendre comme désignant désormais l'article 57 du traité FUE. Cette définition est conforme à la jurisprudence de la Cour de justice dans tous ses aspects.

45. Elle est en effet conforme à la jurisprudence qui a permis de faire la distinction entre la libre circulation des services et la libre circulation des travailleurs à partir du critère de la subordination¹⁰. Les professions libérales, exercées à titre indépendant, tombent sous le coup de cette définition.

46. Elle est également conforme à la jurisprudence qui a explicité la notion de rémunération dans plusieurs arrêts. On sait, en effet, que la rémunération peut être perçue directement ou indirectement, ce dernier cas de figure concernant par exemple les services télévisuels qui ne font pas l'objet d'un paiement direct de la part du téléspectateur¹¹ ou certains services de santé hospitaliers dont les paiements sont effectués par les caisses de maladie, ainsi que la Cour de justice a pu le juger¹². La jurisprudence nous a également indiqué que la caractéristique essentielle de la rémunération résidait dans le fait qu'elle constitue la contrepartie économique des services en cause. C'est précisément cette contrepartie qui fait défaut dans le cadre des missions de l'Etat accomplies dans le domaine social, culturel et éducatif. Les prestations proposées par les professions libérales étant effectuées moyennant rémunération entrent dans le cadre de cette définition.

b) champ d'application *ratione loci*

47. Concernant le champ d'application *ratione loci*, la directive ne s'applique, en vertu de son article 2, qu'« aux services fournis par les prestataires ayant leur

¹⁰ CJCE, arrêt *Asscher* du 27 juin 1996, aff. C-107/94, Rec. 1996, p. I-3089, points 25 et 26 ; CJCE, arrêt *Jany et a.* du 8 mai 2001, aff. C-268/99, Rec. 2001, p. I-8615, point 34.

¹¹ CJCE, arrêt *Bond van Adverteerders et a.* du 26 avril 1988, aff. 352/85, Rec. 1988, p. 2085, points 16 et 17.

¹² CJCE, arrêt *Smits et Peerbooms* du 12 juillet 2001, aff. C-157/99, Rec. 2001, p. I-5473, points 57 et 58 ; CJUE, arrêt *Commission c. Espagne* du 15 juin 2010, aff. C-211/08, Rec. 2010, p. I-5267, point 47 ; CJUE, arrêt *Commission c. Portugal* du 27 octobre 2011, aff. C-255/09, non encore publié, point 51.

établissement dans un Etat membre », ce qui exclut les services fournis par les prestataires établis dans un Etat tiers tel que la Suisse.

c) champ d'application *ratione personae*

48. Concernant le champ d'application *ratione personae*, les prestataires et les destinataires font l'objet de définitions conçues de manière classique en conformité avec le traité et la jurisprudence.

49. Le « prestataire » désigne, en vertu de l'article 4, point 2, « toute personne physique ressortissante d'un Etat membre, ou toute personne morale visée à l'article 48 du traité et établie dans un Etat membre, qui offre ou fournit un service », la référence à l'article 48 du traité étant à entendre comme désignant désormais l'article 54 du traité FUE. Le point 36 des motifs de la directive indique que cette notion ne devrait pas viser « le cas des succursales de sociétés de pays tiers », ce qui signifie qu'elles ne pourraient pas être assimilées à des prestataires au sens de la directive. Entre *a priori* dans cette catégorie un membre d'une profession libérale, établi dans un Etat membre, qui effectue des prestations de service sur le territoire d'un autre Etat membre de l'Union européenne. Il est à noter que le droit de fournir un service dans un autre Etat membre n'est pas subordonné à la condition que cet opérateur fournisse également de tels services dans l'Etat membre où il est établi¹³.

50. Le « destinataire » désigne, en vertu de l'article 4, point 2, « toute personne physique ressortissante d'un Etat membre ou qui bénéficie de droits qui sont conférés par des actes communautaires, ou toute personne morale visée à l'article 48 du traité et établie dans un Etat membre, qui, à des fins professionnelles ou non, utilise ou souhaite utiliser un service ». Il s'agit là d'une prise en considération de la jurisprudence constante de la Cour de justice initiée en 1984 dans son arrêt *Luisi et Carbone*¹⁴ et des apports du droit dérivé récent, tel que le règlement n° 859/2003 visant à étendre le bénéfice des règlements en matière de sécurité sociale aux ressortissants des pays tiers, la directive 2003/109 relative au statut des ressortissants des pays tiers résidents de longue durée ou encore la directive 2004/38 relative au droit des citoyens de l'Union et aux membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres.

51. Le point 36 des motifs précise *in fine* que les Etats membres ont la possibilité d'étendre la notion de destinataire aux autres ressortissants de pays

¹³ CJUE, arrêt *Carmen Media Group* du 8 septembre 2010, aff. C-46/08, non encore publié, point 43.

¹⁴ CJCE, arrêt *Luisi et Carbone* du 31 janvier 1984, aff. jointes 286/82 et 26/83, Rec. 1984, p. 377. Voir ensuite CJCE, arrêt *Watts* du 16 mai 2006, aff. C-372/04, Rec. 2006, p. I-4325, point 87 ; CJUE, arrêt *Commission c. Espagne* du 15 juin 2010, aff. C-211/08, Rec. 2010, p. I-5267, point 49 ; CJUE, arrêt *Commission c. France* du 5 octobre 2010, aff. C-512/09, non encore publié, point 31 ; CJUE, arrêt *Elchinov* du 5 octobre 2010, aff. C-173/09, non encore publié, point 37 ; CJUE, arrêt *Commission c. Luxembourg* du 27 janvier 2011, aff. C-490/09, non encore publié, point 35.

tiers qui sont présents sur leur territoire. Il résulte de cette définition que pourrait être considéré comme destinataire de service un client, personne physique ou morale, ressortissant d'un Etat membre, voire ressortissant d'un Etat tiers sous certaines conditions, qui va solliciter les services d'un membre d'une profession libérale établi dans l'un des Etats membres de l'Union européenne.

52. A ce stade de l'examen, on peut constater que l'exercice de toutes les professions libérales visées dans le champ de l'étude tombe sous le coup des définitions retenues par la directive 2006/123. Il reste à voir si ces professions ne sont pas visées directement ou indirectement par l'une des exclusions prévues par la directive 2006/123.

2) Les exclusions

53. Le champ d'application de la directive est considérablement restreint en raison de multiples exclusions dictées par des impératifs très divers qui se sont imposés au fur et à mesure de l'élaboration du texte. Certaines exclusions ont été prévues en raison de l'existence de dispositions du droit de l'Union européenne spécifiquement applicables à tel ou tel secteur d'activité (a). D'autres exclusions ont été décidées en raison de la nature même des activités affectées (b).

a) les exclusions prévues en raison de l'existence de dispositions du droit de l'Union européenne spécifiquement applicables à tel ou tel secteur d'activité

54. Ces exclusions s'expliquent en vertu de l'adage *generalia specialibus non derogant*. On a observé qu'elles avaient été introduites afin de tenir compte d'un acquis important dans les domaines visés¹⁵.

55. Ainsi, l'article 2, paragraphe 2, éclairé par les points 18 à 21 des motifs de la directive, indique un certain nombre d'activités auxquelles la directive ne s'applique pas en raison de l'existence de dispositions de droit dérivé de l'Union européenne spécifiques.

56. C'est le cas des services financiers qui font l'objet « *d'une législation communautaire spécifique visant à réaliser...un véritable marché intérieur des services* »¹⁶. Le point 18 des motifs de la directive précise que cette exclusion devrait concerner « *tous les services financiers tels que ceux ayant trait à la banque, au crédit à l'assurance, y compris la réassurance, aux retraites professionnelles ou individuelles, aux titres, aux fonds d'investissements, aux paiements et aux conseils en investissement, y compris les services énumérés à l'annexe I de la directive 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil du*

¹⁵ S. D'ACUNTO, *La proposition de directive sur les services dans le marché intérieur*, RDUE 2/2004, p. 201 et ss, spéc. p. 208.

¹⁶ Point 18 des motifs de la directive.

14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice ». Il résulte d'une telle énumération que deux des activités couvertes par l'USPL relèvent de cette exclusion, à savoir celles des **banquiers privés** et des **gérants de fortune**.

57. Ces exclusions s'appliquent également aux services et réseaux de communications électroniques qui ont fait l'objet d'une série de directives adoptées au cours de l'année 2002 ainsi qu'aux services dans le domaine des transports dans la mesure où ils entrent dans le champ d'application du titre VI de la troisième partie du traité FUE, sans que l'on sache si l'exclusion a été décidée au motif que la législation communautaire applicable à cette matière était suffisamment complète ou qu'elle correspondait à une politique commune. Les services audiovisuels, quels que soient leur mode de production, de distribution et de transmission, paraissent avoir été exclus en raison de la directive 89/552 modifiée, relative à l'exercice de radiodiffusion télévisuelle, et finalement remplacée par la directive 2007/65.

58. Ces exclusions ont été décidées au vu d'une législation de l'Union européenne dont les principaux instruments sont parfois précisés dans les motifs de la directive.

59. C'est l'adoption à venir d'une législation européenne spécifiquement adaptée aux problèmes rencontrés qui a pu conduire à exclure de son champ telle ou telle activité. Ainsi la directive 2006/123 ne s'applique pas aux remboursements des soins de santé qui ont donné lieu à une jurisprudence bien établie et qui devaient faire, selon les termes de la directive, l'objet d' « *un acte juridique communautaire distinct pour parvenir à une plus grande sécurité juridique* »¹⁷, cette directive ayant finalement été adoptée le 9 mars 2011¹⁸.

60. Des exclusions dictées par un autre objectif ont été prévues.

b) les exclusions décidées en raison de la nature même des activités affectées

61. La directive a exclu de son champ d'application certaines activités en raison de leur nature pour différentes raisons qui ne sont généralement pas explicitées. Il a pu s'agir d'exclure les activités en raison de leur caractère non économique ainsi que des activités en raison de leur caractère régalién ou, en tout cas, de leur importance fondamentale pour les Etats. Certaines exclusions sont générales (i) tandis que d'autres sont partielles (ii).

i) exclusions générales

¹⁷ Point 23 des motifs de la directive.

¹⁸ Directive 2011/24 du Parlement européen et du Conseil, du 9 mars 2011, relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, JOUE n° L 88, du 4 avril 2011, p. 45.

62. Ces exclusions sont de plusieurs types : exclusion des services d'intérêt général non économiques ; exclusion de certains secteurs d'activité ; exclusion découlant de l'article 51 du traité FUE ; exclusion spécifique des notaires et des huissiers nommés par les pouvoirs publics.

- exclusion des services d'intérêt général non économiques

63. L'exclusion des « *services d'intérêt général non économiques* », visée à l'article 2, paragraphe 2, point a, se situe dans le prolongement de la notion de services lesquels sont, en vertu de leur définition, fournis en échange d'une contrepartie économique. Une telle exclusion peut même paraître superfétatoire. L'activité des professions libérales ne correspond pas à ce type particulier de services compte tenu de la définition du service d'intérêt général telle qu'elle résulte de la jurisprudence de la Cour de justice¹⁹.

- exclusions de certains secteurs d'activité

64. Des exclusions s'appliquent à certains secteurs d'activité. Leur justification n'apparaît généralement pas de manière explicite.

65. Les services des agences de travail intérimaire sont expressément exclus par l'article 2, paragraphe 2, point e, en raison semble-t-il que la directive ne s'applique pas, en vertu de l'article 1, paragraphe 6, au droit du travail. De même, les services sociaux relatifs au logement social, à l'aide à l'enfance et aux personnes se trouvant dans une situation de besoin sont expressément exclus par l'article 2, paragraphe 2, point j, au motif que l'action sanitaire sociale demeure régie par le droit des Etats membres. Dans le même ordre d'idée, l'article 2, paragraphe 3, exclut l'ensemble de la matière fiscale du champ de la directive. Les activités de jeux d'argent sont expressément exclues par l'article 2, paragraphe 2, point h, au motif, semble-t-il, qu'elles sont généralement réglementées par les Etats qui entendent faire prévaloir des exigences d'ordre public d'ailleurs reconnues par la Cour de justice en vertu d'une jurisprudence constante. Les activités de sécurité privée sont expressément exclues par l'article 2, paragraphe 2, point k, pour des raisons similaires.

66. De manière plus surprenante, les auteurs de la directive ont exclu, selon les termes de l'article 2, paragraphe 2, point f, de ce texte, les services de soins de santé, quels que soient leur mode d'organisation et de financement. C'est le vingt-deuxième considérant qui permet d'en mieux cerner la portée : l'exclusion

¹⁹ Voir une synthèse remarquable de la jurisprudence par R. KOVAR, *Droit communautaire et service public : esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée*, RTDE 1990, p. 215 et p. 493. Voir, plus récemment, M. DONY, *Les notions de service d'intérêt général et service d'intérêt économique général*, in J.-V. LOUIS et S. RODRIGUES, « Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne », Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 3 et D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 234 et ss.

s'applique aux soins de santé et pharmaceutiques fournis par des professionnels de santé aux patients, ce qui conduit à inclure dans le champ de la directive les services de professionnels fournis à d'autres professionnels. L'objectif visé par l'exclusion se rapporte à l'évaluation, au maintien et au rétablissement de la santé des patients, ce qui couvre à la fois le diagnostic et la thérapie. L'exclusion concerne les activités réservées à des professions réglementées. Il en découle que les activités réglementées des **médecins, pharmaciens, dentistes, chiropraticiens, orthophonistes et psychologues-psychothérapeutes** sont exclues du champ de la directive, à moins qu'elles ne soient destinées à offrir des services à d'autres personnes que des patients²⁰. Il résulte de telles précisions que l'activité des **vétérinaires** n'est en revanche pas exclue du champ de la directive.

67. On peut observer que les activités du secteur de la justice n'ont pas été exclues, au motif notamment que plusieurs professions judiciaires relèvent, notamment en vertu des directives relatives aux avocats, de la libre prestation de services et du droit d'établissement.

- exclusions découlant de l'article 51 du traité FUE

68. La directive 2006/123 exclut dans son article 2, point i, les activités qui participent à l'exercice de l'autorité publique au sens de l'article 51 du traité FUE.

69. Le traité FUE prévoit en effet une exception à l'application des règles relatives au droit d'établissement. Il s'agit de l'article 51 qui s'applique aux « *activités participant dans cet Etat, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique* ». Cet article est rendu applicable à la libre prestation des services en vertu de l'article 62 du même traité.

70. Il convient, par conséquent, de se demander si les activités des professions libérales sont couvertes par l'article 51 du traité FUE.

71. Cet article, d'interprétation stricte en tant qu'il ouvre une exception à une règle de liberté, exige, aux fins de son application, une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique²¹. Par conséquent, à supposer

²⁰ La directive 2006/123 ne définit pas la notion de « patient ». On trouve en revanche une telle définition dans la directive 2011/24 du 9 mars 2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers. Celle-ci définit à son article 3, lettre h), le patient comme « toute personne physique qui cherche à bénéficier ou bénéficie de soins de santé dans un Etat membre ». Cette définition est applicable, compte tenu de la logique du système, à la directive 2006/123.

²¹ CJCE, arrêt *Reyners* du 21 juin 1974, aff. 2/74, Rec. 1974, p. 631, points 43 à 45 ; CJCE, arrêt *Commission c. Grèce* du 15 mars 1988, aff. 147/86, Rec. 1988, p. 1637, point 7 ; CJCE, arrêt *Commission c. Espagne* du 29 octobre 1998, aff. C-114/97, Rec. 1998, p. I-6717, point 34 ; CJCE, arrêt *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti* du 30 mars 2006, aff. C-451/03, Rec. 2006, p. I-2941, points 45 et 46 ; CJCE, arrêt *Commission c. Autriche* du 29 novembre 2007, aff. C-393/05, Rec. 2007, p. I-10195, points 35 et 36 ; CJCE, arrêt *Commission c. Allemagne* du 29 novembre 2007, aff. C-404/05, Rec. 2007, p. I-10239, points 37 et 38 ; CJCE, arrêt *Commission c. Portugal* du 22 octobre 2009, aff. C-438/08, Rec. 2009, p. I-10219, points 33 à 36 ; CJUE, arrêt *Commission c. Pays-Bas* du 1^{er} décembre 2011, aff. C-157/09, non encore publié, points 57 et 58.

qu'une profession dite indépendante ou libérale participe ponctuellement ou occasionnellement à l'exercice de l'autorité publique, l'Etat ne saurait se prévaloir de l'article 51 pour appliquer cet article à l'ensemble des activités relevant de ladite profession²².

72. La Cour de justice a eu à prendre position au sujet de plusieurs professions réglementées.

73. Au sujet de la profession d'**avocat**, elle a considéré que « *des prestations professionnelles comportant des contacts, même réguliers et organiques, avec les juridictions, voire un concours, même obligatoire à leur fonctionnement, ne constituent pas, pour autant, une participation à l'exercice de l'autorité publique* »²³. Elle a précisé que les activités les plus typiques de cette profession « *telles que la consultation et l'assistance juridique, de même que la représentation et la défense des parties en justice* » ne pouvaient être assimilées à une participation à l'autorité publique²⁴. Il résulte clairement de cette jurisprudence que la profession d'avocat ne peut être exclue à ce titre du champ d'application de la directive 2006/123.

74. Dans le même sens, une activité de **conseiller fiscal** ne relève pas de l'exercice de l'autorité publique, mais tend à faciliter l'accomplissement des tâches qui incombent à l'administration²⁵. Il devrait en aller de même, pour des raisons analogues, des **experts-comptables** et des **gérants de fortune**.

75. Il devrait en aller de même de l'ensemble des **professions du secteur médical**, qu'il s'agisse des médecins, des pharmaciens, des dentistes, des chiropraticiens, des vétérinaires et des psychologues-psychothérapeutes. En effet, le fait que certaines de leurs activités comportent « *des contacts, même réguliers et organiques, avec des autorités administratives ou judiciaires, voire un concours, même obligatoire, à leur fonctionnement, laisse intacts les pouvoirs d'appréciation et de décision desdites autorités* »²⁶.

76. La Cour de justice a eu également à prendre position à propos d'activités exercées par des **personnes en charge de contrôles**. Ainsi, au sujet des commissaires agréés pour le contrôle des entreprises d'assurances en Belgique, la Cour a pris en considération plusieurs éléments relatifs à leur statut et à l'exercice de leur activité : leur mission consistant à contrôler la situation financière et les comptes annuels de la société et à présenter à l'assemblée générale un rapport sur les contrôles ainsi réalisés ; leur libre désignation et leur rétribution par les entreprises d'assurance ; leurs obligations de porter à la connaissance de l'Office de contrôle des faits particuliers et d'informer

²² CJCE, arrêt *Reyners* du 21 juin 1974, aff. 2/74, Rec. 1974, p. 631, point 46.

²³ *Ibid*, point 51.

²⁴ *Ibid*, point 52.

²⁵ CJCE, arrêt *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti* du 30 mars 2006, aff. C-451/03, Rec. 2006, p. I-2941, point 47.

²⁶ CJUE, arrêt *Commission c. Pays-Bas* du 1^{er} décembre 2011, aff. C-157/09, non encore publié, point 59.

l'entreprise d'éventuelles infractions et faits qui pourraient menacer la situation financière de celle-ci ; leur droit de veto susceptible d'être opposé à l'exécution d'une décision de l'entreprise dont l'exécution constituerait une infraction pénale. Au terme de son analyse, la Cour de justice a considéré que les commissaires agréés n'exerçaient qu'un « *rôle auxiliaire et préparatoire* » vis-à-vis de l'Office de contrôle qui seul exerce l'autorité publique²⁷. Elle a pris une position voisine au sujet d'organismes privés en charge de mesures de contrôle et de précaution dans le secteur agricole. Elle a en effet observé qu'en raison de leur compétence de proposition, ces organismes exerçaient un « *rôle auxiliaire et préparatoire* » vis-à-vis de l'autorité de supervision²⁸. Cette jurisprudence est notamment transposable aux **experts-comptables**, aux **banquiers** qui ne sauraient ainsi relever de l'exception prévue à l'article 51 du traité FUE.

77. Plus largement, la Cour considère que des fonctions simplement auxiliaires et préparatoires vis-à-vis d'une autorité qui exerce elle-même l'autorité publique en disposant de la décision finale ne relèvent pas de cette exception²⁹. Ainsi, les tâches confiées aux **ingénieurs-géomètres**, dans le cadre de prises de mensurations officielles, pourraient être considérées comme auxiliaires ou préparatoires lorsque c'est l'autorité qui prend la décision finale et qui exerce ainsi l'autorité publique.

78. L'exception de l'autorité publique a été également invoquée dans les affaires en constatation de manquement introduites contre plusieurs Etats membres au sujet de l'activité de **notaire** qui était réservée aux nationaux. La Cour de justice a considéré, dans plusieurs arrêts prononcés en 2011, que les diverses missions des notaires, se rapportant aussi bien à l'authentification des actes, à l'exécution forcée, à la liquidation d'entreprises, à son intervention en cas de non-acceptation ou de non-paiement de traites ou de chèques, qu'à leur fonction dans certaines transactions ou constitution de sociétés, ne relevaient pas de l'exercice de l'autorité publique au sens de l'article 45 du traité CE, devenu 51 du traité FUE³⁰. La Cour a eu l'occasion de confirmer sa position selon laquelle l'activité d'authentification des actes ne comporte pas, en tant que telle, une participation directe et spécifique à l'autorité publique, alors même que le défaut d'authentification de l'acte ou de la convention pourrait entraîner la nullité de l'acte ou de la convention³¹. Elle a précisé que la seule poursuite d'un objectif

²⁷ CJCE, arrêt *Thijssen* du 13 juillet 1993, aff. C-42/92, Rec. 1993, p. I-4047, points 17 à 23.

²⁸ CJCE, arrêt *Commission c. Autriche* du 29 novembre 2007, aff. C-393/05, Rec. 2007, p. I-10195, point 42 ; CJCE, arrêt *Commission c. Allemagne* du 29 novembre 2007, aff. C-404/05, Rec. 2007, p. I-10239, point 44.

²⁹ CJCE, arrêt *Commission c. Portugal* du 22 octobre 2009, aff. C-438/08, Rec. 2009, p. I-10219, point 36.

³⁰ CJUE, arrêt *Commission c. Belgique* du 24 mai 2011, aff. C-47/08, non encore publié, points 87 à 124 ; CJUE, arrêt *Commission c. France* du 24 mai 2011, aff. C-50/08, non encore publié, points 77 à 108 ; CJUE, arrêt *Commission c. Luxembourg* du 24 mai 2011, aff. C-51/08, non encore publié, points 88 à 126 ; CJUE, arrêt *Commission c. Autriche* du 24 mai 2011, aff. C-53/08, non encore publié, points 87 à 120 ; CJUE, arrêt *Commission c. Allemagne* du 24 mai 2011, aff. C-54/08, non encore publié, points 91 à 117 ; CJUE, arrêt *Commission c. Grèce* du 24 mai 2011, aff. C-61/08, non encore publié, points 82 à 112.

³¹ CJUE, arrêt *Commission c. Pays-Bas* du 1^{er} décembre 2011, aff. C-157/09, non encore publié, points 65 à 67.

d'intérêt général ne suffisait pas en soi à rattacher cette activité à l'exception³². Dans plusieurs affaires dans lesquelles la Cour a eu à se prononcer, il s'agissait de notaires nommés par les pouvoirs publics³³, ce qui n'a nullement altéré le raisonnement de la Cour de justice visant à considérer que cette activité ne relève pas de l'autorité publique au sens de l'article 51 du traité FUE.

- exclusion spécifique des notaires et des huissiers nommés par les pouvoirs publics

79. La directive a précisé, dans son article 2, paragraphe 2, sous 1, qu'elle ne s'appliquait pas aux services fournis par les **notaires** et les huissiers de justice nommés par les pouvoirs publics. Cette exclusion est due au fait qu'il n'était pas certain, préalablement au prononcé en 2011 des arrêts de la Cour de justice concernant les notaires, que l'activité de ces deux catégories de professionnels du droit relevaient totalement de l'exception de l'article 51 du traité FUE, lequel fait l'objet d'une interprétation stricte conformément à la jurisprudence dégagée à partir de l'arrêt *Reyners*. Il s'agissait aussi de satisfaire de fortes revendications de nature socio-professionnelle afin de ne pas soumettre l'exercice de ces professions aux contraintes de la directive. Il découle toutefois de l'article 2, paragraphe 2, de la directive que les notaires et huissiers de justice qui ne sont pas nommés par les pouvoirs publics entrent dans le champ d'application de la directive.

ii) exclusions partielles

80. Des exclusions partielles, notamment à l'égard de l'article 16 de la directive, qui pose un certain nombre d'obligations en matière de libre prestation des services, sont envisagées à l'article 17 en tant que « *dérogations supplémentaires* » pour toute une série d'activités dont la liste révèle qu'elle a été le fruit de longs et fructueux marchandages.

- quelques activités du secteur judiciaire

81. Dans le secteur judiciaire, on peut observer que l'article 16 de la directive ne s'applique pas « *aux matières couvertes par la directive 77/249/CEE du Conseil, du 22 mars 1977 tendant à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation des*

³² CJUE, arrêt *Commission c. Pays-Bas* du 1^{er} décembre 2011, aff. C-157/09, non encore publié, point 69.

³³ CJUE, arrêt *Commission c. Autriche* du 24 mai 2011, aff. C-53/08, non encore publié, point 11 : « les notaires sont désignés par l'Etat » ; CJUE, arrêt *Commission c. Allemagne* du 24 mai 2011, aff. C-54/08, non encore publié, point 11 : « les notaires sont nommés...par les Länder en qualité d'officiers publics » ; CJUE, arrêt *Commission c. Grèce* du 24 mai 2011, aff. C-61/08, non encore publié, point 10 : « agent public non rémunéré, en ce sens qu'il est rémunéré non par l'Etat, mais par ses clients » ; CJUE, arrêt *Commission c. Pays-Bas* du 1^{er} décembre 2011, aff. C-157/09, non encore publié, point 4 : « le notaire est nommé par arrêté royal, lequel définit son lieu d'établissement ».

services par les avocats ». Cette directive³⁴ vise expressément des déclinaisons de la profession d'avocat dans certains Etats membres, tels que le Royaume-Uni ou l'Irlande, ainsi que certaines « *catégories déterminées d'avocats* ». Ainsi, les **avocats** bénéficient explicitement d'une exclusion partielle des obligations posées à l'article 16 de la directive.

82. L'article 16 de la directive 2006/123 ne s'applique pas non plus aux **activités de recouvrement judiciaire des dettes**³⁵, ce qui peut s'expliquer en raison d'une jurisprudence qui reconnaissait une raison impérieuse d'intérêt général en rapport avec l'exercice de leur activité (V. *infra* n° 104).

- matières couvertes par la directive 2005/36

83. L'article 17 de la directive 2006/123 fait référence « *aux matières couvertes par le titre II de la directive 2005/36/CE* »³⁶. Cette directive, adoptée par le Parlement européen et le Conseil le 7 septembre 2005, se rapporte à la reconnaissance des qualifications professionnelles³⁷. Son titre II traite précisément de la libre prestation des services. Le principe posé à l'article 5 de la directive 2005/36 est que les Etats membres ne peuvent restreindre cette liberté « *pour des raisons relatives aux qualifications professionnelles* ». On peut dès lors comprendre que les **exigences relatives aux qualifications professionnelles restent régies par la directive 2005/36** et ne sont ainsi pas couvertes par la directive 2006/123. L'idée qui a présidé à l'élaboration de la directive 2006/123 était que cette directive ne devait pas empiéter sur les dispositions de la directive 2005/36³⁸ et ainsi ne pas entrer en conflit avec ses dispositions, ce que confirme l'article 3, paragraphe 1, sous d, de la directive 2006/123. Ce renvoi à la directive 2005/36 ne vaut que pour les restrictions relatives aux qualifications professionnelles et ne saurait être interprété comme signifiant que les activités professionnelles qui sont soumises à des exigences de qualification professionnelle échappent aux règles de la directive 2006/123 relatives aux prestations de services.

- matières couvertes par la directive 2006/43 concernant les contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés

84. L'article 17 de la directive 2006/123 fait référence « *aux matières couvertes par la directive 2006/43/CE* »³⁹ qui se rapporte aux contrôles légaux des comptes annuels et des comptes consolidés. Il s'agit d'une directive qui fixe des

³⁴ JOCE n° L 78 du 26 mars 1977, p. 17.

³⁵ Art. 17, 5).

³⁶ Art. 17, 6).

³⁷ JOUE n° L 255, du 30 septembre 2005, p. 22.

³⁸ Voir notamment le considérant 31 des motifs de la directive 2006/123.

³⁹ Directive du Parlement européen et du Conseil, du 17 mai 2006, JOUE n° L 157 du 9 juin 2006, p. 87.

règles en vue de l'agrément des contrôleurs légaux des comptes et des cabinets d'audit et qui leur impose des exigences de qualité et d'indépendance. L'article 2 de la directive fait référence au « *contrôleur légal des comptes* » qui est défini comme une personne physique agréée conformément à la directive par les autorités compétentes d'un Etat membre pour réaliser le contrôle légal des comptes et au « *cabinet d'audit* » qui est défini comme une personne morale ou toute autre entité qui est agréée conformément à la directive par les autorités d'un Etat membre pour réaliser des contrôles légaux des comptes. L'activité d'**expert-comptable** ne relève pas en tant que telle de la directive 2006/43, ce qui signifie qu'elle n'est pas exclue du champ de la directive 2006/123, ce que la Cour de justice a confirmé⁴⁰.

- activité réservée à une profession particulière

85. Parmi les exclusions partielles prévues à l'article 17 de la directive 2006/123, doit être relevée celle qui est relative « *aux exigences en vigueur dans l'Etat membre où le service est fourni, qui réservent une activité à une profession particulière* »⁴¹. Il pourrait s'agir de professions qui n'ont pas fait l'objet d'un lobbying assez important ou convaincant auprès des institutions de l'Union européenne au point d'être expressément exclues sur le fondement de l'article 2 ou de l'article 17, mais qui bénéficieraient finalement de cette échappatoire. La profession très singulière d'avoué près les cours d'appel en France pourrait, par exemple, bénéficier de cette disposition.

86. C'est en effet la **notion d'activité réservée à une profession particulière** qui pourrait justifier une exclusion de l'application de l'article 16 de la directive relatif à la libre prestation des services dans la mesure où le droit national réserve expressément aux membres de certaines professions certaines missions. Ainsi, l'article 17, point 6, de la directive 2006/123 pourrait être invoqué en vue de faire échapper certaines professions aux règles établies par cette directive en matière de libre prestation des services.

Conclusion relative à l'applicabilité de la directive 2006/123 aux différentes professions libérales

87. Il résulte de cette série d'exclusions totales et partielles que certaines professions libérales tombent totalement sous le coup de la directive : les professions d'architectes, d'experts-comptables, d'ingénieurs, d'ingénieurs-géomètres, de vétérinaires et de notaires non nommés par les pouvoirs publics. Certaines professions font l'objet d'une exclusion partielle : les avocats.

⁴⁰ CJUE, arrêt *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable* du 5 avril 2011, aff. C-119/09, non encore publié.

⁴¹ Art. 17, 6).

Certaines professions font l'objet d'une exclusion sous réserve d'être exercées à l'égard de patients : les professions de médecins, de dentistes, de pharmaciens, de chiropraticiens, de psychologues- psychothérapeutes et d'orthophonistes. Certaines professions font l'objet d'une exclusion totale : les professions exercées par les banquiers privés, les gérants de fortune, les notaires nommés par les pouvoirs publics.

88. A ce jour, la Cour de justice n'a statué directement sur l'interprétation de la directive 2006/123 qu'une seule fois, au sujet de restrictions applicables à la profession d'expert-comptable. La Cour a implicitement considéré que cette profession tombait sous le coup des dispositions de la directive 2006/123⁴². Elle est saisie de questions préjudicielles posées par le tribunal administratif régional de Lombardie au sujet des services de liquidation, d'établissement et de recouvrement⁴³ et de questions préjudicielles posées par la cour constitutionnelle belge relatives à l'application de plusieurs dispositions de la directive 2006/123⁴⁴.

B. Effets de la directive en fonction de son champ d'application variable

89. Les effets de la directive 2006/123 vont évidemment être très différents selon que l'activité considérée échappe totalement ou partiellement ou bien au contraire entre pleinement dans le champ d'application de la directive.

90. A supposer tout d'abord qu'une profession fasse l'objet d'une **dérogation ou d'une exemption totale du champ d'application de la directive 2006/123**, elle ne serait pas soumise aux règles de la directive. Le fait pour une profession d'échapper à l'emprise de la directive n'exempterait pas pour autant la profession de l'obligation de respecter les exigences des articles 49 et 56 du traité FUE, tels qu'interprétés par la jurisprudence. Les entraves, à supposer établies, pourraient toutefois être justifiées sur le fondement d'une raison impérieuse d'intérêt général.

91. A supposer ensuite qu'une profession ne fasse l'objet d'**aucune dérogation ou exclusion du champ d'application de la directive 2006/123**, l'ensemble des règles relatives à la libre prestation de services s'appliquerait à cette profession, qu'il s'agisse des règles imposant des obligations positives notamment en matière procédurale ou des règles qui imposent des obligations de ne pas faire.

⁴² CJUE, arrêt *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable* du 5 avril 2011, aff. C-119/09, non encore publié.

⁴³ Aff. C-357/10, C-358/10, C-359/10.

⁴⁴ Aff. C- 203/11.

92. A supposer enfin qu'une profession fasse l'objet d'une **dérogation partielle au titre de la directive 2006/123**, elle ne serait pas soumise aux règles générales de l'article 16 de la directive mais serait soumise aux autres règles concernant la liberté d'établissement et les mesures dites positives de nature procédurale. De surcroît, le fait pour une profession d'échapper à l'article 16 n'exempterait pas pour autant la profession de l'obligation de respecter les exigences de l'article 56 du traité FUE, relatif à la libre prestation de services, tel qu'interprété par la jurisprudence. Les entraves, à supposer établies, pourraient toutefois être justifiées sur le fondement d'une raison impérieuse d'intérêt général.

1) Hypothèse de non-applicabilité de la directive 2006/123 à une profession libérale

93. Dans l'hypothèse où la directive ne s'applique pas à une profession libérale, comme on l'a observé au sujet des professions exercées par les **banquiers privés**, les **gérants de fortune**, les **notaires nommés par les pouvoirs publics** et, lorsqu'elles sont exercées dans des rapports avec des patients, des professions de **médecins**, de **dentistes**, de **pharmaciens**, de **chiropraticiens**, de **psychologues-psychothérapeutes et d'orthophonistes**, il convient d'appliquer les règles du traité relatives au droit d'établissement (V. *infra* n° 94 et s.) et à la libre prestation des services (V. *infra* n° 113 et s.), c'est-à-dire les articles 49 et 56 du traité FUE qui prohibent en principe les restrictions à ces deux libertés. Des justifications aux restrictions à ces libertés pourront être envisagées, soit sur le fondement de l'article 52 du traité FUE, soit sur le fondement des raisons impérieuses d'intérêt général. De telles justifications ne pourront être reconnues que si la réglementation restrictive est apte à protéger l'intérêt en cause et n'est pas disproportionnée par rapport aux entraves créées (V. *infra* n° 109 et 110). On examinera successivement l'interdiction des entraves au droit d'établissement (a), l'interdiction des entraves à la libre prestation des services (b) et les obligations imposées par les directives relatives aux qualifications professionnelles (c).

a) interdiction des entraves au droit d'établissement

94. Il convient de rappeler que l'article 49 du traité FUE (ex-art. 43 du traité CE) est l'une des dispositions fondamentales du droit de l'Union⁴⁵. Il est reconnu comme étant d'effet direct depuis le 1^{er} janvier 1970⁴⁶. Il garantit le droit d'établissement dans un Etat membre de l'Union européenne aux ressortissants

⁴⁵ CJCE, arrêt *Reyners* du 26 juin 1974, aff. 2/74, Rec. 1974, p. 631, point 43 ; CJUE, arrêt *Commission c. Pays-Bas* du 1^{er} décembre 2011, aff. C-157/09, non encore publié, point 50.

⁴⁶ CJCE, arrêt *Reyners* du 26 juin 1974, aff. 2/74, Rec. 1974, p. 631, point 32.

des autres Etats membres qui entendent s'établir, à titre principal ou secondaire, pour y exercer une activité économique.

95. La liberté d'établissement reconnue aux ressortissants d'un Etat membre sur le territoire d'un autre Etat membre comporte notamment l'accès et l'exercice des activités non salariées dans des conditions définies par la législation de l'Etat membre d'établissement pour ses propres ressortissants⁴⁷. Ainsi cette liberté doit-elle assurer, en principe, le bénéfice du **traitement national** à tout ressortissant d'un Etat membre qui s'établit sur le territoire d'un autre Etat membre pour y exercer une activité non salariée⁴⁸.

96. La Cour de justice constate que la **notion d'établissement** est très large, en ce sens qu'elle implique la possibilité pour un ressortissant de l'Union européenne de « *participer, de façon stable et continue, à la vie économique d'un Etat membre autre que son Etat membre d'origine, et d'en tirer profit, favorisant ainsi l'interpénétration économique et sociale à l'intérieur de l'Union dans le domaine des activités non salariées* »⁴⁹.

97. L'interdiction des restrictions s'applique à la création d'agences, de succursales et de filiales⁵⁰. Relève également du droit d'établissement le maintien par une entreprise établie dans un Etat membre d'une présence permanente dans un autre Etat membre au moyen d'un simple bureau géré par une personne indépendante mais mandatée pour agir en permanence pour cette entreprise comme le ferait une agence⁵¹.

98. On peut observer que la jurisprudence de la Cour de justice n'impose plus, comme la lettre de l'article 43 du traité CE permettait de le considérer, d'établir une différence de traitement entre les nationaux et les ressortissants des autres Etats membres au détriment de ces derniers. La Cour de justice considère en effet que l'article 49 du traité FUE impose la **suppression des restrictions à la liberté d'établissement** et que doivent être considérées comme de telles restrictions « *toutes les mesures qui interdisent, gênent ou rendent moins attrayant l'exercice de cette liberté* »⁵², alors même que de telles restrictions

⁴⁷ CJCE, arrêt *Commission c. France* du 28 janvier 1986, aff. 270/83, Rec. 1986, p. 273, point 13 ; CJCE, arrêt *Commission c. Autriche* du 22 décembre 2008, aff. C-161/07, Rec. 2008, p. I-10671, point 27 ; CJCE, arrêt *Commission c. Belgique* du 24 mai 2011, aff. C-47/08, non encore publié, point 27 ; CJCE, arrêt *Commission c. Hongrie* du 1^{er} décembre 2011, aff. C-253/09, non encore publié, point 47.

⁴⁸ CJCE, arrêt *Commission c. France* du 28 janvier 1986, aff. 270/83, Rec. 1986, p. 273, point 14 ; CJUE, arrêt *Commission c. Pays-Bas* du 1^{er} décembre 2011, aff. C-157/09, non encore publié, point 53.

⁴⁹ CJCE, arrêt *Commission c. Autriche* du 22 décembre 2008, aff. C-161/07, Rec. 2008, p. I-10671, point 24, CJUE, arrêt *Commission c. Pays-Bas* du 1^{er} décembre 2011, aff. C-157/09, non encore publié, point 52.

⁵⁰ CJCE, arrêt *Gambelli et a.* du 6 novembre 2003, aff. C-243/01, Rec. 2003, p. I-13031, point 45.

⁵¹ CJCE, arrêt *Commission c. Allemagne* du 4 décembre 1986, aff. 205/84, Rec. 1986, p. 3755, point 21 ; CJUE, arrêt *Winner Wetten* du 8 septembre 2010, aff. C-409/06, non encore publié, point 46.

⁵² CJCE, arrêt *CaixaBank France* du 5 octobre 2004, aff. C-442/02, Rec. 2004, p. I-8961, point 11. Voir également CJCE, arrêt *Corporacion Dermostética* du 17 juillet 2008, aff. C-500/06, Rec. 2008, p. I-5785, point 32 ; CJCE, arrêt *Commission c. Portugal* du 22 octobre 2009, aff. C-438/08, Rec. 2009, p. I-10219, point 70 ; CJUE, arrêt *Commission c. France* du 16 décembre 2010, aff. C-89/09, non encore publié, point 44 ; CJUE, arrêt *National Grid Indus* du 29 novembre 2010, aff. C-371/10, non encore publié, point 36. Voir déjà antérieurement, suivant une formulation très proche, CJCE, arrêt *Gebhard* du 30 novembre 1995, aff. C-55/94, Rec. 1995, p. I-

s'appliqueraient « *sans discrimination tenant à la nationalité* »⁵³. Dans ces conditions, on ne peut exclure que les exigences d'accès à la plupart des professions libérales puissent être ressenties, dans certains cas, comme des entraves à l'exercice de ces professions par les personnes qui sont établies dans d'autres Etats membres. A supposer que de telles entraves soient déclarées contraires à l'article 49 du traité FUE, on serait alors amené à examiner les justifications possibles de telles entraves.

99. De même, bien que le libellé de l'article 49, alinéa 2, du traité FUE n'envisage que le bénéfice du traitement national dans l'Etat membre d'accueil, la Cour de justice a également appliqué l'interdiction des restrictions au droit d'établissement à la réglementation de l'Etat membre d'origine qui entrave l'établissement, dans un autre Etat membre, de l'un de ses ressortissants ou d'une société constituée en conformité de sa législation⁵⁴.

100. Le traité FUE prévoit qu'il peut être dérogé au droit d'établissement. Son article 52 envisage des mesures justifiées par « *des raisons d'ordre public, de sécurité publique, et de santé publique* ». D'interprétation stricte⁵⁵, l'article 52 n'est pas applicable de manière générale à la plupart des professions libérales en tant qu'aucune des trois raisons énoncées ne peut justifier de manière générale et *a priori* les restrictions à l'accès et à l'exercice des professions concernées. Cet article ne pourrait être invoqué à l'égard d'une personne d'un autre Etat membre que si elle constitue une menace réelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société⁵⁶.

101. La jurisprudence fait apparaître que l'objectif de protection de santé publique se détache des autres, son importance étant confirmée par l'article 168 du traité FUE et l'article 35 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne en vertu desquels un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans l'Union européenne⁵⁷. Cet objectif peut notamment consister à

4165, point 37 ; CJCE, arrêt *Mac Quen e.a.* du 1^{er} février 2001, aff. C-108/96, Rec. 2001, p. I-837, point 26 ; CJCE, arrêt *Payroll e.a.* du 17 octobre 2002, aff. C-79/01, Rec. 2002, p. I-8923, point 26.

⁵³ CJCE, arrêt *Hartlauer* du 10 mars 2009, aff. C-169/07, Rec. 2009, p. I-1721, point 31 ; CJUE, arrêt *Blanco Pérez et Chao Gomez* du 1er juin 2010, aff. jointes C-570/07 et C-571/07, Rec. 2010, p. I-4629, point 53 ; CJUE, arrêt *Commission c. France* du 16 décembre 2010, aff. C-89/09, non encore publié, point 44.

⁵⁴ CJCE, arrêt *Colombus Container Services* du 6 décembre 2007, aff. C-298/05, Rec. 2007, p. I-10451, point 33 ; CJCE, arrêt *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt* du 23 octobre 2008, aff. C-157/07, Rec. 2008, p. I-8061, point 29 ; CJCE, arrêt *Papillon* du 27 novembre 2008, aff. C-418/07, Rec. 2008, p. I-8947, point 16 ; CJUE, arrêt *SGI* du 21 janvier 2010, aff. C-311/08, Rec. 2010, p. I-487, point 39 ; CJUE, arrêt *CIBA* du 15 avril 2010, aff. C-96/08, Rec. 2010, p. I-2911, point 18 ; CJUE, arrêt *National Grid Indus* du 29 novembre 2010, aff. C-371/10, non encore publié, point 35.

⁵⁵ CJCE, arrêt *ERT* du 18 juin 1991, aff. C-260/89, Rec. 1991, p. I-2925, point 24 ; CJUE, arrêt *Commission c. Portugal* du 21 juillet 2011, aff. C-518/09, non encore publié, point 67.

⁵⁶ CJUE, arrêt *Commission c. Allemagne* du 21 janvier 2010, aff. C-546/07, Rec. 2010, p. I-439, point 49 ; CJUE, arrêt *Commission c. Portugal* du 21 juillet 2011, aff. C-518/09, non encore publié, point 67.

⁵⁷ CJUE, arrêt *Blanco Pérez et Chao Gomez* du 1er juin 2010, aff. jointes C-570/07 et C-571/07, Rec. 2010, p. I-4629, point 65 ; CJUE, arrêt *Commission c. France* du 16 décembre 2010, aff. C-89/09, non encore publié, point 41.

assurer un approvisionnement en médicaments de la population sûr et de qualité⁵⁸.

102. Seul l'article 52 du traité FUE pourrait justifier une mesure discriminatoire⁵⁹, mais il conviendrait encore de s'assurer que la restriction n'est pas disproportionnée et qu'elle est propre à assurer la réalisation de l'objectif invoqué en répondant véritablement au souci de l'atteindre de manière cohérente et systématique⁶⁰.

103. En l'absence de justifications issues du traité applicables à telle ou telle restriction imposée à l'accès et à l'exercice des professions libérales, il convient d'examiner les justifications prévues par la jurisprudence de la Cour de justice qui reconnaît des **raisons impérieuses d'intérêt général**. De telles justifications sont susceptibles de justifier, au même titre que les justifications prévues par le traité, sous certaines conditions limitativement énumérées, des entraves au droit d'établissement et à la libre prestation des services.

104. S'agissant de l'accès et de l'exercice de certaines activités non salariées, la Cour de justice considère qu'ils peuvent être soumis au respect des dispositions législatives, réglementaires ou administratives justifiées par l'intérêt général, « *telles que les règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité* »⁶¹. A ce titre, la Cour de justice a notamment reconnu que « *compte tenu de la nature particulière de certaines activités professionnelles, on ne saurait considérer comme incompatible avec le traité l'imposition d'exigences spécifiques motivées par l'application des règles régissant ces types d'activités* »⁶², de telles exigences étant qualifiées de « *raisons impérieuses* »⁶³.

105. Afin de pouvoir invoquer de telles raisons impérieuses d'intérêt général, il importe de **respecter plusieurs conditions cumulatives** pour lesquelles l'Etat membre mis en cause doit établir qu'elles sont satisfaites⁶⁴. Les mesures nationales d'organisation de la profession susceptibles d'entraver l'exercice du droit d'établissement et, plus largement, des libertés fondamentales garanties par le traité, doivent remplir quatre conditions aux termes d'une jurisprudence bien établie⁶⁵.

⁵⁸ CJUE, arrêt *Blanco Pérez et Chao Gomez* du 1er juin 2010, aff. jointes C-570/07 et C-571/07, Rec. 2010, p. I-4629, point 66.

⁵⁹ CJUE, arrêt *Commission c. Allemagne* du 21 janvier 2010, aff. C-546/07, Rec. 2010, p. I-439, point 48 ; CJUE, arrêt *Engelmann* du 8 septembre 2010, aff. C-64/08, non encore publié, point 34.

⁶⁰ CJUE, arrêt *Engelmann* du 8 septembre 2010, aff. C-64/08, non encore publié, point 35.

⁶¹ CJCE, arrêt *Gebhard* du 30 novembre 1995, aff. C-55/94, Rec. 1995, p. I-4165, point 35.

⁶² CJCE, arrêt *Ramrath* du 20 mai 1992, aff. C-106/91, Rec. 1992, p. I-3351, point 29.

⁶³ *Ibid.*, point 31.

⁶⁴ CJCE, arrêt *Commission c. Portugal* du 22 octobre 2009, aff. C-438/08, Rec. 2009, p. I-10219, point 47.

⁶⁵ CJCE, arrêt *Gebhard* du 30 novembre 1995, aff. C-55/94, Rec. 1995, p. I-4165, point 37. Voir également CJCE, arrêt *Reisebüro Broede* du 12 décembre 1996, aff. C-3/95, Rec. 1996, p. I-6511, point 28 ; CJCE, arrêt *SETTG* du 5 juin 1997, aff. C-398/95, Rec. 1997, p. I-3091, point 21 ; CJCE, arrêt *Commission c. Italie* du 15 janvier 2002, aff. C-439/99, Rec. 2002, p. I-305, point 23 ; CJCE, arrêt *Anomar et a* du 11 septembre 2003, aff.

106. Les conditions énoncées par la jurisprudence en vue de déroger à l'interdiction des entraves au droit d'établissement sont les suivantes : les mesures nationales d'organisation de la profession doivent s'appliquer de manière non discriminatoire, elles doivent se justifier par des raisons impérieuses d'intérêt général, elles doivent être propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et elles ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre.

107. S'agissant de la **première condition** tenant au caractère non discriminatoire de la réglementation, elle doit être satisfaite à plusieurs titres, aussi bien en ce qui concerne la nationalité des personnes concernées que les diplômes requis ou encore de l'Etat membre d'établissement des entreprises auxquelles la réglementation s'adresse⁶⁶.

108. S'agissant de la **deuxième condition** tenant à la justification, il y a lieu de s'assurer que la raison invoquée correspond à une raison impérieuse d'intérêt général reconnue par la jurisprudence. Sont considérées comme telles les raisons suivantes : la nécessité de protéger le public contre l'utilisation trompeuse de titres universitaires acquis en dehors du territoire de l'Etat membre concerné⁶⁷ ; la nécessité d'assurer un haut niveau de l'enseignement universitaire⁶⁸ ; les règles professionnelles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité⁶⁹ ; la protection des travailleurs⁷⁰ ; la protection sociale des victimes d'accidents de la route, soit la garantie d'une indemnisation adéquate des victimes de la route⁷¹ ; la défense et la promotion d'une langue officielle d'un Etat membre⁷² ; la protection de la propriété industrielle et commerciale⁷³ ; la sélection des meilleurs candidats dans les conditions les plus objectives possibles, par exemple lors du recrutement d'un directeur d'hôpital⁷⁴ ; la nécessité d'assurer la fiabilité de la communication d'un professionnel avec ses clients et avec les autorités administratives en imposant des exigences linguistiques⁷⁵ ; l'efficacité des

C-6/01, Rec. 2003, p. I-8621, point 86 ; CJCE, arrêt *Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Pueros* du 19 janvier 2006, aff. C-330/03, Rec. 2006, p. I-801, point 30 ; CJCE, arrêt *Corporacion Dermoestética* du 17 juillet 2008, aff. C-500/06, Rec. 2008, p. I-5785, point 35 ; CJUE, arrêt *Commission c. Portugal* du 21 juillet 2011, aff. C-518/09, non encore publié, point 64.

⁶⁶ CJCE, arrêt *Corporacion Dermoestética* du 17 juillet 2008, aff. C-500/06, Rec. 2008, p. I-5785, point 36.

⁶⁷ CJCE, arrêt *Kraus* du 31 mars 1993, aff. C-19/92, Rec. 1993, p. I-1663, point 35.

⁶⁸ CJCE, arrêt *Neri* du 13 novembre 2003, aff. C-153/02, Rec. 2003, p. I-13555, point 46.

⁶⁹ CJCE, arrêt *Thieffry* du 28 avril 1977, aff. 71/76, Rec. 1977, p. 765, point 12 ; CJCE, arrêt *Gebhard* du 30 novembre 1995, aff. C-55/94, Rec. 1995, p. I-4165, point 35 ; CJCE, arrêt *Reisebüro Broede* du 12 décembre 1996, aff. C-3/95, Rec. 1996, p. I-6511, point 38 ; CJCE, arrêt *Wouters e.a.* du 19 février 2002, aff. C-309/99, Rec. 2002, p. I-1577, point 97 ; CJUE, arrêt *Idryma Typou AE* du 21 octobre 2010, aff. C-81/09, non encore publié, point 63.

⁷⁰ CJCE, arrêt *Payroll data services* du 17 octobre 2002, aff. C-79/01, Rec. 2002, p. I-8939, point 31 ; CJCE, arrêt *Viking Lines* du 11 décembre 2007, aff. C-438/05, Rec. 2007, p. I-10779, point 77.

⁷¹ CJCE, arrêt *Commission c. Italie* du 28 avril 2009, aff. C-518/06, Rec. 2009, p. I-3491, points 73 et 74.

⁷² CJCE, arrêt *Uteca* du 5 mars 2009, aff. C-222/07, Rec. 2009, p. I-1407 point 27.

⁷³ CJCE, arrêt *Pfeiffer* du 11 mai 1999, aff. C-255/97, Rec. 1999, p. I-2835, points 21 à 23.

⁷⁴ CJCE, arrêt *Burbaud* du 9 septembre 2003, aff. C-285/01, Rec. 2003, p. I-8219, point 103.

⁷⁵ CJCE, arrêt *Salomoné Haim* du 4 juillet 2000, aff. C-424/97, Rec. 2000, p. I-5148, points 59 à 60.

contrôles fiscaux⁷⁶ ; le maintien de la cohérence du régime fiscal national⁷⁷ ; la lutte contre l'évasion fiscale⁷⁸ ; la préservation de la répartition du pouvoir d'imposition entre les Etats membres⁷⁹ ; le principe de territorialité⁸⁰ ; le respect du principe de transparence, en particulier dans l'attribution d'une concession relative à la gestion d'un service public⁸¹ ; la lutte contre des pratiques abusives⁸² ; la protection des créanciers ou des associés

⁷⁶ CJCE, arrêt *Futura Participations SA et Singer* du 15 mai 1997, aff. C-250/95, Rec. 1997, p. I-2471, point 31 ; CJCE, arrêt *Baxter* du 8 juillet 1999, aff. C-254/97, Rec. 1999, p. I-4809, point 18 ; CJCE, arrêt *X et Y* du 21 novembre 2002, aff. C-436/00, Rec. 2002, p. I-10829, point 51 ; CJCE, arrêt *SEVIC Systems AG* du 13 décembre 2005, aff. C-411/03, Rec. 2005, p. I-10805, point 28 ; CJCE, arrêt *Commission c. Danemark* du 30 janvier 2007, aff. C-150/04, Rec. 2007, p. I-1163, point 51 ; CJCE, arrêt *Raffaele Talotta* du 22 mars 2007, aff. C-383/05, Rec. 2007, p. I-2555, point 35 ; CJCE, arrêt *Heinrich Bauer Verlag* du 2 octobre 2008, aff. C-360/06, Rec. 2008, p. I-7333, point 40 ; CJUE, arrêt *Schmelz* du 26 octobre 2010, aff. C-97/09, non encore publié, point 57.

⁷⁷ CJCE, arrêt *Bachmann* du 28 janvier 1992, aff. C-204/90, Rec. 1992, p. I-249, pt 28 ; CJCE, arrêt *Baars* du 13 avril 2000, aff. C-251/98, Rec. 2000, p. I-2787, point 37 ; CJCE, arrêt *X et Y* du 21 novembre 2002, aff. C-436/00, Rec. 2002, p. I-10829, point 51 ; CJCE, arrêt *Lankhorst-Hohorst* du 12 décembre 2002, aff. C-324/00, Rec. 2002, p. I-11779, point 40 ; CJCE, arrêt *Manninen* du 7 septembre 2004, aff. C-319/02, Rec. 2004, p. I-7477, point 42 ; CJCE, arrêt *Keller Holding* du 23 février 2006, aff. C-471/04, Rec. 2006, p. I-2107, point 40 ; CJCE, arrêt *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* du 13 mars 2007, aff. C-524/04, Rec. 2007, p. I-2107, point 68 ; CJCE, arrêt *Rewe Zentralfinanz* du 29 mars 2007, aff. C-347/04, Rec. 2007, p. I-2647, point 62 ; CJCE, arrêt *Amurta* du 8 novembre 2007, aff. C-379/05, Rec. 2007, p. I-9569, point 46 ; CJCE, arrêt *Deutsche Shell* du 28 février 2008, aff. C-293/06, Rec. 2008, p. I-1129, point 37 ; CJCE, arrêt *Heinrich Bauer Verlag* du 2 octobre 2008, aff. C-360/06, Rec. 2008, p. I-7333, point 35 ; CJCE, arrêt *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy* du 18 juin 2009, aff. C-303/07, Rec. 2009, p. I-5145, point 71. Pour qu'un tel argument justificatif puisse être admis, la Cour de justice a considéré qu'il faut que soit établie l'existence d'un lien direct entre l'avantage fiscal concerné et la compensation de cet avantage par un prélèvement fiscal déterminé. En outre, le caractère direct d'un tel lien doit être établi, au regard de l'objectif poursuivi par la réglementation fiscale en cause, au niveau des contribuables concernés par une corrélation rigoureuse entre l'élément de déductibilité et celui afférent à l'imposition.

⁷⁸ CJCE, arrêt *X et Y* du 21 novembre 2002, aff. C-436/00, Rec. 2002, p. I-10829, points 60 à 63 ; CJCE, arrêt *Lankhorst-Hohorst* du 12 décembre 2002, aff. C-324/00, Rec. 2002, p. I-11779, points 34 à 38 ; CJCE, arrêt *Lenz* du 15 juillet 2004, aff. C-315/02, Rec. 2004, p. I-7063, point 27 ; CJCE, arrêt *Marks & Spencer* du 13 décembre 2005, aff. C-446/03, Rec. 2005, p. I-10837, point 49 ; CJCE, arrêt *Commission c. Danemark* du 30 janvier 2007, aff. C-150/04, Rec. 2007, p. I-1163, point 51 ; CJCE, arrêt *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy* du 18 juin 2009, aff. C-303/07, Rec. 2009, p. I-5145, point 63.

⁷⁹ La préservation de la répartition du pouvoir d'imposition entre les Etats membres peut rendre nécessaire l'application, aux activités économiques des sociétés établies dans l'un desdits Etats, des seules règles fiscales de celui-ci, pour ce qui est tant des bénéfices que des pertes. Donner aux sociétés la faculté d'opter pour la prise en compte de leurs pertes dans l'Etat membre où se situe leur établissement ou dans un autre Etat membre pourrait en effet compromettre sensiblement une répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les Etats membres, l'assiette d'imposition se trouvant augmentée dans le premier Etat et diminuée dans le second, à concurrence des pertes transférées, voir notamment CJCE, arrêt *Marks & Spencer* du 13 décembre 2005, aff. C-446/03, Rec. 2005, p. I-10837, points 45 et 46 ; CJCE, arrêt *Rewe Zentralfinanz* du 29 mars 2007, aff. C-347/04, Rec. 2007, p. I-2647, point 41 ; CJCE, arrêt *Oy AA* du 18 juillet 2007, aff. C-231/05, Rec. 2007, p. I-6373, points 53 à 56 ; CJCE, arrêt *Lidl Belgium* du 15 mai 2008, aff. C-414/06, Rec. 2008, p. I-3601, points 31 et 32 ; CJCE, arrêt *Aberdeen Property Fininvest Alpha Oy* du 18 juin 2009, aff. C-303/07, Rec. 2009, p. I-5145, points 66 à 70 ; CJUE, arrêt *Société de Gestion Industrielle SA (SGI)* du 10 janvier 2010, aff. C-311/08, Rec. 2010, p. I-487, points 62 à 64 ; CJUE, arrêt *X Holding* du 25 février 2010, aff. C-337/08, Rec. 2010, p. I-1215, points 28 à 33.

⁸⁰ CJCE, arrêt *Futura Participations SA et Singer* du 15 mai 1997, aff. C-250/95, Rec. 1997, p. I-2471, point 22 ; CJCE, arrêt *Keller Holding* du 23 février 2006, aff. C-471/04, Rec. 2006, p. I-2107, point 44.

⁸¹ CJCE, arrêt *Coname* du 21 juillet 2005, aff. C-231/03, Rec. 2005, p. I-7287, point 28.

⁸² CJCE, arrêt *Cadbury Schweppes* du 12 septembre 2006, aff. C-196/04, Rec. 2006, p. I-7995, points 55 à 59 ; CJCE, arrêt *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* du 13 mars 2007, aff. C-524/04, Rec. 2007, p. I-2107, points 74 et 75 ; CJCE, arrêt *Oy AA* du 18 juillet 2007, aff. C-231/05, Rec. 2007, p. I-6373, point 62 ; CJCE, arrêt *Lammers & Van Cleeff* du 17 janvier 2008, aff. C-105/07, Rec. 2008, p. I-173, points 26 à 28.

minoritaires⁸³ ; la survie des petites et moyennes entreprises et le maintien de l'emploi dans celles-ci⁸⁴ ; la protection des droits acquis d'une catégorie de personnes⁸⁵ ; la santé publique⁸⁶ ; l'intérêt général lié à la protection des destinataires des services, et plus généralement des consommateurs, par exemple contre un préjudice qu'ils pourraient subir du fait de services fournis par des personnes qui n'auraient pas les qualifications professionnelles ou morales nécessaires⁸⁷ ; l'intérêt de limiter l'exploitation de la passion des êtres humains pour le jeu⁸⁸ ; la promotion du tourisme⁸⁹ ; la nécessité d'encourager la recherche et le développement⁹⁰ ; la protection du patrimoine génétique des bovins de race pure⁹¹ ; la politique de sécurité routière⁹² ; l'aménagement du territoire⁹³ ; l'encouragement à la construction de logement sur le territoire national⁹⁴ ; la protection de l'environnement⁹⁵ ; l'objectif de maintenir un service médical de qualité, équilibré et accessible à tous et l'objectif consistant à prévenir un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale⁹⁶.

109. S'agissant de la **troisième condition** consistant à vérifier que la réglementation est propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit, il s'agit de se demander non seulement si elle est apte à protéger l'intérêt général invoqué mais également si les exigences qu'elle édicte sont « *objectivement nécessaires en vue de garantir l'observation des règles professionnelles et*

⁸³ CJCE, arrêt *Überseering* du 5 novembre 2002, aff. C-208/00, Rec. 2002, p. I-9919, points 87 et 92 ; CJCE, arrêt *SEVIC Systems* du 13 décembre 2005, aff. C-411/03, Rec. 2005, p. I-10805, point 28.

⁸⁴ CJCE, arrêt *Geurts et Vogten* du 25 octobre 2007, aff. C-464/05, Rec. 2007, p. I-9325, point 26.

⁸⁵ CJCE, arrêt *Commission c. Allemagne* du 6 décembre 2007, aff. C-456/05, Rec. 2007, p. I-10517, point 63 ; CJUE, arrêt *Hennigs* du 8 septembre 2011, aff. jtes C-297/10 et C-298/10, non encore publié, point 90.

⁸⁶ CJCE, arrêt *Mc Quen* du 1^{er} février 2001, aff. C-108/96, Rec. 2001, p. I-837, points 28 à 30 ; CJCE, arrêt *Commission c. Italie* du 19 mai 2009, aff. C-531/06, Rec. 2009, p. I-4103, point 51 ; CJCE, arrêt *Apothekerkammer des Saarlandes et al* du 19 mai 2009, aff. jtes C-171/07 et C-172/07, Rec. 2009, p. I-4171, point 27. La santé publique apparaît à la fois comme un motif de justification inscrit à l'article 52 du traité FUE et comme une raison impérieuse d'intérêt général de source jurisprudentielle.

⁸⁷ CJCE, arrêt *Anomar* du 11 septembre 2003, aff. C-6/01, Rec. 2003, p. I-8621, point 73 ; CJCE, arrêt *Colegio de Ingenieros de Caminos* du 19 janvier 2006, aff. C-330/03, Rec. 2006, p. I-801, point 32 ; CJCE, arrêt *Servizi du Ausiliari Dottori Commercialisti* 30 mars 2006, aff. C-451/03, Rec. 2006, p. I-2941, point 38 ; CJUE, arrêt *Attanasio Group* du 11 mars 2010, aff. C-384/08, Rec. 2010, p. I-2055, point 56 ; CJUE, arrêt *Commission c. Espagne* du 24 mars 2011, aff. C-400/08, non encore publié, point 74.

⁸⁸ CJUE, arrêt *Stoss* du 8 septembre 2010, aff. C-316/07, non encore publié, point 75 et les références citées.

⁸⁹ CJUE, arrêt *Yellow Cab* du 22 décembre 2010, aff. C-338/09, non encore publié, point 50.

⁹⁰ CJCE, arrêt *Commission c. Espagne* du 13 mars 2008, aff. C-248/06, Rec. 2008, p. I-47, point 33. A noter toutefois que la Cour de justice a précisé, en se référant à l'arrêt *Laboratoires Fournier* rendu en 2005 en matière de libre prestation de services, que « *l'incitation fiscale liée à la réalisation de l'investissement dans l'Etat membre qui octroie l'avantage fiscal était directement contraire à l'objectif de la politique communautaire dans le domaine de la recherche et du développement technologique* », point 33 des motifs de l'arrêt, se référant au point 23 des motifs de l'arrêt *Laboratoires Fournier*, aff. C-39/04, Rec. 2005, p. I-2057.

⁹¹ CJCE, arrêt *Commission c. France* du 17 juillet 2008, aff. C-389/05, Rec. 2008, p. I-5337, points 73 à 81.

⁹² CJCE, arrêt *Commission c. Portugal* du 22 octobre 2009, aff. C-438/08, Rec. 2009, p. I-10219, point 48 ; CJUE, arrêt *Yellow Cab* du 22 décembre 2010, aff. C-338/09, non encore publié, point 50.

⁹³ CJUE, arrêt *Commission c. Espagne* du 24 mars 2011, aff. C-400/08, non encore publié, point 74.

⁹⁴ CJCE, arrêt *Commission c. Allemagne* du 17 janvier 2008, aff. C-152/05, Rec. 2008, p. I-39, point 27.

⁹⁵ CJUE, arrêt *Yellow Cab* du 22 décembre 2010, aff. C-338/09, non encore publié, point 50 ; CJUE, arrêt *Commission c. Espagne* du 24 mars 2011, aff. C-400/08, non encore publié, point 74.

⁹⁶ CJCE, arrêt *Hartlauer* du 10 mars 2009, aff. C-169/07, Rec. p. I-1721, point 33 et ss.

d'assurer la protection du destinataire des services »⁹⁷ et si la législation « répond véritablement au souci de l'atteindre d'une manière cohérente et systématique »⁹⁸. Il incombe, en principe, à la juridiction nationale, sous le contrôle de la Cour de justice, de vérifier ce point⁹⁹ mais il arrive que la Cour de justice prenne position sur ce point en vue de relever une incohérence¹⁰⁰. Ainsi, par exemple, une réglementation imposant à tout médecin s'installant en Haute-Autriche d'ouvrir un compte bancaire auprès d'une banque déterminée a été jugée contraire à l'article 56 du traité FUE au motif qu'elle n'était pas justifiée par les raisons d'intérêt général invoquées¹⁰¹. La jurisprudence nous confirme que l'appréciation de cette condition ne suffit pas à considérer le droit national comme fondé¹⁰². Dès lors, il importe encore de s'assurer qu'il ne va pas au-delà du nécessaire pour atteindre un tel objectif.

110. S'agissant de la **quatrième condition**, il convient, en effet, que l'intérêt n'ait pas déjà été assuré par des règles de l'Etat où le ressortissant de l'Union est déjà établi et que « *le même résultat ne peut pas être obtenu par des règles moins contraignantes* »¹⁰³, ce que rappelle l'article 9, paragraphe 1, point c, de la directive 2006/123. Autrement dit, la réglementation ne doit pas créer d'entraves disproportionnées. Cette exigence doit être appréciée de manière classique, au regard de l'objectif reconnu, mais également, de manière plus originale au regard des atteintes à la liberté de circulation provoquées par la réglementation, ce qui suppose effectivement de prendre en considération le niveau de protection déjà atteint en vertu du droit applicable et d'envisager des mesures moins entravantes. Ainsi, s'il apparaît que les exigences de la réglementation mise en cause font « *double emploi avec les justifications et les garanties exigées dans l'Etat membre d'établissement* »¹⁰⁴, elles seront considérées comme étant disproportionnées. Il en ira de même d'une réglementation d'un Etat membre qui exclut de manière catégorique des opérateurs ayant leur siège dans un autre Etat membre, étant observé qu'il existe des mesures nationales pour vérifier si l'exploitation d'établissements est conforme aux exigences de l'Etat membre mis en cause¹⁰⁵. La recherche de mesures alternatives se rapporte à des mesures qui

⁹⁷ CJCE, arrêt *Säger* du 25 juillet 1991, aff. C-76/90, Rec. 1991, p. I-4221, point 15 ; CJCE, arrêt *Parodi* du 9 juillet 1997, aff. C-222/95, Rec. 1997, p. I-3899, point 21.

⁹⁸ CJCE, arrêt *Hartlauer* du 10 mars 2009, aff. C-169/07, Rec. 2009, p. I-1721, point 55. Voir également CJCE, arrêt *Placanica et a.* du 6 mars 2007, aff. C-338/04, C-359/04 et C-360/04, Rec. 2007, p. I-1891, points 53 et 58 ; CJUE, arrêt *Commission c. France* du 16 décembre 2010, aff. C-89/09, non encore publié, point 70.

⁹⁹ CJCE, arrêt *Finalarte et a.* du 25 octobre 2001, aff. jointes C-49/98, C-50/98, C-52/98 à C-54/98 et C-68/98 à C-71/98, Rec. 2001, p. I-7831, point 41 ; CJCE, arrêt *Portugaia Construções* du 24 janvier 2002, aff. C-164/99, Rec. 2002, p. I-787, point 28.

¹⁰⁰ CJCE, arrêt *Corporacion Dermoestética* du 17 juillet 2008, aff. C-500/06, Rec. 2008, p. I-5785, point 39.

¹⁰¹ CJCE, arrêt *Commission c. Autriche* du 25 juin 2009, aff. C-356/08, Rec. 2009, p. I-108*, point 40 et ss.

¹⁰² CJCE, arrêt *Commission c. Italie* du 13 février 2003, aff. C-131/01, Rec. 2003, p. I-1659, point 32.

¹⁰³ CJCE, arrêt *Commission c. Allemagne* du 4 décembre 1986, aff. 205/84, Rec. 1986, p. 3755, point 29 ; CJCE, arrêt *Commission c. France* du 26 février 1991, aff. C-154/89, Rec. 1991, p. I-659, point 15 ; CJCE, arrêt *Arblade et a.* du 23 novembre 1999, aff. jointes C-369/96 et C-376/96, Rec. 1999, p. I-8453, point 39.

¹⁰⁴ CJUE, arrêt *Commission c. Portugal* du 18 novembre 2010, aff. C-458/08, non encore publié, point 100 ; CJUE, arrêt *Commission c. Portugal* du 21 juillet 2011, aff. C-518/09, non encore publié, point 81.

¹⁰⁵ CJUE, arrêt *Engelmann* du 8 septembre 2010, aff. C-64/08, non encore publié, points 37 à 40.

permettent d'atteindre l'objectif de manière aussi efficace que celles qui ont été mises en cause¹⁰⁶.

111. La jurisprudence fait apparaître que les réglementations jugées non disproportionnées et ainsi admissibles par la Cour de justice n'empêchaient pas totalement la fourniture d'une prestation d'un opérateur vers un autre opérateur économique, étant observé que d'autres techniques que celle interdite étaient autorisées¹⁰⁷. A l'inverse, les réglementations qui imposent des exigences trop contraignantes sont en principe jugées disproportionnées par la Cour de justice dès lors qu'elles dépassent « *la mesure du nécessaire pour atteindre l'objectif recherché* »¹⁰⁸.

112. L'appréciation est réalisée *in fine* par le juge national. La Cour de justice n'est pas en mesure de procéder à toutes les appréciations nécessaires. Les limites de sa compétence sur renvoi préjudiciel lui imposent de surcroît de ne pas se prononcer sur l'interprétation d'éléments de droit national. Aussi considère-t-elle en principe qu'« *il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier* » si les dispositions en cause sont nécessaires et proportionnées¹⁰⁹.

b) interdiction des entraves à la libre prestation des services

113. S'agissant de l'application de l'article 56 du traité FUE, on rappellera que cet article garantit la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union européenne à l'égard des ressortissants des Etats membres établis dans un autre Etat membre que celui du destinataire de la prestation. Cet article est, comme l'article 49 du traité FUE, considéré comme étant d'effet direct depuis le 1^{er} janvier 1970¹¹⁰, et lie à ce titre toutes les autorités des Etats membres, y compris les autorités administratives et juridictionnelles sans qu'il soit besoin de mesures nationales d'exécution¹¹¹.

114. L'article 56 du traité FUE, au même titre que l'article 49 FUE, ne vise pas seulement l'action des autorités publiques mais s'étend à des réglementations d'une autre nature qui régissent, de manière collective, le travail indépendant et les prestations de service, la forme de telles réglementations pouvant consister en des actes conclus ou adoptés par des personnes privées¹¹². De même, il se

¹⁰⁶ CJUE, arrêt *Commission c. France* du 16 décembre 2010, aff. C-89/09, non encore publié, points 80 à 87.

¹⁰⁷ Voir particulièrement CJCE, arrêt *Alpine Investments* du 10 mai 1995, aff. C-384/93, Rec. 1995, p. I-1141, point 54 ; CJCE, arrêt *Smits et Peerbooms* du 12 juillet 2001, aff. C-157/99, Rec. 2001, p. I-5473, point 103 et ss.

¹⁰⁸ CJCE, arrêt , *Ambry* du 1^{er} décembre 1998, aff. C-410/96, Rec. 1998, p. I-7875, point 35. Voir également, suivant une formulation analogue, CJCE, arrêt *De Coster* du 29 novembre 2001, aff. C-17/00, Rec. 2001, p. I-9445, point 37 ; CJCE, arrêt *Cura Anlagen* du 21 mars 2003, aff. C-451/99, Rec. 2003, p. I-3193, point 47 ; CJCE, arrêt *Commission c. Allemagne* du 19 janvier 2006, aff. C-244/04, Rec. 2006, p. I-885, point 46.

¹⁰⁹ CJCE, arrêt *De Agostini et TV-Shop* du 9 juillet 1997, aff. C-34/95, C-35/95 et C-36/95, Rec. 1997, p. I-3843, point 52.

¹¹⁰ CJCE, arrêt *Van Binsbergen* du 3 décembre 1974, aff. 33/74, Rec. 1974, p. 1299, point 27.

¹¹¹ CJCE, arrêt *Commission c. France* du 5 octobre 2010, aff. C-512/09, non encore publié, point 53.

¹¹² CJCE, arrêt *Commission c. Autriche* du 25 juin 2009, , aff. C-356/08, Rec. 2009, p. I-108*, point 48.

peut que les restrictions imposées par une réglementation trouvent leur source dans des contrats conclus entre des opérateurs et des clients, la réglementation conférant une protection juridique et imposant le respect de conditions sous peine de sanctions civiles et pécuniaires¹¹³.

115. Il apparaît que la notion de restriction à la libre prestation des services est entendue largement par la jurisprudence. Elle s'applique aussi bien à une réglementation qui restreint directement l'activité du prestataire qu'à une réglementation qui la restreint indirectement en visant un intermédiaire¹¹⁴. L'article 56 du traité FUE s'oppose à toute réglementation nationale qui a pour effet de rendre la prestation de services entre les Etats membres plus difficile que la prestation purement interne à un Etat membre¹¹⁵.

116. Il apparaît que cette liberté ne vise pas seulement les réglementations opérant une **discrimination fondée sur la nationalité** mais peut s'appliquer à une **réglementation indistinctement applicable** aux personnes physiques ou morales établies dans l'Etat membre auteur de la réglementation et à celles établies dans d'autres Etats membres. Dans une jurisprudence initiée dans un arrêt *Säger* de 1991¹¹⁶, la Cour de justice considère que l'article 56 du traité FUE, « exige non seulement l'élimination de toute discrimination à l'encontre du prestataire de services établi dans un autre Etat membre en raison de sa nationalité, mais également la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres Etats membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber, à gêner ou à rendre moins attrayantes les activités du prestataire établi dans un autre Etat membre, où il fournit légalement des services analogues »¹¹⁷.

¹¹³ CJUE, arrêt *Football Association Premier League et a.* du 4 octobre 2011, aff. jtes C-403/08 et C-429/08, non encore publié, point 88.

¹¹⁴ CJCE, arrêt *Schindler* du 24 mars 1994, aff. C-275/92, Rec. 1994, p. I-1039, point 44 ; CJCE, arrêt *Zenatti* du 21 octobre 1999, aff. C-67/98, Rec. 1999, p. I-7289, point 27.

¹¹⁵ CJCE, arrêt *Mobistar et Belgacom Mobile* du 8 septembre 2005, aff. jtes C-544/03 et C-545/03, Rec. 2005, p. I-7721, point 30 ; CJCE, arrêt *Commission c. Italie* du 18 juillet 2007, aff. C-134/05, Rec. 2007, p. I-6251, point 70 ; CJUE, arrêt *Tankreederei I* du 22 décembre 2010, aff. C-287/10, non encore publié, point 15 ; CJUE, arrêt *Commission c. Autriche* du 29 septembre 2011, aff. C-397/10, non encore publié, point 20.

¹¹⁶ CJCE, arrêt *Säger* du 25 juillet 1991, aff. C-76/90, Rec. 1991, p. I-4221, point 12. Selon une formulation réitérée dans CJCE, arrêt *Vander Elst* du 9 août 1994, aff. C-43/93, Rec. 1994, p. I-3803, point 14.

¹¹⁷ Formulation légèrement modifiée issue d'une jurisprudence désormais constante : CJCE, arrêt *Guiot* du 28 mars 1996, aff. C-272/94, Rec. 1996, p. I-1905, point 10 ; CJCE, arrêt *Arblade et a.* du 23 novembre 1999, aff. jointes C-369/96 et C-376/96, Rec. 1999, p. I-8453, point 33 ; CJCE, arrêt *Corsten* du 3 octobre 2000, aff. C-58/98, Rec. 2000, p. I-7917, point 33 ; CJCE, arrêt *Mazzoleni et ISA* du 15 mars 2001, aff. C-165/98, Rec. 2001, p. I-2189, point 22 ; CJCE, arrêt *Finalarte et a.* du 25 octobre 2001, aff. jointes C-49/98, C-50/98, C-52/98 à C-54/98 et C-68/98 à C-71/98, Rec. 2001, p. I-7831, point 28 ; CJCE, arrêt *Portugaia Construções* du 24 janvier 2002, aff. C-164/99, Rec. 2002, p. I-787, point 16 ; CJCE, arrêt *Commission c. Italie* du 13 février 2003, aff. C-131/01, Rec. 2003, p. I-1659, point 26 ; CJCE, arrêt *Viacom Outdoor* du 17 février 2005, aff. C-134/03, Rec. 2005, p. I-1167, point 35 ; CJCE, arrêt *Commission c. Allemagne* du 19 janvier 2006, aff. C-244/04, Rec. 2006, p. I-885, point 30 ; CJCE, arrêt *Cipolla* du 5 décembre 2006, aff. jointes C-94/04 et C-202/04, Rec. 2006, p. I-11421, point 56 ; CJCE, arrêt *Commission c. Autriche* du 11 juin 2009, aff. C-564/07, Rec. 2009, p. I-100*, point 30 ; CJUE, arrêt *Dos Santos Palhota et a.* du 7 octobre 2010, aff. C-515/08, non encore publié, point 29 ; CJUE, arrêt *Commission c. Portugal* du 18 novembre 2010, aff. C-458/08, non encore publié, point 83 ; CJUE, arrêt *Commission c. Portugal* du 21 juillet 2011, aff. C-518/09, non encore publié, point 56.

117. Des restrictions indistinctement applicables, tenant par exemple aux méthodes de recouvrement des créances, sont ainsi tombées sous le coup de l'interdiction des restrictions à la libre prestation des services¹¹⁸. La Cour de justice se demande, aux fins de l'application de l'article 56 du traité FUE, si une réglementation est « *susceptible de constituer une restriction à la libre prestation des services transfrontaliers* »¹¹⁹ ou encore si elle est « *apte à entraver le commerce intracommunautaire des services* »¹²⁰. Cette jurisprudence s'explique par le fait que cet article s'oppose à l'application de toute réglementation nationale qui « *entrave la possibilité pour un prestataire de services d'exercer effectivement cette liberté* »¹²¹.

118. Dans ces conditions, il n'est pas exclu que les règles nationales relatives à l'exercice des professions libérales puissent entraver ponctuellement l'exercice de la prestation de service d'une personne établie sur le territoire d'un autre Etat membre ou bien encore décourager des entreprises nationales de fournir des services dans un autre Etat membre dans une mesure contraire à l'article 56 du traité FUE. Il conviendrait alors d'appliquer les justifications reconnues par le traité et la jurisprudence.

119. On a vu qu'une entrave non discriminatoire pouvait être **justifiée** sur le fondement d'une raison prévue par le traité ou d'une raison impérieuse d'intérêt général dès lors que quatre conditions cumulatives étaient remplies. Le constat opéré en matière de droit d'établissement (V. *supra* n° 105 à 110) est pleinement transposable ici¹²², ce qui signifie qu'une éventuelle entrave à la libre prestation de services pourrait être justifiée sous réserve de respecter les conditions cumulatives imposées par la jurisprudence. Comme l'a observé la Cour de justice, ces exigences s'appliquent alors même que la directive 2006/123 ne s'appliquerait pas à une réglementation nationale mise en cause¹²³.

c) respect des obligations imposées par les directives relatives aux qualifications professionnelles

120. Aux dispositions des articles 49 et 56 du traité FUE, il convient d'ajouter les dispositions de droit dérivé applicables spécifiquement à certaines professions ou activités relevant de ces professions ainsi que les dispositions

¹¹⁸ CJCE, arrêt *Reisebüro* du 12 décembre 1996, aff. C-3/95, Rec. 1996, p. I-6511, points 25 à 27.

¹¹⁹ CJCE, arrêt *Alpine Investments* du 10 mai 1995, aff. C-384/93, Rec. 1995, p. I-1141, point 28, c'est nous qui soulignons.

¹²⁰ CJCE, arrêt *Alpine Investments* du 10 mai 1995, aff. C-384/93, Rec. 1995, p. I-1141, point 38, c'est nous qui soulignons.

¹²¹ CJCE, arrêt *Safir* du 28 avril 1998, aff. C-118/96, Rec. 1998, p. I-1897, point 22, c'est nous qui soulignons.

¹²² CJCE, arrêt *Commission c. Autriche* du 11 juin 2009, aff. C-564/07, Rec. 2009, p. I-100*, point 31 ; CJCE, arrêt *Commission c. Belgique* du 1er octobre 2009, aff. C-219/08, Rec. 2009, p. I-9213, point 14 ; CJCE, arrêt *Presidente del Consiglio dei Ministri* du 17 novembre 2009, aff. C-169/08, Rec. 2009, p. I-10821, point 42 ; CJUE, arrêt *Tankreederei I* du 22 décembre 2010, aff. C-287/10, non encore publié, point 19 ; CJUE, arrêt *Commission c. Autriche* du 29 septembre 2011, aff. C-397/10, non encore publié, point 26.

¹²³ CJUE, arrêt *Commission c. Portugal* du 18 novembre 2010, aff. C-458/08, non encore publié, point 87.

relatives à la reconnaissance des qualifications professionnelles désormais réunies, pour la majorité des professions concernées, dans la directive 2005/36 du Parlement européen et du Conseil¹²⁴. Cette directive ne régit pas la répartition territoriale des titulaires du droit d'exercer une profession, telle qu'une répartition géographique des officines, cette question relevant de l'article 49 du traité FUE¹²⁵.

121. La jurisprudence de la Cour de justice qui a été développée au sujet de l'interprétation des directives spécifiques et de la directive 2005/36 sur la reconnaissance des qualifications professionnelles¹²⁶ est dès lors pleinement fondée et doit être respectée.

2) Hypothèse d'une application totale de la directive à une profession libérale

122. A supposer qu'une profession ne fasse l'objet d'aucune dérogation ou exclusion, comme c'est le cas des professions d'**architectes**, d'**experts-comptables**, d'**ingénieurs**, d'**ingénieurs-géomètres**, des **notaires non nommés par les pouvoirs publics** et de **vétérinaires**, l'ensemble des règles de la directive 2006/123 s'appliquerait à cette profession, qu'il s'agisse des règles imposant des obligations positives notamment en matière procédurale ou de protection des consommateurs (V. *supra* n° 9 à 13 et *infra* n° 185 à 192) ou des règles qui imposent des obligations de ne pas entraver les libertés de circulation.

123. Même si elles reprennent les principes dégagés sur le fondement des traités et de la jurisprudence, les dispositions relatives à l'interdiction des entraves au droit d'établissement (a) et à la libre prestation des services (b) doivent être précisées. Il convient également d'examiner les dispositions procédurales de la directive (c).

a) droit d'établissement des prestataires de services

124. S'agissant du droit d'établissement, il n'est envisagé qu'au bénéfice de celui qui souhaite proposer des services, et ainsi dénommé prestataire. L'article 9 de la directive interdit expressément les régimes d'autorisation à moins qu'ils ne soient pas discriminatoires à l'égard du prestataire visé, qu'ils soient justifiés par une raison d'intérêt général et non susceptibles d'être remplacés par une mesure moins contraignante présentant une efficacité réelle. Les Etats membres ont

¹²⁴ Directive 2005/36 du Parlement européen et du Conseil, du 7 septembre 2005, relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles (JOUE n° L 255 du 30 septembre 2005, p. 22), telle que modifiée, en dernier lieu, par le règlement n° 279/2009 de la Commission, du 6 avril 2009 (JOUE n° L 93 du 7 avril 2009, p. 11).

¹²⁵ CJUE, arrêt *Blanco Pérez et Chao Gomez* du 1er juin 2010, aff. jointes C-570/07 et C-571/07, Rec. 2010, p. I-4629, point 51.

¹²⁶ Voir en dernier lieu CJUE, arrêt *Vandorou et a.* du 2 décembre 2010, aff. jointes C-422/09, C-425/09 et C-426/09, non encore publié, point 50 et ss., au sujet de la prise en compte de l'expérience pratique susceptible de couvrir les différences ; CJUE, arrêt *Rubino* du 17 décembre 2009, aff. C-586/08, Rec. 2009, p. I-12013, point 23 et ss., concernant la notion de profession réglementée et l'incidence d'une procédure de sélection.

l'obligation d'indiquer leurs régimes d'autorisation et d'en motiver la compatibilité. En outre, l'article 10, paragraphes 1 et 2, de la directive impose des critères encadrant l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités compétentes en vue d'éviter l'arbitraire, lesquels doivent être non discriminatoires, proportionnés, clairs et non ambigus, objectifs, transparents et accessibles dès avant leur application, ce qui est conforme aux exigences de la jurisprudence¹²⁷. L'article 10, paragraphe 3, précise que « *les conditions d'octroi de l'autorisation d'un nouvel établissement ne doivent pas faire double emploi avec les exigences et les contrôles équivalents ou essentiellement comparables en raison de leur finalité, auxquels est déjà soumis le prestataire dans un autre Etat membre ou dans le même Etat membre* », ce qui ici encore est conforme aux exigences de la jurisprudence. L'article 10, paragraphe 4, précise également que l'autorisation délivrée doit valoir pour l'ensemble du territoire national à moins qu'une restriction ne soit justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général. De la même manière, l'article 11 précise que l'autorisation ne doit pas en principe avoir une durée limitée sauf dans certains cas tenant notamment à une justification relative à une raison impérieuse d'intérêt général. Toutes ces exigences constituent une reprise, parfois sous forme de redites et en des termes maladroits, des apports de la jurisprudence développée sur le fondement des articles du traité FUE relatifs au droit d'établissement, de sorte que la directive ne constitue pas une contrainte particulière pour les Etats membres sur ces points, si ce n'est celle de devoir en assurer une transposition correcte.

125. Un point de décalage entre la jurisprudence et les termes de la directive en matière de droit d'établissement peut être relevé. Les **raisons impérieuses d'intérêt général** auxquelles les articles 9 à 11 de la directive font référence sont définies à l'article 4, sous 8), de la directive de la manière suivante : « *des raisons reconnues comme telles par la jurisprudence de la Cour de justice, qui incluent les justifications suivantes: l'ordre public, la sécurité publique, la santé publique, la préservation de l'équilibre financier du système de sécurité sociale, la protection des consommateurs, des destinataires de services et des travailleurs, la loyauté des transactions commerciales, la lutte contre la fraude, la protection de l'environnement et de l'environnement urbain, la santé des animaux, la propriété intellectuelle, la conservation du patrimoine national historique et artistique, des objectifs de politique sociale et des objectifs de politique culturelle* ». Alors qu'elle fait référence à la jurisprudence de la Cour de justice, cette disposition est réductrice dans la mesure où elle n'a pas identifié l'ensemble des raisons impérieuses d'intérêt général reconnues par la Cour de justice au moment de l'adoption de la directive et qu'elle ne pouvait pas tenir compte des raisons qui seraient reconnues ultérieurement. Au titre des raisons non énoncées, on pourrait citer, par exemple, le respect des règles

¹²⁷ CJCE, arrêt *Hartlauer* du 10 mars 2009, aff. C-168/07, Rec. 2009, p. I-1721, point 64 ; CJUE, arrêt *Commission c. Portugal* du 18 novembre 2010, aff. C-458/08, non encore publié, point 107.

d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité¹²⁸, la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les Etats membres¹²⁹. Une interprétation téléo-systémique des textes du droit de l'Union conduit à considérer que ces raisons non expressément prévues sont tout de même admises par la directive en tant que justifications possibles à l'interdiction des entraves au droit d'établissement, étant observé qu'un texte de droit dérivé doit toujours être interprété conformément aux règles du traité et à la jurisprudence qui les interprète. Pour l'avocat général Cruz Villalon, « *cette liste est toutefois simplement illustrative* », le législateur ayant voulu « *renvoyer à une catégorie générale que la jurisprudence a toujours considérée ouverte* »¹³⁰.

b) libre prestation des services

126. S'agissant de la libre prestation des services *stricto sensu*, l'article 16 de la directive en précise les modalités.

127. En vertu de l'article 16, paragraphe 1^{er}, de la directive, les restrictions à l'accès ou à l'exercice des prestations de services ne seraient possibles que si les Etats respectaient les conditions de non-discrimination, de nécessité et de proportionnalité. Comme l'a précisément constaté la Cour de justice, de telles exigences découlent directement de l'article 49 du traité CE, devenu article 56 du traité FUE¹³¹.

128. Il résulte de l'article 16, paragraphe 2, de la directive que sont *per se* interdites « *l'obligation pour le prestataire d'avoir un établissement sur leur territoire, l'obligation pour le prestataire d'obtenir une autorisation de leurs autorités compétentes, y compris une inscription dans un registre ou auprès d'un ordre ou d'une association professionnels existant sur leur territoire, sauf dans les cas visés par la présente directive ou par d'autres instruments de la législation communautaire, l'interdiction pour le prestataire de se doter sur leur territoire d'une certaine forme ou d'un certain type d'infrastructure, y compris d'un bureau ou d'un cabinet d'avocats, dont le prestataire a besoin pour fournir les services en question, l'application d'un régime contractuel particulier entre le prestataire et le destinataire qui empêche ou limite la prestation de service à titre indépendant, l'obligation, pour le prestataire, de posséder un document d'identité spécifique à l'exercice d'une activité de service délivré par leurs autorités compétentes, les exigences affectant l'utilisation d'équipements et de matériel qui font partie intégrante de la prestation du service, à l'exception de celles nécessaires à la santé et la sécurité au travail, les restrictions à la libre prestation des services visées à l'article 19* », ces dernières restrictions se

¹²⁸ CJCE, arrêt *Gebhard* du 30 novembre 1995, aff. C-55/94, Rec. 1995, p. I-4165, point 35.

¹²⁹ CJUE, arrêt *SGI* du 21 janvier 2010, aff. C-311/08, Rec. 2010, p. I-487, point 60 ; CJUE, arrêt *X Holding* du 25 février 2010, aff. C-337/08, Rec. 2010, p. I-1215, point 28.

¹³⁰ Conclusions du 16 novembre 2011 dans les affaires jointes C-357/10 à C-359/10, point 39.

¹³¹ CJUE, arrêt *Commission c. Portugal* du 18 novembre 2010, aff. C-458/08, non encore publié, point 88.

rapportant aux destinataires de services qui ne sauraient se voir tenus d'obtenir une autorisation des autorités compétentes ou de faire une déclaration auprès de celles-ci et ne sauraient faire l'objet de limites discriminatoires relatives à l'octroi d'aides financières en raison du lieu d'établissement du prestataire ou du lieu où le service est fourni.

129. L'énoncé de telles interdictions n'est en rien singulier. Il consiste à prescrire des exigences qui avaient été, dans une large mesure, énoncées dans la jurisprudence¹³².

130. L'article 16, paragraphe 3, légitime toutefois des restrictions fondées sur l'ordre public, la sécurité publique, la santé publique et la protection de l'environnement à condition que ces restrictions respectent les conditions prescrites par le paragraphe 1^{er}, c'est-à-dire la non-discrimination, la nécessité et la proportionnalité, conformément aux conditions imposées par la jurisprudence interprétative des dispositions du traité relatives à la libre prestation des services.

131. Un décalage existe toutefois, de manière plus importante et significative qu'au sujet du droit d'établissement (V. *supra* n° 125), entre les raisons limitativement énumérées et celles que la jurisprudence a reconnues au titre des **raisons impérieuses d'intérêt général**. En effet, l'article 16, paragraphes 1 et 3, ne fait référence qu'à quatre justifications dont trois sont issues de l'article 52 du traité FUE (V. *supra* n° 100 à 102) et une seule reconnue par la jurisprudence. Il ajoute toutefois qu'un Etat membre pourrait faire valoir ses règles en matière de conditions d'emploi, y compris les règles énoncées dans les conventions collectives, ce qui correspond à une justification reconnue par la Cour de justice en matière sociale¹³³. Il n'a pas été fait mention des raisons impérieuses d'intérêt général comme pour les restrictions à l'établissement des prestataires. Une telle différence a déjà suscité la perplexité des deux avocats généraux en charge de conclure dans les deux premières affaires relatives à la directive 2006/123, au point de se demander si la validité de celle-ci ne pourrait pas être remise en cause sur ce point¹³⁴. Il reste qu'une telle différence a une signification qu'il n'est pas possible d'ignorer et de contourner. Les auteurs de la directive paraissent ainsi avoir limité les causes de justifications des entraves à la libre prestation des services énumérées pour les professions qui entrent dans son champ d'application.

c) obligations procédurales

¹³² Ex., à propos de l'exigence d'une forme ou d'un statut juridique particulier : CJUE, arrêt *Commission c. Belgique* du 30 juin 2011, aff. C-397/10, non encore publié, point 21.

¹³³ Voir *supra*.

¹³⁴ Conclusions de M. Mazak, du 18 mai 2000, dans l'affaire C-119/00, point 62 ; conclusions de M. Cruz Villalon, du 16 novembre 2011, dans les affaires jointes C-357/10 à C-359/10, point 55.

132. S'agissant des professions couvertes par la directive 2006/123, les Etats membres ont l'obligation de se conformer aux obligations de nature procédurale qui ont été énoncées par les dispositions des chapitres II, VI et VII de la directive (V. *supra* n° 9 à 13 et *infra* n° 185 à 192).

3) Hypothèse d'une application partielle de la directive à une profession libérale

133. A supposer qu'une profession fasse l'objet d'une dérogation dite « *supplémentaire* » au titre de l'article 17, comme c'est le cas pour la profession d'**avocat**, elle ne serait pas soumise aux règles générales de l'article 16 de la directive mais serait seulement soumise aux règles concernant la liberté d'établissement, aux mesures dites positives de nature procédurale et aux mesures relatives à la protection des consommateurs (V. *supra* n° 9 à 13 *infra* n° 185 à 192). Ce sont les règles les plus contraignantes relatives au droit d'établissement qui exigent une attention particulière. Il convient à ce titre de se demander si les règles nationales régissant la profession concernée peuvent constituer une entrave au droit d'établissement et, le cas échéant, si elles peuvent être justifiées (a). Il convient, ensuite, d'envisager l'application subsidiaire d'une règle du traité relative à la libre prestation des services (b). Le respect des obligations procédurales devra enfin être rappelé (c).

a) application des règles interdisant les entraves au droit d'établissement

134. Il convient toujours de se demander si une exclusion ou une restriction prévue par une législation ou une réglementation nationale est *a priori* susceptible d'entraver le droit d'établissement des personnes exerçant d'autres professions habilitées à exercer cette profession dans la mesure où ils sont établis dans un Etat membre de l'Union européenne.

135. Les articles 9 à 15 de la directive ne font que reprendre et expliciter l'article 49 du traité FUE (ex-art. 43 du traité CE), tel qu'il a été interprété par une jurisprudence constante de la Cour de justice. A ce titre, sont interdites les entraves directes ou indirectes à l'accès à une profession indépendante fondées sur la nationalité¹³⁵, ce que rappelle expressément l'article 14, paragraphe 1, de la directive.

136. S'agissant des **entraves directes**, on peut observer que rares sont les droits nationaux qui maintiennent des discriminations fondées directement sur la nationalité en ce qui concerne l'accès à une profession.

137. S'agissant des **entraves indirectes** à l'accès à une profession indépendante, il convient de rappeler qu'en vertu d'une jurisprudence constante, l'interdiction

¹³⁵ CJCE, arrêt *Reyners* du 26 juin 1974, aff. 2/74, Rec. 1974, p. 631, points 15, 16 et 24.

établie par l'article 49 du traité FUE s'étend aux exigences applicables aux diplômes¹³⁶ ou aux critères de sélection des titulaires de nouveaux établissements¹³⁷.

138. Les réglementations nationales tombant sous le coup de l'interdiction des entraves au droit d'établissement pourront être justifiées sur le fondement des **justifications** prévues par la directive et la jurisprudence (V. *supra* n° 103 et s.).

139. Aux termes de l'article 9, paragraphe 1, de la directive, une raison impérieuse d'intérêt général, dont la définition est rappelée à l'article 4, point 8, de la directive est susceptible de justifier un régime d'autorisation, dès lors que celui-ci n'est pas discriminatoire à l'égard de l'opérateur visé et que l'objectif poursuivi à ce titre « *ne peut être réalisé par aucune mesure moins contraignante* ».

b) application subsidiaire de l'article 56 du traité FUE

140. Le fait d'échapper à l'article 16 de la directive n'exempterait pas pour autant la profession concernée de l'obligation de respecter les exigences de l'article 56 du traité FUE tel qu'interprété par la jurisprudence. Les entraves, à les supposer établies, pourraient être justifiées sur le fondement d'une raison impérieuse d'intérêt général reconnue par la jurisprudence (V. *supra* n° 103 et s.).

141. S'agissant de la profession d'avocat, on rappellera que la Cour a considéré en 2002, dans l'affaire *Wouters*, qu'une loi interdisant toute collaboration intégrée entre les avocats et les experts-comptables pouvait être nécessaire au bon exercice de la profession eu égard aux objectifs recherchés tendant à la nécessité de concevoir « *des règles d'organisation, de qualification, de déontologie, de contrôle et de responsabilité, qui procurent la nécessaire garantie d'intégrité et d'expérience aux consommateurs finaux des services juridiques et à la bonne administration de la justice* »¹³⁸. De même, dans une affaire concernant les règles nationales relatives au tarif des honoraires des avocats en Italie, la Cour de justice a observé que « *la protection, d'une part, des consommateurs, notamment des destinataires des services judiciaires fournis par des auxiliaires de justice, et, d'autre part, de la bonne administration de la justice sont des objectifs figurant au nombre de ceux qui peuvent être considérés comme des raisons impérieuses d'intérêt général susceptibles de justifier une restriction à la libre prestation des services* »¹³⁹.

¹³⁶ CJCE, arrêt *Thieffry* du 28 avril 1977, aff. 71/76, Rec. 1977, p. 765, point 19.

¹³⁷ CJUE, arrêt *Blanco Pérez et Chao Gomez* du 1er juin 2010, aff. jointes C-570/07 et C-571/07, Rec. 2010, p. I-4629, point 31.

¹³⁸ CJCE, arrêt *Wouters et a.* du 19 février 2002, aff. C-309/99, Rec. 2002, p. I-1577, points 97, 122 et 123.

¹³⁹ CJCE, arrêt *Cipolla* du 5 décembre 2006, aff. jointes C-94/04 et C-202/04, Rec. 2006, p. I-11421, point 64.

c) obligations procédurales

142. S'agissant des professions couvertes par la directive 2006/123, les Etats membres ont l'obligation de se conformer aux obligations de nature procédurale qui ont été énoncées par les dispositions des chapitres II, VI et VII de la directive (V. *supra* n° 9 à 13 *infra* n° 185 à 192).

III. Conséquences pour la Suisse de la non-reprise de la directive 2006/123 dans les accords bilatéraux

143. La non-reprise par la Suisse des dispositions de la directive 2006/123 dans le cadre des accords bilatéraux a pour effet de créer un décalage entre le droit applicable aux opérateurs économiques qui offrent des services dans les Etats membres de l'Union européenne à destination d'autres Etats membres de l'Union européenne et le droit applicable aux échanges de services entre un ou plusieurs Etats membres de l'Union européenne et la Suisse.

144. L'impact de cette non-reprise de la directive 2006/123 sera nécessairement différent selon que les opérateurs intéressés relèvent totalement ou partiellement de cette directive ou échappent à son champ d'application. Il conviendra de tenir compte de l'application des dispositions de l'accord sur la libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne de 1999 (ci-après ALCP)¹⁴⁰ en matière de liberté d'établissement et de prestation de services. L'impact général de la non-reprise de la directive par la Suisse exige d'examiner au préalable l'ALCP (A) avant d'analyser en détail les trois hypothèses couvertes par notre étude (B) : celle où les professions libérales échappent à l'application de la directive 2006/123 (1), celle où les professions libérales entrent dans le champ d'application de la directive 2006/123 (2) et celle où les professions libérales entrent partiellement dans le champ d'application de la directive 2006/123 (3).

A. L'ALCP

145. L'ALCP est entré en vigueur le 1^{er} juin 2002. Son application a été étendue aux Etats qui ont adhéré à l'Union européenne en 2004¹⁴¹ et à ceux qui y ont adhéré en 2007¹⁴². Il s'agit d'un accord de libéralisation fondé sur le principe de

¹⁴⁰ Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, RS 0.142.112.681, JO L 114 du 30 avril 2002, p. 73.

¹⁴¹ Voir le protocole d'extension, signé le 26 octobre 2006, RO 2006 995, JO L 89 du 28 mars 2006, p. 30. L'ALCP a été étendu à la République tchèque, la République d'Estonie, la République de Chypre, la République de Lettonie, la République de Lituanie, la République de Hongrie, la République de Malte, la République de Pologne, la République de Slovaquie et à la République slovaque.

¹⁴² Protocole, du 27 mai 2008, à l'accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes, concernant la participation, en tant que parties contractantes, de la République de Bulgarie et de la Roumanie, à la suite de leur adhésion à

l'équivalence des législations, par lequel les parties contractantes s'engagent à prendre les mesures nécessaires pour appliquer dans leurs relations des droits et des obligations équivalant à ceux contenus dans les actes de l'Union européenne auxquels l'ALCP fait référence.

146. L'ALCP reconnaît aux ressortissants suisses et aux ressortissants des Etats membres de l'Union européenne un droit d'établissement en tant qu'indépendants (articles 12 à 16 de l'annexe I de l'ALCP). Il facilite la prestation de services et libéralise celle de courte durée, qui ne dépasse pas nonante jours par an (article 5 de l'ALCP et articles 17 à 23 de l'annexe I). Les droits garantis par l'ALCP sont fondés sur le principe de non-discrimination en raison de la nationalité (article 2).

147. Il convient de souligner que les dispositions de l'ALCP sont fortement inspirées des dispositions du traité FUE et du droit dérivé, qui ont toutefois été reformulées pour les besoins de la relation bilatérale entre la Suisse et l'Union¹⁴³.

148. Compte tenu de ce lien étroit entre le droit de l'Union et le droit découlant de l'ALCP, l'accord contient, à son article 16, paragraphe 2, une disposition sur la **prise en compte de la jurisprudence de la Cour de justice** de l'Union européenne. Il prévoit que, dans la mesure où l'application de l'ALCP implique des notions de droit de l'Union européenne, la jurisprudence pertinente de la Cour de justice antérieure à la date de signature de l'ALCP (21 juin 1999) doit être prise en considération par les tribunaux suisses. S'agissant de la jurisprudence postérieure, un mécanisme d'information est établi au sein du comité mixte. La jurisprudence est communiquée à la Suisse et, à la demande d'une partie contractante, le comité mixte détermine les implications de cette jurisprudence¹⁴⁴.

149. Dès lors, lorsque l'application de l'ALCP implique des notions de droit de l'Union, il y a lieu de tenir compte de la jurisprudence rendue par la Cour de justice relative à ces notions. Toutefois, des **différences** peuvent apparaître en ce qui concerne le sens et la portée des notions contenues dans l'ALCP et celles de

l'Union européenne (Protocole II), RS 0.142.112.681.1 ; JO L 124 du 20.5.2009, p. 53. La période transitoire est encore applicable, voir l'article 10 de l'ALCP.

¹⁴³ Le préambule de l'ALCP mentionne en outre que « les parties contractantes sont décidées à réaliser la libre circulation des personnes entre elles en s'appuyant sur les dispositions en application dans la Communauté européenne ». Dans ce même sens, voir la déclaration commune relative à l'application de l'ALCP, contenue dans l'Acte final, selon laquelle « Les parties contractantes prendront les dispositions nécessaires afin d'appliquer aux ressortissants de l'autre partie contractante l'acquis communautaire conformément à l'accord conclu entre elles ».

¹⁴⁴ Pour un état récent de la jurisprudence du Tribunal fédéral relatif à l'ALCP, voir Christine Kaddous, *La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne : défis et perspectives*, in : « Accordi bilaterali Svizzera- Unione europea, Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi », Collection latine, vol. 23, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2009, p. 41-56 et surtout les chroniques annuelles de Ch. KADDOUS et Ch. TOBLER sur le *Droit européen : Suisse - Union européenne/Europarecht : Schweiz - Europäische Union*, dans la Revue suisse de droit international et européen (RSDIE/SZIER). Voir par exemple la chronique 2011, parue dans RSDIE 4/2011, p. 743-780.

droit de l'Union. Il convient ainsi d'être attentif à ces différences car elles peuvent avoir pour conséquence de ne pas imposer ou de n'imposer que partiellement la reprise de la jurisprudence de la Cour de justice dans le cadre de la relation bilatérale.

150. Ces règles et principes doivent être intégrés lorsqu'on applique la liberté d'établissement ou la libre prestation des services, telles qu'envisagées dans l'ALCP.

B. Effets conjoints de la directive 2006/123 et de l'ALCP en fonction du champ d'application variable de la directive aux professions libérales

151. Les effets de la directive et de l'ALCP doivent être examinés conjointement dans les trois hypothèses de la présente étude : les professions pour lesquelles la directive 2006/123 n'est pas applicable (1), les professions pour lesquelles la directive est applicable (2) et les professions pour lesquelles la directive est partiellement applicable (3).

1) Professions pour lesquelles la directive 2006/123 n'est pas applicable

152. S'agissant des professions qui échappent à l'application de la directive 2006/123, c'est-à-dire les professions de **banquiers privés**, de **gérants de fortune**, de **notaires nommés par les pouvoirs publics** et, sous réserve d'être exercées à l'égard des patients, les professions de **médecins**, de **dentistes**, de **pharmaciens**, de **chiropraticiens**, de **psychologues-psychothérapeutes** et **d'orthophonistes**, il y a lieu de constater qu'elles relèvent, lorsqu'elles sont exercées dans le champ du droit de l'Union européenne, des articles 49 et 56 du traité FUE et des textes de droit dérivé ayant trait notamment à la reconnaissance des qualifications professionnelles (V. *supra* n° 120 et 121).

153. Les activités de services exercées par les opérateurs de ces professions libérales, établis en Suisse et déployant leurs effets sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne, sont soumises aux règles relatives à la liberté d'établissement et, pour une durée limitée, à la libre prestation des services en vertu de l'ALCP liant la Suisse à l'Union européenne et à ses Etats membres. Il en va de même des activités de services exercées par des opérateurs de ces professions libérales, établis dans les Etats membres de l'Union européenne et qui proposent des prestations à des clients sur le territoire suisse, voire qui s'établissent sur le territoire suisse en vue de proposer de telles prestations.

154. Les dispositions des articles 1, sous a) et d), de l'ALCP et 12 à 16 de l'annexe I de l'ALCP sont applicables en matière de liberté d'établissement (a) et les articles 5 de l'ALCP et 17 à 23 de l'annexe I de l'ALCP en matière de libre prestation de services (b).

a) droit d'établissement des prestataires de services

155. L'article 12, paragraphe 1, de l'annexe I définit l'**indépendant** au sens de l'ALCP « *tout ressortissant d'une partie contractante désirant s'établir sur le territoire d'une autre partie contractante en vue d'y exercer une activité économique non salariée* ». Cette définition correspond en substance à celle développée par la Cour de justice de l'Union européenne notamment dans l'arrêt *Trojani*¹⁴⁵. Le Tribunal fédéral suisse a eu l'occasion d'appliquer l'article 12, paragraphe 1, de l'annexe I de l'ALCP et a notamment refusé la qualité d'indépendant à un ressortissant espagnol qui se prétendait courtier indépendant et qui n'avait pas établi l'exercice effectif d'une activité indépendante en Suisse¹⁴⁶. Il convient d'observer que l'activité de toutes les professions libérales visées relève de la définition d'indépendant au sens de l'ALCP.

156. L'article 54, paragraphe 1, du traité FUE assimile, pour l'application des dispositions relatives au droit d'établissement, les **sociétés** constituées en conformité de la législation d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de l'Union européenne aux personnes physiques ressortissantes des Etats membres. Cette assimilation ne vaut pas dans le cadre de l'ALCP. La Cour de justice de l'Union européenne a considéré, dans l'arrêt *Grimme*¹⁴⁷, que les finalités de l'ALCP sont plus limitées que celles présidant la réalisation du marché intérieur et que les objectifs de l'ALCP (article 1) concernent les personnes physiques ressortissantes des parties contractantes. Ainsi, l'ALCP ne vise que les personnes physiques, sauf en matière de prestation de services (voir article 18 de l'annexe I). On en déduit que l'ALCP ne prévoit qu'un droit d'établissement pour les personnes physiques, à l'exclusion des sociétés. Les professions libérales visées bénéficient du droit d'établissement au sens de l'ALCP que pour autant qu'elles ne sont pas exercées sous la forme de société.

157. L'article 16 de l'annexe I de l'ALCP stipule que l'indépendant peut se voir refuser le droit de pratiquer une « *activité participant, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique* ». Il reprend la règle contenue dans l'article 51 du traité FUE. Dans la mesure où « *l'activité participant à l'exercice de l'autorité publique* » peut être considérée comme une notion de droit de l'Union européenne, elle doit être interprétée à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice rendue jusqu'à la date de signature de l'ALCP. Ainsi, cette exception exige, aux fins de son application, une participation directe et spécifique à

¹⁴⁵ CJCE, arrêt *Trojani* du 7 septembre 2004, aff. C-456/02, Rec. 2004, p. I-7573, points 22 à 27. En droit de l'Union européenne, la qualité d'indépendant est conférée aux personnes exerçant des activités non salariées, soit des activités qui s'exercent en dehors de toute relation de subordination avec un employeur, par opposition aux travailleurs qui se trouvent dans une telle relation de subordination.

¹⁴⁶ Arrêt du Tribunal fédéral, du 31 août 2004, réf. 2A.169/2004, consid. 6.3.

¹⁴⁷ CJCE, arrêt *Grimme* du 12 novembre 2009, aff. C- 351/08, Rec. 2009, p. I-10777, points 33 à 39.

l'exercice de l'autorité publique. On a constaté que cette exception, d'interprétation stricte, ne s'appliquait à aucune des professions libérales examinées (V. *supra* n° 68 à 78).

158. L'ALCP prévoit que les droits octroyés par l'accord ne peuvent être « *limités que par des mesures justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique* » (article 5 de l'annexe I de l'ALCP). Cette dérogation, inscrite parmi les dispositions générales de l'annexe I, reprend celle de l'article 52 du traité FUE en matière d'établissement. L'article 5, paragraphe 2, de l'annexe I « *fait référence* » aux directives 64/221, 72/194 et 75/35¹⁴⁸. Le renvoi à l'article 16 de l'ALCP dans ce second paragraphe implique que la Suisse prenne les mesures nécessaires pour que les droits et obligations équivalant à ceux contenus dans ces trois directives (telles qu'en vigueur au moment de la signature de l'accord) trouvent application dans la relation bilatérale. Le contenu de la dérogation de l'article 5 doit être défini, en application de l'article 16, paragraphe 2, de l'ALCP, sur la base des trois directives mentionnées et de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. On renvoie ici à ce qui a été développé (V. *supra* n° 100 à 102) dans le cadre du droit de l'Union européenne, qui reste valable dans la relation bilatérale en ce qui concerne les professions libérales.

159. L'article 15 de l'annexe I de l'ALCP contient le **principe de non-discrimination en raison de la nationalité** applicable en matière de liberté d'établissement. Il prévoit que l'indépendant reçoit dans l'Etat d'accueil, en ce qui concerne l'accès à une activité non salariée et à son exercice, un traitement non moins favorable que celui accordé aux nationaux de ce même Etat. La question se pose alors de savoir si l'ALCP doit être interprété comme interdisant non seulement les discriminations directes et indirectes fondées sur la nationalité mais aussi les restrictions indistinctement applicables. Cette question n'a pas été tranchée par la Cour de justice, ni clairement tranchée par le Tribunal fédéral¹⁴⁹. En revanche, dans l'arrêt *Graf et Engel*, la Cour de justice a considéré que le principe d'égalité de traitement de l'article 15 de l'annexe I de l'ALCP prohibe également les discriminations indirectes¹⁵⁰ et a refusé d'étendre la notion d'ordre public, qui doit être d'interprétation stricte, à la notion d'aménagement du territoire et à la répartition rationnelle des terrains agricoles. Elle n'a toutefois pas exclu que de tels motifs puissent constituer des justifications fondées sur des raisons impérieuses d'intérêt général¹⁵¹. Il nous paraît dès lors possible de considérer que des restrictions *a priori* indistinctement applicables, mais

¹⁴⁸ Il convient de noter que ces trois directives étaient celles en vigueur dans l'Union européenne au moment de la signature de l'ALCP le 21 juin 1999. Elles ont été depuis abrogées par la directive 2004/38, ce qui crée un décalage entre le droit résultant de l'ALCP (de nature « statique ») et le droit de l'Union européenne.

¹⁴⁹ ATF 130 II 113, consid. 9.2. Voir aussi l'arrêt du Tribunal fédéral, du 27 mars 2006, réf. K 163/03, consid. 6.3, non publié à l'ATF 133 V 33.

¹⁵⁰ CJUE, arrêt *Graf et Engel* du 6 octobre 2011, aff. C506/10, non encore publié, point 26.

¹⁵¹ *Ibid.*, point 34.

constitutives de discriminations indirectes, pourraient être justifiées sur le fondement des raisons impérieuses d'intérêt général consacrées par la Cour de justice de l'Union européenne.

b) libre prestation des services

160. L'objectif de l'ALCP est différent de celui du traité FUE car l'ALCP ne vise qu'à faciliter la prestation de services sur le territoire des parties contractantes et à libéraliser la prestation de services de courte durée. L'article 5 de l'ALCP confère aux prestataires de services le droit de fournir un service sur le territoire de l'autre partie contractante, mais ce droit est limité aux prestations de services qui ne dépassent pas nonante jours de travail effectif par année civile. Lorsque la durée de la prestation est supérieure à nonante jours, le droit de fournir la prestation repose soit sur une autorisation accordée par les autorités compétentes, soit sur un accord spécifique déjà conclu entre la Suisse et l'Union européenne (article 5, paragraphe 2, points a) et b), de l'ALCP).

161. Alors qu'en matière de liberté d'établissement l'ALCP ne vise que les personnes physiques, l'article 5 de l'ALCP et l'article 18 de l'annexe I étendent le bénéfice des dispositions de l'ALCP en matière de services aux **sociétés** constituées en conformité avec la législation d'un Etat membre de l'Union européenne ou de la Suisse et qui ont leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur établissement principal sur le territoire d'une partie contractante. Les personnes morales sont donc en principe incluses dans le champ d'application des dispositions de l'ALCP relatives aux services et bénéficient d'un droit de prester des services.

162. L'article 5, paragraphe 3, de l'ALCP prévoit que les personnes physiques ressortissantes d'une des parties contractantes qui se rendent sur le territoire d'une autre partie contractante en tant que **destinataires de services** bénéficient d'un droit d'entrée et de séjour. Cette disposition ne mentionne pas les personnes morales en tant que destinataires de services au sens de l'ALCP et il apparaît que la Cour de justice de l'Union européenne, dans l'arrêt *Grimme*, n'a pas abordé cette question¹⁵².

163. L'ALCP ne définit pas la notion de « services », et ne contient même pas de liste exemplative telle que celle figurant à l'article 57 du traité FUE. Il y a donc lieu de se référer à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en la matière (V. *supra* n° 44 à 46). Le Tribunal fédéral suisse a repris, dans le cadre de l'application de l'ALCP, une définition large des activités couvertes par la notion de services. Il a notamment considéré que cette

¹⁵² Même si elle a souligné que « toutes les catégories de personnes prévues dans l'ALCP, à l'exception des prestataires et des destinataires de services, présupposent par leur nature qu'il s'agit de personnes physiques », CJCE, arrêt *Grimme* du 12 novembre 2009, aff. C-351/08, Rec. 2009, p. I-10777, point 34.

dernière couvre des activités aussi différentes que celles de prostitution¹⁵³, de financement de procès¹⁵⁴ ou de dentiste¹⁵⁵. Dans ces conditions, l'ensemble des activités des professions libérales sous examen relèvent de la notion de service au sens de l'ALCP pour autant qu'elles donnent lieu à une rémunération au sens de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

164. Pour autant, tous les services au sens de l'article 57 du traité FUE ne sont pas couverts par l'ALCP. Sont **exclues** les activités des agences de travail temporaire et de travail intérimaire et les services financiers dont l'exercice exige une autorisation préalable et dont le prestataire est soumis à un contrôle prudentiel des autorités publiques d'une partie contractante (article 22, paragraphe 3, sous i) et ii), de l'annexe I). Cette dernière exclusion couvre en principe les activités des banques et des assurances, ainsi que les services d'investissement et de paiement¹⁵⁶. Il en résulte que les services financiers dont l'exercice n'exige pas une autorisation préalable sur le territoire d'une partie contractante et dont le prestataire n'est pas soumis à un contrôle prudentiel des autorités publiques de cette partie contractante, entrent dans le champ d'application de l'ALCP¹⁵⁷.

165. L'article 17, sous a), de l'annexe I de l'ALCP précise que toute restriction à une prestation de services transfrontalière ne dépassant pas **nonante jours** de travail effectif par année civile est interdite. Dès lors, les prestations effectuées par les professions libérales dans la limite de cette durée sont couvertes par la liberté de prestation des services.

166. En outre, l'article 19 de l'annexe I, inspiré de l'article 57, alinéa 3, du traité FUE, garantit aux prestataires de services de pouvoir exercer leur activité « *dans les mêmes conditions que celles que cet Etat impose à ses propres ressortissants* ». La portée du droit conféré aux prestataires de services, à l'exception de la limite temporelle des nonante jours, est comparable à celle garantie par le traité FUE au sein de l'Union européenne. La limite temporelle s'applique aussi bien pour une prestation ininterrompue que pour des prestations successives qui ne doivent pas excéder nonante jours (article 21, paragraphe 1, de l'annexe I). Cette limite peut être dépassée en cas d'autorisations accordées par les autorités compétentes.

¹⁵³ Arrêt du Tribunal fédéral du 14 janvier 2008, réf. 2C_334/2007, commenté notamment dans Ch. KADDOUS et Ch. TOBLER, *Droit européen : Suisse - Union européenne / Europarecht : Schweiz - Europäische Union européenne*, RSDIE 4/2008, p. 351-386, p. 378 et ss.

¹⁵⁴ ATF 131 I 223.

¹⁵⁵ Arrêt du 17 juin 2008, réf. 2C 151/2008, commenté notamment dans Ch. KADDOUS et Ch. TOBLER, *Droit européen : Suisse - Union européenne / Europarecht : Schweiz - Europäische Union européenne*, RSDIE 4/2008, p. 351-386, p. 379 et ss.

¹⁵⁶ A. EPINEY, *Zur rechtlichen Tragweite eines Einbezugs der Schweiz in den unionsrechtlichen Besitzstand im Bereich des Dienstleistungsverkehrs*, Zürich/Bâle/Genève, Schulthess, 2011, p. 77.

¹⁵⁷ A. BORGHI, *La libre circulation des personnes entre la Suisse et l'Union européenne*, Genève/Lugano/Bruxelles, Editions interuniversitaires suisses, 2010, p. 132.

167. Tout comme en matière d'établissement, les dispositions visant à libéraliser les services dans l'ALCP ne s'appliquent pas aux activités participant à l'exercice de l'**autorité publique** (article 22, paragraphe 1, de l'annexe I). On renvoie à cet égard à ce qui a été développé dans le cadre du droit de l'Union européenne (V. *supra* n° 68 à 78).

168. L'ALCP prévoit la possibilité de restreindre la prestation de services par l'application de dispositions législatives, réglementaires et administratives justifiées par des **raisons impérieuses liées à un intérêt général** (article 22, paragraphe 4, de l'annexe I). La jurisprudence de la Cour de justice en matière de raisons impérieuses d'intérêt général trouve à s'appliquer dans le cadre de la libre prestation des services visée par cette disposition. On renvoie dès lors aux développements consacrés à la notion de raison impérieuse d'intérêt général (V. *supra* n° 103 à 112).

169. Il convient également de rappeler la clause de l'article 5 de l'annexe I de l'ALCP relative aux limitations qui peuvent être apportées aux droits octroyés par l'accord « *par des mesures justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique* ». Les observations relatives à cette clause faites dans le cadre de la liberté d'établissement visée par l'ALCP sont transposables ici (V. *supra* n° 158).

170. Enfin, l'ALCP garantit un droit d'entrée et de séjour pour les personnes qui se rendent sur le territoire d'une partie contractante pour recevoir un service sans la limite temporelle des nonante jours (article 5, paragraphe 3, de l'ALCP)¹⁵⁸. Il s'agit donc d'un droit classique reconnu aux **destinataires de services** qui pourront ainsi bénéficier des services prodigués par les membres des professions libérales visées. Il convient toutefois de mentionner la jurisprudence restrictive du Tribunal fédéral suisse relative au remboursement des soins de santé dans un cadre non hospitalier¹⁵⁹.

c) application des dispositions des directives relatives aux qualifications professionnelles

171. L'annexe III de l'ALCP porte sur la reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles. Elle stipule que les parties contractantes (la Communauté européenne et ses Etats membres ainsi que la Suisse) conviennent d'appliquer entre elles les actes de l'Union européenne auxquels il est fait référence dans l'annexe ou des règles équivalentes.

172. L'annexe III de l'ALCP établit la liste des directives relatives au système général de reconnaissance des diplômes (les directives 89/48 et 92/51) qui

¹⁵⁸ L'article 23 de l'annexe I de l'ALCP prévoit les conditions du titre de séjour.

¹⁵⁹ ATF 133 V 624 ; arrêt du Tribunal fédéral, du 14 octobre 2010, réf. 9 C_630/2010.

constituent la **base du système de reconnaissance**¹⁶⁰. Elle mentionne également les directives sectorielles qui couvrent les professions juridiques, les activités médicales et paramédicales (médecins, infirmiers, praticiens de l'art dentaire, vétérinaires, sages-femmes, pharmaciens), l'architecture, le commerce et les intermédiaires, l'industrie et l'artisanat, les activités auxiliaires des transports, l'industrie cinématographie et l'agriculture.

173. L'ensemble de ces directives a été abrogé par la **directive 2005/36**¹⁶¹. Celle-ci vise à remplacer l'ancien système de reconnaissance des diplômes et consolide en un seul texte quinze directives (les trois directives du système de base et les directives sectorielles). Le comité mixte établi par l'ALCP a pris la décision de modifier l'annexe III afin de reprendre la directive 2005/36 dans le cadre de l'ALCP. La directive 2005/36 s'applique déjà provisoirement dans les relations bilatérales entre la Suisse et l'Union européenne depuis le 1^{er} novembre 2011¹⁶². Les modifications apportées à l'annexe III entreront en vigueur une fois que la loi fédérale mettant en place la nouvelle procédure d'annonce pour les prestataires de services aura été promulguée. L'annexe III de l'ALCP sera remplacée par une nouvelle annexe II, dont le texte figure à l'annexe de la décision du comité mixte du mois de septembre 2011¹⁶³.

2) Professions pour lesquelles la directive 2006/123 est applicable

174. S'agissant des professions qui entrent dans le champ d'application de la directive 2006/123 et ne relèvent d'aucune dérogation totale ou partielle, c'est-à-dire les professions **d'architectes, d'experts-comptables, d'ingénieurs, d'ingénieurs-géomètres, de notaires non nommés par les pouvoirs publics** et de **vétérinaires**, il résulte qu'elles font l'objet d'un régime particulier qui peut présenter des différences par rapport au régime général qui découle des seules règles des articles 49 et 56 du traité FUE et du droit dérivé.

175. Dans ces conditions, des **différences de traitement** pourront être constatées entre les opérateurs des Etats membres qui proposent leurs services dans d'autres Etats membres avec les mêmes opérateurs qui proposent leurs

¹⁶⁰ La troisième directive qui compose le système de base (la directive 1999/42 du Parlement européen et du Conseil du 7 juin 1999 instituant un mécanisme de reconnaissance des diplômes pour les activités professionnelles couvertes par les directives de libéralisation et portant mesures transitoires, et complétant le système général de reconnaissance des diplômes, JO L 201 du 31.7.1999, p. 77) a été adoptée après la signature de l'ALCP mais a été reprise dans le cadre de l'accord par la décision n° 1/2004 du Comité mixte Suisse-UE portant modification de l'annexe III (reconnaissance mutuelle des qualifications professionnelles) (RO 2004 4203 ; JO L 352 du 27.11.2004, p. 129).

¹⁶¹ Directive 2005/36 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. Le délai de transposition est arrivé à échéance le 20 octobre 2007.

¹⁶² Décision n° 2/2011 du comité mixte Suisse-UE, du 30 septembre 2011, en ce qui concerne le remplacement de l'annexe III (reconnaissance des qualifications professionnelles), RO 2011, p. 4859, JO L 277 du 22.10.2011, p. 20.

¹⁶³ Pour l'entrée en vigueur de la décision, voir son article 4.

services vers la Suisse. Des différences de traitement pourront également être constatées entre les opérateurs des Etats membres qui proposent leurs services dans d'autres Etats membres avec les opérateurs suisses qui proposent des services sur le territoire des Etats membres de l'Union européenne. De même, des différences de traitement pourront être ressenties entre, d'une part, les consommateurs de l'Union européenne qui sollicitent des services auprès d'entreprises établies dans des Etats membres de l'Union européenne et, d'autre part, les consommateurs de l'Union européenne qui sollicitent des services auprès d'entreprises établies en Suisse, considérant qu'ils jouissent de garanties inférieures et d'une moindre assistance.

176. Ces différences de traitement doivent être appréciées aussi bien en ce qui concerne le jeu des libertés de circulation, le droit d'établissement des prestataires de services (a) et la libre prestation des services (b), qu'en ce qui concerne les mesures d'accompagnement de ces libertés, qui consistent en une protection des consommateurs et une amélioration de la qualité des services (c) ainsi que la simplification administrative (d) et la coopération administrative (e).

a) droit d'établissement des prestataires des services

177. En ce qui concerne le droit d'établissement des prestataires de services, on a vu que le régime instauré par la directive était identique à celui qui découlait de l'application de l'article 49 du traité FUE et de la jurisprudence qui l'interprète. Dans la mesure où ce régime juridique est applicable en vertu de l'ALCP aux rapports entre la Suisse et les Etats membres de l'Union européenne, aucune distorsion ne peut être redoutée à cet égard.

178. Toutefois, il convient de rappeler que l'ALCP ne prévoit pas un droit d'établissement en faveur des personnes morales (V. *supra* n° 156), ce qui le différencie du traité FUE. Dès lors, en cas de non-reprise de la directive 2006/123, c'est le système de l'ALCP (V. *supra* n° 155 à 159) qui est applicable et qui présente les caractéristiques suivantes : exclusion de droits pour les sociétés en matière d'établissement et interrogation sur la question de savoir si l'ALCP se limite à interdire les discriminations directes et indirectes ou s'il vise également l'interdiction des restrictions indistinctement applicables à la liberté d'établissement. Si l'ALCP devait être interprété comme intégrant une interdiction aux restrictions indistinctement applicables à la liberté d'établissement, celles-ci seraient susceptibles d'être justifiées sur le fondement des raisons impérieuses d'intérêt général telles que développées par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

179. Une **reprise intégrale du texte de la directive 2006/123** modifierait le régime applicable aux prestataires de services en tant que personnes morales, ressortissants des Etats membres de l'Union européenne qui souhaiteraient s'établir en Suisse ou ressortissants suisses qui souhaiteraient s'établir sur le

territoire d'un Etat membre de l'Union européenne. Ceux-ci bénéficieraient du système mis en place par la directive en matière d'établissement des prestataires, des droits accordés par les dispositions en matière d'octrois d'autorisations, de procédures d'autorisations, de durée des autorisations, et des exigences qui doivent être respectées par les Etats membres (articles 9 à 15), lesquelles sont applicables sans distinction, en vertu de la directive 2006/123, selon qu'il s'agit de personnes physiques ou de personnes morales.

180. En outre, la reprise intégrale de la directive signifierait, en cas d'admission de l'interdiction des restrictions indistinctement applicables à la liberté d'établissement dans le cadre de l'ALCP, une limitation en principe des motifs tirés des raisons impérieuses d'intérêt général, car la liste de l'article 4, sous 8), de la directive 2006/123 est plus réduite que la liste des raisons reconnues par la jurisprudence de la Cour de justice. Il resterait toutefois à déterminer si cette liste est réellement limitative ou au contraire simplement illustrative comme cela a pu être suggéré (V. *supra* n° 125).

b) droit à la libre prestation des services

181. En ce qui concerne le droit à la libre prestation des services invoqué par les prestataires ou les destinataires, on a constaté des différences de régime entre le droit résultant de la directive 2006/123 et le droit résultant de l'article 56 du traité FUE et de la jurisprudence qui l'interprète.

182. Il résulte en particulier de l'article 16 de la directive 2006/123 que les **raisons d'intérêt général** invocables par les Etats membres sont beaucoup plus restreintes que celles qui ont été consacrées par la Cour de justice de l'Union européenne en tant que raisons impérieuses d'intérêt général. Cette différence pourrait conduire à faire disparaître ou à modifier des règles nationales des Etats membres en tant qu'elles instaurent des restrictions fondées sur des justifications non reconnues par la directive alors que des règles équivalentes ou comparables imposées par le droit suisse pourraient être maintenues dans les relations avec les Etats membres dans la mesure où ces relations sont régies par les dispositions des articles 17 et 22, paragraphe 4, de l'annexe I de l'ALCP et de la jurisprudence de la Cour de justice relative aux raisons impérieuses d'intérêt général.

183. Parmi les raisons impérieuses d'intérêt général, reconnues par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, qui pourraient justifier certaines réglementations indistinctement applicables, à condition d'être nécessaires et proportionnées, plusieurs d'entre elles pourraient être envisagées à ce titre au-delà de l'article 16, paragraphe 3, de la directive 2006/123 : les règles d'organisation, de qualification, de déontologie et de contrôle d'une profession, la protection des consommateurs, la loyauté des transactions commerciales, la

protection de la propriété intellectuelle, la protection du patrimoine national, les objectifs à caractère culturel.

184. La reprise de la directive 2006/123 viendrait durcir le régime applicable entre la Suisse et les Etats membres de l'Union européenne en ce qu'il restreindrait notamment les motifs tirés des raisons impérieuses d'intérêt général que la Suisse et les Etats membres pourraient invoquer, dans le cadre de la relation bilatérale, pour justifier certaines restrictions imposées par leur droit (V. *supra* n° 131).

c) protection des consommateurs et amélioration de la qualité des services

185. En ce qui concerne les mesures d'accompagnement visant à l'amélioration de la qualité des services, de la protection des consommateurs ainsi que des obligations de simplification et de coopération administrative, on a vu que plusieurs dispositions de la directive 2006/123 établissaient des droits et des garanties significatifs au profit des utilisateurs de services au sein de l'Union européenne (V. *supra* n° 9 à 13).

186. L'**assistance aux destinataires**, découlant de l'article 21 de la directive 2006/123, consiste en une obligation positive d'assistance aux destinataires de services qui pourrait valoriser les services offerts par les prestataires établis dans les Etats membres par rapport à ceux qui sont offerts par les prestataires établis en Suisse.

187. Il en irait de même des dispositions relatives à la **qualité des services**, découlant des articles 22 à 26 de la directive 2006/123, qui imposent de fournir de nombreuses informations, à la fois précises et éclairantes, aux destinataires, envisagent les assurances et garanties professionnelles, traitent des communications commerciales des professions réglementées et imposent aux Etats membres d'adopter, en collaboration avec la Commission européenne, des mesures d'accompagnement, notamment sous la forme de certification ou d'évaluation et d'élaboration de chartes de qualité, de coopération des ordres professionnels au niveau de l'Union européenne, de développement de normes européennes. De telles mesures pourraient être non seulement favorables aux consommateurs qui bénéficient des services proposés par des opérateurs établis dans des Etats membres mais également à ces opérateurs assurés de proposer des services correspondant à des exigences de qualités et répondant, dans une certaine mesure, à des normes communes.

188. Il en ira de même de l'article 27 de la directive 2006/123 relatif au **règlement des litiges** qui vise à faciliter les réclamations, à imposer aux prestataires de prouver que les informations sont respectées et que les informations sont exactes, à reconnaître les garanties financières pour l'exécution des décisions de justice et à mieux informer les destinataires en ce

qui concerne le recours à des moyens de règlement extrajudiciaires. De telles exigences contribueront indéniablement à valoriser les services proposés par les opérateurs établis dans l'Union européenne qui relèvent du champ d'application de la directive 2006/123.

d) simplification administrative

189. En ce qui concerne la simplification administrative, il résulte de la directive que plusieurs de ses dispositions tendent à faciliter, d'un point de vue pratique, l'exercice de la liberté de prestation des services et du droit d'établissement des prestataires de services en imposant des formalités et procédures contraignantes auxquelles sont soumis les opérateurs économiques qui exercent ou souhaitent exercer ces libertés.

190. Davantage que des obligations, ces règles, contenues dans les articles 5 à 8 de la directive, consistent à simplifier et à rationaliser les procédures et formalités en les rendant plus accessibles, notamment au moyen de **guichets uniques** chargés à la fois d'accueillir les demandes et de fournir les informations nécessaires. L'exercice de la prestation des services sera ainsi rendu plus aisé dans les Etats membres de l'Union européenne que dans les Etats tiers, à moins que la Suisse instaure d'elle-même, de manière volontaire, un système analogue.

191. Les dispositions de la directive 2006/123 en matière de simplification administrative s'appliquent aux situations transfrontalières mais aussi aux situations nationales. Elles s'appliquent dans la même mesure aux prestations de services transfrontalières entre Etats membres qu'aux prestations de services nationaux sans élément d'extranéité. De tels guichets uniques devraient être accessibles aux prestataires de services suisses qui souhaiteraient exercer leurs activités de prestation sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne.

e) coopération administrative

192. En ce qui concerne la coopération administrative, la coopération instituée par les articles 28 à 36 de la directive 2006/123 consiste en différentes formes d'assistance mutuelle, des contrôles imposés à l'Etat membre d'établissement, un mécanisme d'alerte, des informations sur l'honorabilité des prestataires et des mesures d'accompagnement. De telles mesures sont susceptibles de renforcer l'efficacité et la fiabilité des services proposés par les opérateurs économiques des Etats membres de l'Union européenne au détriment de ceux opérant en Suisse dans la mesure où cet Etat ne participe pas à un tel système. Seules des dispositions conventionnelles permettraient d'y remédier.

3) Professions pour lesquelles la directive 2006/123 est partiellement applicable

193. On a constaté que certaines professions relevaient d'une dérogation partielle, en vertu de l'article 17 de la directive 2006/123, qui conduisait à ne pas les soumettre à l'article 16 de cette directive qui se rapporte précisément à la libre prestation des services. Parmi les professions libérales qui font l'objet de la présente étude, seule la profession d'**avocat** est concernée par cette dérogation partielle (V. *supra* n° 81).

194. Les professions faisant l'objet d'une dérogation partielle, c'est-à-dire la profession d'avocat parmi celles visées dans notre étude, seront soumises au **droit d'établissement** tel qu'il est établi par les articles 9 à 15 de la directive 2006/123. Ce régime est établi suivant les modalités issues de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne dégagée au sujet de l'interprétation de l'article 49 du traité FUE. Dans le cadre de la relation bilatérale entre la Suisse et l'Union européenne, le régime est partiellement différent en ce qu'il ne s'applique pas aux sociétés et laisse planer des doutes quant à l'application de l'interdiction des restrictions indistinctement applicables.

195. La dérogation ne concernant que la libre prestation des services, toutes les règles applicables aux **exigences de qualité et à la protection des consommateurs**, à la **simplification administrative**, à la **coopération administrative** s'appliquent aux avocats établis sur le territoire des Etats membres de l'Union européenne, ce qui pourra provoquer des distorsions de concurrence avec les avocats établis en Suisse, en cas de non-reprise de la directive 2006/123, pour les raisons invoquées ci-dessus (V. *supra* n° 185 à 192).

196. En matière de **libre prestation de services**, ces professions seront soumises non pas à l'article 16 de la directive mais aux articles 17 et suivants de l'annexe I de l'ALCP qui constituent une application différenciée de la libre prestation de services dans les relations entre Etats membres de l'Union européenne, d'une part, et dans les relations entre la Suisse et les Etats membres de l'Union européenne, d'autre part, en particulier quant au caractère temporaire de la liberté. A cet égard, la reprise ou la non-reprise de la directive 2006/123 est indifférente dans la mesure où l'article 16 de la directive relatif à la libre prestation des services n'est pas applicable aux professions qui font l'objet d'une dérogation partielle.

IV. Conclusion

197. L'étude comparée des régimes applicables aux professions libérales, en vertu du traité FUE, de la directive 2006/123 et de l'ALCP, montre à quel point les dispositions sont susceptibles de diverger en dépit d'une inspiration

commune, qui est celle de la liberté de prestation des services et de la liberté d'établissement des prestataires des services.

198. De telles divergences sont facteurs d'**insécurité juridique** dans la mesure où les opérateurs économiques effectuant des prestations de services éprouveront de nombreuses difficultés à déterminer le régime applicable à telle ou telle opération en fonction de l'activité de la prestation, de la nature de la prestation et du courant d'échange concerné.

199. Les destinataires de services, opérateurs économiques ou consommateurs, éprouveront les mêmes difficultés à identifier les dispositions protectrices de leurs droits compte tenu de la diversité des règles applicables en fonction de multiples critères et de l'imprécision de ces derniers.

200. Au-delà de l'insécurité juridique, l'étude a mis en évidence les risques d'une **application différenciée de régimes juridiques** applicables à une même profession sur le territoire des Etats membres de l'Union européenne et sur le territoire suisse. De telles différences de traitement sont susceptibles de créer des discriminations entre opérateurs économiques au détriment de ceux qui sont soumis aux réglementations les plus exigeantes et aussi aux réglementations qui offrent le moins de garanties aux destinataires potentiels de services.

201. La question se pose, en premier lieu, de savoir si la directive 2006/123 facilite ou restreint les prestations de services des professions libérales. Cette question nécessite de distinguer entre les professions qui sont couvertes par la directive, celles qui sont partiellement couvertes et celles qui en sont exclues.

202. S'agissant des professions couvertes par la directive 2006/123, c'est-à-dire les professions d'architectes, d'experts-comptables, d'ingénieurs, d'ingénieurs-géomètres, de vétérinaires et de notaires non nommés par les pouvoirs publics, elles sont sujettes à la libre prestation des services largement reconnue et au droit d'établissement de leurs prestataires sur le territoire des Etats membres de l'Union européenne. Il apparaît que les justifications des restrictions indistinctement applicables sont plus restreintes dans le cadre de la directive 2006/123 que celles qui découlent du régime général du traité FUE, tel qu'interprété par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Les échanges de services entre les Etats membres de l'Union européenne sont ainsi davantage libéralisés que dans la relation bilatérale entre les Etats membres de l'Union européenne et la Suisse. Par ailleurs, des différences ont été notées en ce qui concerne le droit d'établissement des prestataires de services dans la mesure où ce droit est limité aux personnes physiques par l'ALCP alors qu'il s'applique aussi bien aux personnes physiques qu'aux personnes morales en vertu de la directive. En outre, les mesures d'accompagnement, consistant en une meilleure protection des consommateurs, une amélioration de la qualité des

services, une simplification administrative et une coopération administrative, sont susceptibles de faciliter la fourniture et le bénéfice de services en tant que telle et d'accroître la confiance des consommateurs desdits services proposés. De semblables mesures d'accompagnement font défaut dans la relation bilatérale entre les Etats membres de l'Union européenne et la Suisse.

203. S'agissant des professions qui font l'objet d'une exclusion partielle de la directive 2006/123, c'est-à-dire la profession d'avocats, elles sont soumises aux dispositions relatives à la liberté d'établissement des prestataires de services ainsi qu'aux mesures d'accompagnement prévues par la directive. Cela peut provoquer des distorsions de concurrence vis-à-vis des professions équivalentes exercées dans le cadre de la relation bilatérale entre les Etats membres de l'Union européenne et la Suisse. Seule la libre prestation des services ne sera pas régie par la directive 2006/123 et sera donc soumise aux règles du traité FUE pour les échanges entre Etats membres de l'Union européenne et aux règles de l'ALCP dans le cadre de la relation bilatérale entre les Etats membres de l'Union européenne et la Suisse. A ce titre, deux différences ont été notées : la limite temporelle des nonante jours et la possible restriction du cercle des destinataires de services aux seules personnes physiques. De telles différences sont susceptibles de créer des inégalités entre les opérateurs économiques des Etats membres de l'Union européenne et de la Suisse.

204. S'agissant des professions exclues de la directive 2006/123, sous réserve d'être exercées à l'égard de patients, à savoir les professions de médecins, de dentistes, de pharmaciens, de chiropraticiens, de psychologues-psychothérapeutes et d'orthophonistes, et des professions qui font l'objet d'une exclusion totale, à savoir les banquiers privés, les gérants de fortune et les notaires nommés par les pouvoirs publics, elles sont soumises dans les échanges entre Etats membres aux règles générales du traité FUE, en particulier les articles 49 et 56 du traité FUE, tels qu'interprétés par la Cour de justice de l'Union européenne. Le régime qui en découle est parfois différent de celui applicable dans la relation bilatérale entre les Etats membres de l'Union européenne et de la Suisse. S'agissant du droit d'établissement des prestataires de services, il est plus restreint dans le cadre de l'ALCP dans la mesure où ce droit est limité aux personnes physiques alors qu'il s'applique aussi bien aux personnes physiques qu'aux personnes morales en vertu de l'article 49 du traité FUE. S'agissant de la libre prestation des services, une limite temporelle de nonante jours et une possible restriction du cercle des destinataires de services aux seules personnes physiques découlent de l'application de l'ALCP. De telles différences sont également susceptibles de créer des inégalités entre les opérateurs économiques des Etats membres de l'Union européenne et de la Suisse.

205. La question se pose, en deuxième lieu, des avantages et des inconvénients d'une reprise ou d'une non-reprise de la directive 2006/123 dans le cadre de l'ALCP.

206. La non-reprise de la directive 2006/123, qui conduit à l'application du régime actuel de l'ALCP, a pour effet de créer des différences de traitement entre les échanges entre Etats membres, d'une part, et les échanges entre les Etats membres et la Suisse, d'autre part, tant en ce qui concerne la portée des règles de liberté de circulation qu'en ce qui concerne les mesures d'accompagnement. Ces différences ont été soulignées aux points 201 à 204 des présentes conclusions en ce qui concerne les professions totalement ou partiellement couvertes par la directive. La non-reprise de la directive 2006/123 n'a pas d'incidence directe sur les professions qui échappent au champ d'application de la directive. Un autre inconvénient réside dans la non-adaptation du droit découlant de l'ALCP aux évolutions de la législation de l'Union européenne, privant les premières dispositions du bénéfice de la modernité du droit dont jouit la directive 2006/123. En revanche, la non-reprise de la directive 2006/123 permet à la Suisse de maintenir une plus grande autonomie pour réglementer l'exercice des professions libérales sur son territoire en disposant notamment de la possibilité d'invoquer des justifications plus étendues au maintien des restrictions applicables à l'égard des opérateurs économiques des Etats membres de l'Union européenne.

207. La reprise de la directive 2006/123 dans le cadre de l'ALCP aurait pour effet de libéraliser la libre prestation des services et la liberté d'établissement des prestataires des services, d'aligner la réglementation applicable sur celle en vigueur dans les Etats membres de l'Union européenne, lesquels ont dû transposer la directive, d'accroître la sécurité juridique pour les opérateurs économiques et d'offrir les avantages qui découlent des dispositions en matière de protection des consommateurs, d'une amélioration de la qualité des services, d'une simplification administrative et d'une coopération administrative. En revanche, la Suisse verrait son autonomie législative réduite, particulièrement pour les professions qui sont visées par la directive. La réduction ou l'extension du champ des professions couvertes par la directive, dans le cadre d'une reprise partielle, serait une mesure inadéquate car elle créerait de nouvelles différences de traitement et causerait de nouvelles complications.

208. La question se pose, en troisième lieu, de déterminer les mesures à prendre en cas de distorsion découlant des différences de régime applicable entre la Suisse et l'Union européenne.

209. La reprise de la directive 2006/123 dans le cadre de l'ALCP permettrait d'éliminer les différences de traitement soulignées aux points 201 à 204 de nos conclusions, avec toutefois les inconvénients relevés.

210. L'adaptation autonome du droit suisse conformément à la directive pourrait constituer une mesure partielle en vue de remédier à certaines distorsions de concurrence. Toutefois, les effets d'une telle adaptation ne sauraient suffire à assurer la sécurité juridique attendue et à garantir la réciprocité de la libéralisation et de l'application des mesures d'accompagnement aux fournisseurs et aux consommateurs de services, ressortissants suisses dans les échanges avec les Etats membres de l'Union européenne.

211. Une reprise partielle de la directive 2006/123 ou une adaptation autonome du droit suisse, différente du contenu de la directive, devraient être écartées car elles créeraient de nouvelles différences de traitement et causeraient des difficultés supplémentaires.

Fait à Genève, le 10 octobre 2012.

Christine Kaddous