

RAPPORT AU CONSEIL DE L'ORDRE SUR L'APPLICATION DE LA DIRECTIVE SERVICE

La fameuse directive Bockelstein du nom du Commissaire européen en charge du marché intérieur a été finalement éditée le 12 décembre 2006. Le texte final est sans rapport avec le texte initial puisque le principe du pays d'origine a été supprimé. Il y a lieu de rappeler que la Directive des services s'inscrit dans un mouvement général qui se dessine en Europe et qui vise à favoriser un marché de services concurrentiel afin de favoriser la croissance. La Directive service a été inspiré par la déclaration du Conseil Européen de Lisbonne des 23 et 24 mars 2000 lequel a considéré que pour renforcer l'emploi et la cohésion sociale et pour parvenir une croissance économique durable afin de faire de l'Union Européenne l'économie fondée sur la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique il était nécessaire de supprimer tous les obstacles tout en garantissant un modèle social européen avancé.

La Directive service avait donc pour objet de donner à l'Union Européenne les mêmes règles qui ont favorisé le commerce des biens sur la base du principe énoncé dans le fameux arrêt « Cassis de Dijon » selon lequel les réglementations nationales ne peuvent pas faire obstacle à l'importation au sein des états membres des produits qui ont été fabriqués dans d'autres états membres.

Ce principe repose sur la confiance légitime qui est à la base de l'Union Européenne.

La difficulté en matière de services tient au fait que les réglementations nationales prennent en considération la protection du consommateur local en tenant compte d'une culture et d'une organisation spécifique du marché à l'intérieur des Etats membres. En particulier pour les services juridiques l'application du principe du pays d'origine était susceptible d'aboutir à des bouleversements profonds incompatibles avec la protection du consommateur. Par exemple, dans le domaine des services juridiques, il n'existe aucun monopole total pour la représentation en justice ou pour la consultation juridique. L'application du principe du pays d'origine avait pour conséquence de permettre aux nationaux de ces pays de pouvoir exercer les prestations juridiques sans remplir les conditions imposées par la loi du 31 décembre 1971.

Ces anomalies étaient particulièrement choquantes et le Conseil des Barreaux Européens est intervenu pour que la Commission modifie les projets qui avaient été établis afin de faire en sorte que la réglementation des états membres puisse subsister dès lors que celle-ci était proportionnée avec la protection du consommateur.

Curieusement, la Directive services n'avait pas soulevé à l'origine d'opposition manifeste. L'idée de favoriser les services et de réduire les obstacles était partagée par l'ensemble des acteurs concernés. Ce n'est que vers la fin de l'année 2004 et au début de l'année 2005 que l'opinion publique a changé essentiellement en France. Le CNB a établi deux rapports : l'un en date du 23 octobre 2004, l'autre en date du 15 janvier 2005. Dans le premier cas, il a considéré que la Directive ne remettait pas en cause les principes de la professions mais dans le deuxième rapport, le CNB sollicitait la non inclusion des avocats.

Le CCBE de son côté, s'était montré très prudent en considérant que la Directive présentait des avantages incontestables en ce sens qu'elle reconnaissait le principe de l'autorégulation des professions réglementées à un moment où la Directive concurrence dans le cadre du rapport Monti de février 2004 remettait en cause le principe des autorités de régulation des professions réglementées et qu'elle ne compromettait pas les directives sectorielles de 1977 et de 1998 sur la libre prestation de service et d'établissement¹.

Le CCBE faisait néanmoins des critiques sérieuses sur l'application du principe du pays d'origine et suggérait un certain nombre d'amendements au texte de la Directive. Puis, lors de l'Assemblée Plénière qui s'est tenue sous la présidence du soussigné et contre son gré², à l'initiative des barreaux français et espagnols, le CCBE a considéré qu'il y avait lieu de solliciter l'exclusion de la profession d'avocat de la Directive service en considérant que la réglementation des services de la profession d'avocat au sein de l'Union Européenne était assurée par les Directives sectorielles.

Finalement dans le cadre des négociations particulièrement difficiles, le Parlement et le Conseil ont trouvé un accord pour que la profession d'avocat soit assujettie à la Directive service seulement dans la mesure où elle ne l'est pas déjà dans le cadre des deux directives susvisées.

Quelles sont les conséquences de l'application de cette Directive aux avocats ?
La directive suggère des initiatives positives et énonce des prohibitions.

Pour ce qui concerne les initiatives positives, citons :

1. les Guichets uniques

1. Les États membres veillent à ce que les prestataires puissent accomplir, par l'intermédiaire de guichets uniques, les procédures et formalités suivantes:

a) l'ensemble des procédures et formalités nécessaires à l'accès à ses activités de services, en particulier, les déclarations, notifications ou demandes nécessaires aux fins d'autorisation auprès des autorités compétentes, y compris les demandes d'inscription dans les registres, rôles, bases de données ou à un ordre ou à une association professionnels;

b) les demandes d'autorisation nécessaires à l'exercice de ses activités de services.

2. La création des guichets uniques n'a pas d'incidence sur la répartition des attributions et des compétences entre les autorités au sein de chaque système national.

2. Droit à l'information

¹ Article 37 Codes de conduite au niveau communautaire :

Les États membres, en collaboration avec la Commission, prennent les mesures d'accompagnement pour encourager l'élaboration de codes de conduite au niveau communautaire, en particulier par des ordres, organismes ou associations professionnels, en vue de faciliter la fourniture de services ou l'établissement d'un prestataire dans un autre État membre, dans le respect du droit communautaire.

² car le barreau ne disposait d'aucun argument que les États membres auraient pu soutenir au sein du Conseil, le parlement étant en majorité contre l'exclusion des avocats.

1. Les États membres veillent à ce que les informations suivantes soient facilement accessibles aux prestataires et destinataires au moyen des guichets uniques:

- a) les exigences applicables aux prestataires ayant leur établissement sur leur territoire, en particulier celles concernant les procédures et formalités à suivre pour accéder aux activités de services et les exercer;
- b) les coordonnées des autorités compétentes permettant d'entrer en contact directement avec elles, y compris celles des autorités compétentes en matière d'exercice des activités de services;
- c) les moyens et les conditions d'accès aux registres et bases de données publics relatifs aux prestataires et aux services;
- d) les voies de recours normalement disponibles en cas de litige entre les autorités compétentes et le prestataire ou le destinataire, ou entre un prestataire et un destinataire, ou entre prestataires;
- e) les coordonnées des associations ou organisations, autres que les autorités compétentes, auprès desquelles les prestataires ou les destinataires sont susceptibles d'obtenir une assistance pratique.

Procédures par voie électronique³

1. Les États membres veillent à ce que toutes les procédures et formalités relatives à l'accès à une activité de service et à son exercice puissent être effectuées facilement, à distance et par voie électronique, par l'intermédiaire du guichet unique concerné et des autorités compétentes.

Pour ce qui concerne la suppression des barrières, la Directive ne fait que formaliser l'évolution de la jurisprudence en rappelant les principaux points qui doivent être pris en compte dans les législations des États membres, c'est-à-dire la non discrimination liée à des raisons de nationalité ou en raison d'établissement d'origine du prestataire de service, l'exigence de sécurité publique sur laquelle est fondée la réglementation, l'application de la règle de proportionnalité pour que les restrictions de concurrence dans le secteur des services considéré (en l'espèce les services juridiques) soient à la mesure de la réalisation des objectifs poursuivis. La directive énonce des prohibitions qui concernent des conditions qui pourraient être imposées pour certains services, (autorisation, exigence de localisation du siège social, condition de nationalité etc. etc.), la plupart de ces prohibitions résultent de la jurisprudence et la directive n'ajoute rien. Pour ce qui concerne la profession d'avocat, l'exigence nouvelle est celle de la prohibition de l'obligation de constituer ou de participer à une garantie financière ou de souscrire une assurance auprès d'un prestataire ou d'un organisme établi sur le territoire français⁴. Mais Ceci ne porte pas atteinte à la possibilité pour les États membres d'exiger une couverture d'assurance ou des garanties financières en tant que telles et ne porte pas atteinte aux exigences relatives à la participation à un fonds collectif de compensation, par exemple pour les membres d'ordres ou organisations professionnels. La police

³ La Commission adopte, selon la procédure visée à l'article 40, paragraphe 2, les modalités d'application du paragraphe 1 du présent article, afin de faciliter l'interopérabilité des systèmes d'information et l'utilisation des procédures par voie électronique entre États membres, en tenant compte des normes communes qui ont été définies au niveau communautaire

⁴ (article 14 7°)

collective souscrite par notre barreau pourrait être analysée comme un fonds collectif de compensation et la prohibition ne devrait pas concerner notre barreau.

— avant le 25 jué 2009 —

Pour ce qui concerne les mesures à évaluer, la directive cite les points ci-après :

- Les limites quantitatives ou territoriales sous forme, notamment, de limites fixées en fonction de la population ou d'une distance géographique minimum entre prestataires;
- les exigences qui imposent au prestataire d'être constitué sous une forme juridique particulière;
- les exigences relatives à la détention du capital d'une société;
- les tarifs obligatoires minimum et/ou maximum que doit respecter le prestataire

Ces différents points exigent une évaluation. Notre barreau est concerné, car cela concerne la postulation territoriale, le contrôle du capital des structures d'exercice et les tarifs.

En ce qui concerne la postulation territoriale, le développement d'un système intranet est susceptible de conduire à la disparition de la postulation territoriale, sauf certaines procédures qui peuvent le justifier, (ventes judiciaires par exemple).

En ce qui concerne le capital des structures, une étude doit être faite pour démontrer que l'indépendance de la profession impose le contrôle du capital par la profession et doit apprécier la question soulevée de l'ouverture du capital à des tiers non avocats⁵

En ce qui concerne les tarifs, une étude doit également être entreprise pour savoir s'ils sont justifiés par l'objectif recherché. Sur ce point, le tarif des avocats étant dépassé, la question se pose plus de savoir si un tarif doit être recherché ou non.

A ce stade, le Conseil de l'ordre doit décider de mettre en place le guichet informatisé, qui serait appelé à devenir le guichet unique de la profession et à mettre en chantier les études d'évaluation sur les points ci-dessus.

Dans le domaine des services juridiques, l'identification des obstacles ne concerne pas la profession d'avocat puisque la profession d'avocat est ouverte. Par ailleurs, la France applique les directives de 1977 et de 1998. En revanche, sur le marché du droit au sens plus général du terme, il existe un certain nombre d'obstacles que la Directive service est de nature à voir levés à terme très prochain :

- Existence de numerus clausus pour les professions d'avocat aux conseil et d'avoué,
- Justification de la postulation réservé devant les Cours d'appel
- Tarifs des avoués

Ces questions qui sont évoquées par la Commission Attali méritent d'être traitées par notre Barreau afin qu'il contribue aux orientations de la profession moderne.

⁵ Un cabinet australien est coté en bourse depuis le printemps et le legal services bill anglais doit être adopté prochainement.