

COPERNIC FLASH

Octobre 2005



LA PROPOSITION DE DIRECTIVE EUROPEENNE

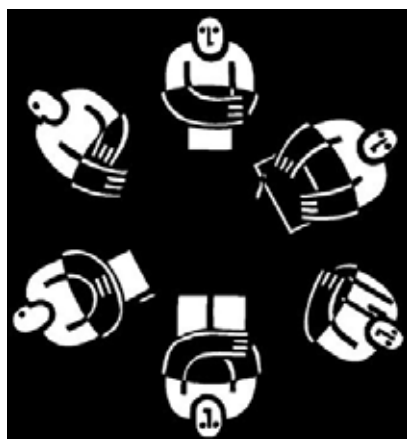
RELATIVE AUX SERVICES DANS LE MARCHÉ INTERIEUR

dite « PROPOSITION BOLKESTEIN »

par Raoul Marc JENNAR, docteur en science
politique, chercheur, membre de l'URFIG et de la
fondation Copernic

Pour remettre à l'en droit tout ce que le libéralisme fait fonctionner à l'envers

Fondation Copernic



1. Rétroactes

a) Le Traité de Rome (1957) inscrit la liberté d'établissement et de circulation des services comme un des objectifs de la Communauté Economique Européenne.

b) L'Acte Unique (1986), puis le Traité de Maastricht (1992) ouvrent la voie à la libéralisation des services du secteur marchand.

c) Dans le cadre de la stratégie de Lisbonne (2000), « le Conseil européen demande donc à la Commission, au Conseil et aux Etats membres, eu égard à leurs compétences respectives : - de définir d'ici à la fin 2000 une stratégie pour l'élimination des entraves aux services¹. »

d) Le Conseil européen réuni à Bruxelles en octobre 2003, invite la Commission « à présenter les nouvelles propositions qui s'imposent pour achever le marché intérieur et exploiter pleinement son potentiel pour stimuler l'esprit d'entreprise et pour créer un véritable marché intérieur des services, tout en tenant dûment compte de la nécessité de préserver la fourniture et l'échange de services d'intérêt général.² »

e) Le 13 janvier 2004, alors que la Commission n'a déposé aucune proposition sur les services d'intérêt général, le Commissaire au marché intérieur, M. Fritz Bolkestein, présente sa « proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur » à la Commission qui est unanime à l'approuver.³

2. La proposition et ce qu'il faut en penser

Les dispositions les plus importantes se trouvent dans les 25 premiers articles : les articles 1 à 4 définissent le **champ d'application** de la directive ; les articles 5 à 15 traitent de la **liberté d'établissement** ; les articles 16 à 25 concernent la **liberté de circulation**. On peut prendre connaissance du texte complet sur le site Internet de la Commission européenne à l'adresse suivante :

http://www.europa.eu.int/eur-lex/pri/fr/lip/latest/doc/2004/com2004_0002fr01.doc

2.1 le champ d'application

Le propos de la directive est de fournir un cadre juridique unique pour le commerce des services en supprimant les barrières à la liberté d'établissement et à la liberté de circulation des services.

¹ Conseil européen de Lisbonne, 24 mars 2000. Conclusions de la Présidence, § 17.

² Conseil européen de Bruxelles des 16/17 octobre 2003. Conclusions de la Présidence, point 16. Le « service d'intérêt général » est un concept qui n'a aucune existence juridique. Il n'est présent dans aucun traité. Pourtant, il a été utilisé à de nombreuses reprises comme un synonyme de « services publics » et il a fait l'objet d'une abondante littérature de la part de la Commission (Communication en 2000, Livre Vert en 2003 et Livre Blanc en 2004). Il y est clairement précisé que les termes « service d'intérêt général » et « service d'intérêt économique général » ne doivent pas être confondus avec l'expression « service public (p. 23 du Livre Blanc).

³ En ce compris et sans la moindre restriction (*Le Monde*, 24 mars 2005), les commissaires français Barnier et Lamy, ce dernier adoptant la même attitude que ses 8 collègues sociaux-démocrates et sa collègue verte.

La directive définit (art. 4) les services comme suit : « *toute activité économique non salariée visée à l'article 50 du traité consistant à fournir une prestation qui fait l'objet d'une contrepartie économique.* ».

On mesure l'ampleur du champ d'application : sont visés tous les services, à l'exception de ceux qui sont fournis directement et gratuitement par les pouvoirs publics. Les services sociaux, l'enseignement, l'audiovisuel et la culture sont concernés, mais également les services juridiques, les professions réglementées, la santé et l'ensemble du système de couverture des soins de santé qui font d'ailleurs l'objet de dispositions particulières.

En fait, ne sont exclus du champ d'application que les services qui font déjà l'objet d'une législation européenne spécifique (télécommunications, transports, services financiers)

2.2 la liberté d'établissement

Afin de faciliter la liberté d'établissement, les Etats devront limiter les conditions d'autorisation d'une activité de service. Ces conditions devront être non discriminatoires, objectivement justifiées par une raison impérieuse d'intérêt général, proportionnelles à cette raison impérieuse, précises et non équivoques, objectives et rendues publiques à l'avance.

Un recours juridictionnel par le prestataire privé devra être rendu possible contre un non respect des limites apportées aux conditions d'établissement par les pouvoirs publics.

Les Etats n'auront plus le droit de formuler les exigences suivantes :

- l'exigence de nationalité pour le prestataire, son personnel, les personnes détenant le capital social, les membres des organes de gestion et de surveillance ;
- l'exigence de résidence sur le territoire pour les mêmes personnes ;
- subordonner l'autorisation d'établissement à la preuve de l'existence d'un besoin économique ou d'une demande du marché ;
- subordonner l'autorisation d'établissement à l'évaluation des effets économiques potentiels ou actuels de l'activité envisagée ;
- subordonner l'autorisation d'établissement à l'adéquation de l'activité envisagée avec les objectifs économiques des pouvoirs publics ;
- 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 où le prestataire de services opère
- l'obligation d'avoir été inscrit sur un registre ou d'avoir exercé l'activité pendant une période donnée.

En outre les Etats devront modifier leur législation afin d'enlever tout caractère jugé « discriminatoire » aux exigences suivantes, afin de justifier leur raison d'être et afin de prouver qu'elles ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif :

- les limites quantitatives ou territoriales basées sur la population ou sur une distance géographique minimum ;
- l'obligation de se constituer sous une forme juridique particulière (personne morale, société personnelle, entité sans but lucratif, société appartenant exclusivement à des personnes physiques) ;
- les exigences liées à la détention du capital : obligation de disposer d'un capital minimum pour certaines activités ou d'avoir une qualification personnelle particulière pour détenir le capital social ou gérer certaines sociétés ;
- les exigences qui imposent un nombre minimum d'employés ;
- les tarifs obligatoires (minimum ou maximum) que doit respecter le prestataire ;
- les interdictions et obligations en matières de ventes à perte et de soldes ;

- l'obligation faite à un prestataire de donner accès à certains services fournis par d'autres prestataires ;
- l'obligation pour le prestataire de fournir, conjointement à son service, d'autres services spécifiques ;

C'est la Commission européenne, dont on connaît la dévotion aux firmes privées, qui vérifiera l'adaptation des législations des Etats membres à ces nouvelles libéralités.

Cette proposition dépouille les pouvoirs publics du droit à orienter la manière dont s'organise l'activité, le développement et l'expansion économiques.

Les exigences en matière de limites quantitatives ou territoriales, de forme juridique imposée au prestataire, du minimum de personnel requis, de tarifs obligatoires minimum ou maximum sont les piliers fondamentaux de la plupart des systèmes nationaux de soins de santé. Ce sont précisément ces exigences que la directive veut interdire. En interdisant les instruments qui permettent de planifier l'offre, de fixer les prix, de réglementer l'accès aux professions de santé, l'ouverture ou l'installation de structures de soins et d'éviter la commercialisation de l'offre, elle supprime les instruments dont les Etats ont besoin pour réguler la qualité, l'accessibilité pour tous et la viabilité du système des soins de santé. Il résulte de cette directive que la Commission s'arroge des pouvoirs de réglementation des systèmes de sécurité sociale. Elle viole l'article 152-5 du Traité instituant la Communauté européenne qui stipule que « *l'action de la Communauté dans le domaine de la santé publique respecte pleinement la responsabilité des Etats membres en matière d'organisation et de fourniture des services de santé et de soins médicaux.* »

A propos de l'interdiction faite par la proposition de directive aux Etats d'imposer des critères géographiques à l'établissement d'une activité de service, le Conseil d'Etat, dans son avis du 18 novembre 2004, prenant l'exemple des officines pharmaceutiques, souligne que « *la liberté d'installation de ces professionnels de la santé selon la seule logique économique du marché priverait les malades de l'accès facile aux produits de santé auxquels ils ont légitimement droit.* »⁴

2.3 la liberté de circulation

Afin de supprimer les obstacles à la libre circulation des services, le projet renonce à une pratique constante dans la construction européenne, érigée en quasi principe fondateur : l'harmonisation. Pour comprendre ce changement radical, il faut garder à l'esprit l'incidence de l'arrivée de dix nouveaux Etats membres dont les législations fiscales, sociales et environnementales vont dans le sens de l'Etat minimum. Harmoniser ne répond plus nécessairement à l'intérêt des firmes privées. On remplace donc, quand c'est utile, l'harmonisation par le « **principe du pays d'origine.** »

L'article 16 de la proposition dispose que (§1) que « *Les Etats membres veillent à ce que les prestataires soient soumis uniquement aux dispositions nationales de leur Etat membre d'origine.* ». Les dispositions visées (§2) concernent l'accès à l'activité d'un service et à son exercice, le comportement du prestataire, le contenu et la qualité du service, la publicité, les contrats et la responsabilité du prestataire. C'est l'Etat membre d'où le prestataire est originaire (§ 3) qui est chargé du contrôle de celui-ci et des services qu'il fournit, y compris lorsqu'il opère dans un autre Etat.

Selon la Commission, il faut interpréter le principe du pays d'origine de la manière suivante :

« *Le principe du pays d'origine signifie que tout prestataire de service qui souhaite prêter un service dans un autre Etat*

⁴ Conseil d'Etat. Assemblée générale. Avis n° 371.000 – 18 novembre 2004.

*membre sans y avoir de présence permanente doit, en principe, se conformer uniquement aux exigences administratives et juridiques de son seul pays d'établissement. Il s'ensuit que les États membres ne peuvent limiter les prestations de services transfrontalières fournies par un opérateur établi dans un autre État membre en surajoutant leur propre régime administratif et juridique aux exigences auxquelles le prestataire est déjà soumis dans son pays d'établissement.*⁵»

La proposition précise (art.4) ce qu'il faut entendre par « pays d'établissement » : le pays où a lieu « l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable du prestataire pour une durée indéterminée. »

Il en résulte (art. 16 § 3) qu'au sein de l'Union européenne, un Etat ne pourra plus imposer à un prestataire de service ayant son siège social dans un autre Etat les exigences suivantes :

- d'avoir un établissement sur son territoire ;
- de notifier sa présence, de solliciter une autorisation, d'être inscrit dans un registre ou dans un ordre professionnel ;
- de disposer sur son territoire d'une adresse, d'un représentant ou d'y élire un domicile ;
- de respecter la législation ou la réglementation nationale relatives à l'activité de service du prestataire ;
- d'appliquer un régime contractuel particulier entre le prestataire et le destinataire si ce régime empêche ou limite la prestation de service à titre indépendant ;
- de posséder un document d'identité spécifique à l'exercice de son activité de service ;
- d'imposer des conditions relatives à l'utilisation d'équipements qui font partie intégrante de la prestation de son service.

Dépourvu de ces éléments, un Etat ne sera plus en mesure de faire respecter un code du travail. Le marché du travail en sera totalement bouleversé.

Un nombre limité de dérogations au principe du pays d'origine sont prévues (art. 17) : elles concernent les secteurs de service qui font déjà l'objet d'une directive comme, par exemple, les services postaux, les services de distribution d'électricité, de gaz et d'eau.

Des dérogations transitoires sont également prévues (art. 18) ainsi que des dérogations dans des trois domaines précis (art. 19) :

- la sécurité des services, y compris les aspects liés à la santé publique
- l'exercice d'une profession de la santé ;
- la protection de l'ordre public.

Dans ces trois cas, un Etat membre peut imposer, à titre exceptionnel, à un prestataire provenant d'un autre Etat membre des mesures à condition que les dispositions contenues dans ces mesures n'aient pas fait l'objet d'une harmonisation communautaire, que ces mesures soient plus protectrices que celles en vigueur dans le pays d'origine du prestataire, que ces mesures soient proportionnelles aux besoins.

Selon ce principe, un prestataire de services est soumis exclusivement à la loi du pays où il s'établit et non à la loi du pays où il fournit le service. On se trouve en présence d'une incitation légale à délocaliser vers les pays où les exigences fiscales, sociales et environnementales sont les plus basses avec pour conséquence que ce phénomène devenu une règle européenne sera massif et provoquera donc une pression sur les pays dont les standards fiscaux, sociaux et environnementaux protègent davantage l'intérêt général.

En créant ce principe du pays d'origine, la directive viole l'article 50 du traité instituant la Communauté européenne. Celui-ci stipule que « le prestataire peut, pour l'exécution de sa prestation, exercer à titre temporaire, son activité dans le pays

où la prestation est fournie, dans les mêmes conditions que ce pays impose à ses propres ressortissants. » Avec le principe du pays d'origine, la Commission européenne dispense un prestataire de services établi dans un pays de respecter les lois des autres pays de l'Union. La Commission européenne, qui se considère au dessus des lois lorsqu'il s'agit de satisfaire les firmes privées, s'autorise à modifier le traité par le biais d'une directive.

Le pays d'origine, ce sera en quelque sorte le pavillon de complaisance des firmes prestataires de services.

Le Conseil d'Etat, dans l'avis déjà cité, souligne que « la proposition de directive, en ce qu'elle fait une application généralisée du principe du pays d'origine du prestataire de service, en renonçant à procéder à une harmonisation des législations et réglementations des Etats membres, traduit un changement profond de méthode. L'application simultanée de plusieurs droits nationaux, qui sont placés en concurrence, sur un même territoire soulève plusieurs questions de principe. » L'avis identifie six incidences de l'application de ce principe pour la sécurité juridique qui justifient au moins une modification du texte de la proposition. Il souligne plusieurs effets de l'absence d'une harmonisation minimale des législations sur le principe d'égalité devant la loi et sur la sauvegarde des intérêts publics liés à la particularité de certaines activités. Il démontre que l'application du principe du pays d'origine « affectera très sensiblement l'autorité » des organisations professionnelles qui garantissent « un intérêt public majeur tel que la protection de la santé publique ou l'accès au droit et à la justice ». Il met en évidence les effets de la remise en cause du principe de l'application territoriale de la loi pénale au regard du respect de l'égalité devant la loi et convient que « cette rupture du principe d'égalité devant la loi ne pourrait trouver de justification objective et proportionnée que dans le constat préalable d'une harmonisation suffisante de chacune des législations nationales régissant les activités de service en cause.

Au motif de favoriser de la libre circulation des services, la proposition s'écarte une nouvelle fois du Traité instituant la Communauté européenne (article 152-5, déjà cité) en permettant (article 23) au prestataire de soins qui vient s'installer dans un pays de ne pas respecter le système de sécurité sociale du pays où il s'installe.

La Commission se défend en affirmant que sa proposition ne modifie en rien la directive 96/71/EC sur le détachement des travailleurs. Les Etats conservent le droit de conduire les inspections et d'exercer les contrôles afin de vérifier le respect des règles relatives à l'embauche et aux conditions de travail. Mais dans le même temps, la directive proposée (article 24) interdit aux pouvoirs publics du pays dans lequel du personnel est détaché d'exiger de l'employeur et de son personnel détaché de soumettre ses activités à autorisation et à enregistrement, de disposer d'un représentant sur son territoire et de tenir des documents sociaux à la disposition des autorités du pays d'accueil.

En outre, faute de proposer une harmonisation en matière de normes de qualité, de protection de l'ordre public, de formation professionnelle minimale, de critères de qualification professionnelle et de mécanismes de contrôle, la directive ne garantit pas la mise en place d'un système effectif et efficace de coopération administrative entre l'Etat d'origine et l'Etat d'accueil.

Lorsque le personnel détaché provient d'un Etat qui n'est pas membre de l'Union, la directive (article 25) interdit à l'Etat d'accueil de soumettre l'employeur et son personnel à des contrôles préventifs, en particulier en ce qui concerne les titres d'entrée et de séjour, les permis de travail ; elle interdit de même à l'Etat d'accueil d'imposer un contrat de travail à durée indéterminée ou de fournir la preuve d'un emploi antérieur dans l'Etat d'origine de l'employeur. Seule l'obligation d'un visa de courte durée pour les ressortissants des pays tiers qui ne sont pas

⁵ Proposition de directive sur les services dans le marché intérieur : questions fréquemment posées, DN : MEMO/04/3, 13 janvier 2004.

assimilés aux pays de la zone Schengen n'est pas remise en cause. Ainsi seront ruinés tous les efforts consentis pour combattre le trafic des êtres humains, le travail clandestin et les formes nouvelles d'esclavagisme !

3. Les acteurs politiques et la procédure en cours

Il importe de savoir :

a) que depuis son dépôt, le 13 janvier 2004, AUCUN gouvernement n'a demandé le retrait de cette proposition ;

b) que le Conseil des Ministres européen n'a jamais exprimé le souhait que la proposition soit retirée ;

c) que la proposition n'a jamais été retirée par la Commission européenne qui, seule, a le pouvoir d'effectuer ce retrait ;

d) que l'UMP, l'UDF et le PS ne se sont exprimés sur cette proposition qu'un an après son dépôt et uniquement quand elle a fait irruption dans le débat sur le traité constitutionnel européen, illustrant parfaitement le modèle de société proposé par le TCE ;

e) que les déclarations relatives à une « mise à plat » de la directive (Michel Barnier, UMP) ou à sa « disparition dans les poubelles de l'Histoire » (Dominique Strauss-Kahn, PS) étaient uniquement destinées à tromper l'opinion publique ;

f) que la décision du Conseil européen (réunion des Chefs d'Etat et de gouvernement) du printemps 2005 indique que « Dans le contexte de l'achèvement du marché intérieur, le Conseil européen a identifié les domaines prioritaires ci-après. Pour promouvoir la croissance et l'emploi et pour renforcer la compétitivité, le marché intérieur des services doit être pleinement opérationnel tout en préservant le modèle social européen. À la lumière du débat en cours, qui montre que la rédaction actuelle de la proposition de directive ne répond pas pleinement aux exigences, le Conseil européen demande que tous les efforts soient entrepris dans le cadre du processus législatif pour dégager un large consensus répondant à l'ensemble de ces objectifs⁶. » Ce qui signifie que priorité a été donnée aux travaux du Parlement européen et que « l'urgence » demandée un an plus tôt pour l'examen de cette proposition n'est plus d'actualité suite à la pression populaire contre cette proposition ;

g) que la procédure parlementaire en est encore au stade de la première lecture. Plusieurs parlementaires de gauche ont déposé un amendement demandant le retrait pur et simple de la proposition. D'autres amendements modifient le texte. Plusieurs d'entre eux réduisent considérablement le champ d'application de la directive. Certains suppriment le principe du pays d'origine, mais d'autres le remplacent par le principe de la reconnaissance mutuelle qui n'est qu'une variante du principe du pays d'origine dans la mesure où il permet à l'Etat d'accueil de déroger à celui-ci quand il invoque l'intérêt général. Or, l'Union européenne vit sous l'empire d'une définition extrêmement restrictive de l'intérêt général arrêtée par la Cour européenne de Justice qui refuse, par exemple, de considérer la paix sociale comme un élément constitutif de l'intérêt général. Les votes sur ces amendements interviendront d'abord dans la commission parlementaire du marché de l'intérieur, le 22 novembre. Les votes en séance plénière, à Strasbourg, auront lieu à la mi-janvier 2005. Alors sera terminée la première lecture. On peut prendre connaissance des différents amendements en consultant le site Internet du Parlement européen ; composer cette adresse :

<http://www.europarl.eu.int/activities/expert/committees.do?language=FR>

Ensuite, visiter la commission IMCO.

Une analyse complète de la proposition et des amendements est proposée dans une brochure de 60 pages publiée par l'URFIG (urfig@wanadoo.fr).

La proposition de directive sur les services de la Commission européenne est une machine de guerre contre le droit du travail, contre les services publics, contre la sécurité sociale, contre la capacité d'action des pouvoirs locaux. C'est un instrument de régression sociale qui entend détruire une société où la solidarité demeure un objectif au profit d'une société du chacun pour soi.

Son rejet doit être l'objectif prioritaire de celles et ceux qui entendent privilégier la dignité à laquelle chaque être humain a droit au sein d'une collectivité solidaire.

La procédure législative européenne de la codécision

La procédure de la codécision est la suivante. La Commission envoie sa proposition au Parlement et au Conseil. Le Parlement l'examine dans la commission parlementaire compétente qui travaille sur le fond ; d'autres commissions parlementaires peuvent être sollicitées pour avis. La commission compétente procède ensuite aux votes sur les amendements proposés. Le texte ainsi adopté est ensuite soumis à la séance plénière du Parlement qui se prononce à son tour.

Le texte issu de cette première lecture est ensuite communiqué au Conseil des Ministres. Celui-ci, en prenant en considération la proposition initiale de la Commission et le texte adopté par le Parlement, arrête son propre texte à la majorité qualifiée. Si ce texte est identique à celui adopté par le Parlement, le texte devient la loi européenne.

S'il est différent, il est soumis au Parlement pour une deuxième lecture selon une procédure identique à la première. Le Parlement peut rejeter en totalité le texte du Conseil et la procédure est close. Il peut aussi l'adopter tel quel et le texte devient la loi européenne. Mais s'il ne l'adopte pas tel quel et procède à des amendements, ceux-ci sont examinés ensuite par le Conseil qui décide à la majorité qualifiée. Sauf si la Commission remet un avis négatif sur les modifications apportées par le Parlement. Il doit alors décider à l'unanimité.

Si le Conseil n'approuve pas les amendements du Parlement, un comité de conciliation Parlement-Conseil est convoqué qui négocie sur la base du texte modifié par le Parlement en deuxième lecture. Si ce comité ne s'accorde pas sur un texte, la procédure est close. Si un compromis se dégage, celui-ci est soumis à la fois au Conseil et au Parlement pour une troisième lecture. Le Conseil se prononce à la majorité qualifiée et le Parlement à la majorité absolue. Si ces majorités font défaut, l'examen de la proposition est abandonné.

⁶ Conseil européen de Bruxelles, le 22 et 23 mars 2005. Conclusions de la présidence : point 22.