



Secrétariat National à l'Europe

10 rue de Solférino
75333 Paris Cedex 07
Tél. 01 45 56 77 00
Fax : 01 47 055 15 78

Parti Socialiste

www.parti-socialiste.fr

Paris, le 25 janvier 2005

Note au Bureau National sur la directive « relative aux services dans le marché intérieur »

Introduction

L'examen en cours par le Parlement européen, le Conseil et les acteurs économiques et sociaux concernés, de la proposition de directive dite Bolkestein « **relative aux services dans le marché intérieur** » adoptée le 13 janvier 2004 par la Commission européenne a d'ores et déjà mis en évidence trois grands types de problèmes :

- Les incertitudes liées au champ d'application de la directive notamment pour les Services d'intérêt général;
- Les effets du Principe du Pays d'Origine (PPO) sur le niveau des normes applicables dans les activités de service, sur la protection des consommateurs et sur le droit des travailleurs ;
- Les menaces sur des professions dont l'activité est réglementée pour des raisons d'intérêt public.

I. Un champ d'application extensif aux contours mal définis

De la facilitation administrative ...

Le projet de directive du 13 janvier 2004 vise à faciliter « *l'exercice de la liberté d'établissement des prestataires de service dans les Etats membres ainsi que la libre circulation des services* ».

Le but affiché est d'encourager la commercialisation des services d'un pays à l'autre de l'Union, afin de favoriser l'essor d'un secteur dont la Commission souligne qu'il représente environ 70 % du PIB et des emplois en Europe¹.

Les dispositions qui visent à simplifier les démarches administratives (« guichet unique », simplification des procédures, droit à l'information sur les règles du pays, inscription électronique, etc.) ne soulèvent pas de problème particulier pour la plupart des secteurs économiques marchands.

¹ Mais ce chiffre, censé souligner l'importance économique du secteur des services, ne peut que contribuer à renforcer l'inquiétude quant aux domaines visés par la Commission, puisqu'on ne peut l'atteindre qu'en incluant l'éducation, la santé, l'énergie, les transports...

...au démantèlement horizontal de toutes réglementations

Cependant la définition des services retenue dans la proposition de directive est tellement extensive qu'elle mêle des secteurs qui ne peuvent relever de la même logique. En effet, le champ d'application de la directive inclut des activités aussi diverses que les services aux entreprises (comptabilité, informatique, etc.), la publicité, la construction, les services de logement, la grande distribution, le commerce de détail, les parcs de loisirs, certains services de santé, les services culturels, d'audiovisuel et de presse, certains services d'éducation, sans compter les notaires, les huissiers et les architectes.

La directive prétend démanteler d'un coup au travers d'un nombre limité de dispositions légales horizontales, l'ensemble des lois et réglementations qui encadrent ces activités et qui ne sont considérés que comme autant d'obstacles au commerce des services au sein du marché intérieur.

Libéralisation sans harmonisation

Une telle démarche est sans précédent. Jamais jusqu'ici la Commission européenne n'avait proposé de traiter des domaines si différents dans une même législation.

Ce choix rompt avec la tradition des instruments législatifs sectoriels utilisés pour achever le marché intérieur. L'approche sectorielle permet en effet de prendre en compte les spécificités d'un secteur et d'harmoniser dans l'ensemble de l'Union les législations applicables, à proportion de l'ouverture transfrontalière.

Des exceptions ont été prévues. Sont explicitement placés hors du champ de la directive certains secteurs déjà traités par des législations européennes particulières (les services financiers, les transports, les services et réseaux de communication électroniques, la fiscalité). Quelques autres domaines, qui font l'objet de directives sectorielles de libéralisation, bénéficient d'exemptions partielles concernant la règle du pays d'origine (services postaux, distribution d'électricité, de gaz, d'eau, droits d'auteurs, remboursements des soins hospitaliers, etc.) ou de dérogations transitoires (transports de fonds, jeux d'argent, etc.). Mais tous les autres services sont concernés et des zones grises subsistent pour une partie des secteurs exclus.

Les services d'intérêt général dans la "zone grise"

Ainsi en ce qui concerne les services publics, la directive exclut de son champ d'application les services délivrés par l'Etat « *sans contrepartie économique* ». Mais le critère de la « contrepartie économique » est insuffisant pour écarter l'ensemble des Services d'Intérêt Général. De nombreux services publics (santé, enseignement, justice) peuvent en effet donner lieu à versement

d'argent de la part de l'utilisateur². En principe l'éducation et la santé sont exclues, mais des zones grises existent quand la limite entre activité économique et non économique n'est pas claire. Seuls les services d'intérêt général strictement non économiques sont préservés, c'est-à-dire pour l'essentiel les services régaliens de l'Etat. **Rien ne garantit notamment que la santé, l'aide sociale et médico-sociale, les services à domicile des personnes, les services culturels, une partie des transports publics et de l'éducation soient totalement exclus du champ de la directive.**

Cela revient à introduire sans débat la concurrence dans des services publics et sociaux qui étaient restés à l'écart des directives sectorielles de libéralisation.

Non seulement de nombreux services d'intérêt général qui n'étaient pas concernés jusqu'ici par la législation communautaire se trouvent affectés, mais mêmes les SIEG déjà couverts par des directives sectorielles pourraient désormais en relever au moins partiellement. Cette confusion quant aux règles applicables est de nature à remettre en cause l'équilibre, déjà fragile et insatisfaisant, établi dans les directives sectorielles entre harmonisation, obligations de service public et ouverture des marchés.

C'est pourquoi il est essentiel d'établir explicitement que tous les services publics, y compris ceux qui sont déjà couverts par des directives sectorielles, seront complètement, et non partiellement, exclus du champ d'application de la directive service. Il en va de même de l'ensemble du secteur de l'économie sociale dont les spécificités doivent être reconnues dans le droit communautaire.

Le statut des services financiers est également incertain malgré leur apparente exclusion. Des doutes existent au sujet des fonds de pension et des services d'assurance.

² *Un parallèle peut être établi avec la définition des « services délivrés dans l'exercice du pouvoir gouvernemental » dans l'Accord Général sur le Commerce des Services au sein de l'OMC. La définition très restrictive de cette catégorie de services dans l'AGCS renvoie au caractère non-commercial, ce qui n'exclut pas de nombreux services publics payant ou en situation de concurrence. En reprenant une définition similaire pour l'organisation interne de ses services, l'Union ne se place pas en position de force pour défendre un traitement différencié des services publics dans les négociations commerciales internationales.*

II. Le principe du pays d'origine

L'élément central de la directive est l'introduction dans la législation communautaire d'une disposition qui ne figure dans aucun traité: le « principe du pays d'origine » (PPO)³. En vertu de celui-ci, les prestataires de service seraient « *soumis uniquement aux dispositions nationales de leur Etat membre d'origine* ». Ils pourraient ainsi proposer leurs services dans un autre pays, en ne respectant que les exigences administratives et juridiques du « pays d'Etablissement » auquel ils sont rattachés. Ils ne seraient donc plus tenus de satisfaire à d'éventuelles exigences supplémentaires de l'Etat d'accueil : aucune réglementation nationale ne leur serait plus opposable. Le PPO s'applique aux règles régissant le comportement du prestataire, la qualité ou le contenu du service, la publicité, les contrats et la responsabilité du prestataire. C'est au pays d'origine qu'incomberait le contrôle du prestataire.

Ce principe est totalement contraire à la démarche communautaire qui vise à rapprocher les dispositions des États membres, à les harmoniser autant que possible et à favoriser les reconnaissances mutuelles. Pour la première fois, la Commission européenne propose une législation qui, à l'inverse de l'esprit communautaire, encourage la disparité des droits nationaux et organise la concurrence entre la législation des États membres.

De plus, cette concurrence donne une prime à l'Etat le moins exigeant et constitue un moyen de contourner et d'abaisser les normes dans les secteurs concernés.

L'affaiblissement des contrôles

La proposition de directive établit qu'en vertu du PPO, c'est l'Etat membre d'origine qui est en charge du contrôle du fournisseur et des services qu'il délivre dans un autre Etat membre. Ainsi, l'Etat en charge des contrôles n'est pas celui qui a accès aux moyens d'information le plus direct. Comment l'Etat membre compétent jouera-t-il son rôle? La directive met en place un système d'assistance mutuelle entre les Etats aux fins de procéder aux contrôles. Elle ne comporte cependant pas de réelle indication sur la manière de mettre en oeuvre cette assistance mutuelle.

Jusqu'à présent, dans des secteurs tels que la santé, l'éducation, la culture, l'audiovisuel, les services sociaux, les principes de subsidiarité et de proportionnalité en droit communautaire permettaient de respecter le droit des Etats à préserver leur capacité à réguler les services prestés sur leur territoire.

³ Il dérive de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes. Développé au départ dans le domaine de la libre circulation des marchandises, il ne s'applique qu'à quelques réglementations spécifiques dans le domaine des services, avec généralement un minimum d'harmonisation préalable.

Le principe d'assistance mutuelle établi dans la directive services va également à l'encontre du rôle traditionnel de la Commission en matière de contrôle dans le cadre des procédures d'infractions (Article 226 CE). En outre, les dispositions de la proposition de directive n'établissent pas un niveau suffisant de confiance mutuelle entre les Etats membres, nécessaire à l'application du principe du pays d'origine : la proposition le reconnaît implicitement puisqu'elle prévoit une harmonisation ultérieure au niveau européen dans les domaines des minima de qualité des normes, de la protection de l'ordre public, de formation continue, d'exigence de qualification professionnelle et de mécanisme de surveillance. La directive envisage une « codification volontaire » par les entreprises, une « charte de qualité », ou des « codes de conduite communautaire ». En attendant c'est la libéralisation sans contrepartie qui s'appliquerait.

Le droit des consommateurs

L'application du principe du pays d'origine met en cause les règles protégeant le droit des consommateurs. Dans un même pays, pour un service de même nature, les consommateurs ne bénéficieraient plus du même régime de droit selon que le service serait délivré par un fournisseur national ou un fournisseur d'un autre pays. On peut rappeler que la CJCE a pourtant elle-même qualifié la protection des consommateurs de raison impérieuse d'intérêt général justifiant une restriction du marché intérieur.

Les services de santé

La protection de la santé publique est censée faire l'objet d'une dérogation ainsi que certaines dispositions des politiques de santé comme le remboursement des soins hospitaliers. Cependant, les dispositions de la directive ne prennent pas en compte les caractéristiques propres aux soins de santé dans de nombreux pays, telles que le modèle de gestion tripartite, l'information asymétrique entre le patient et le fournisseur de soins, le fait qu'ils sont en partie ou globalement financés en dehors des fonds publics et le fait qu'ils sont soumis à des considérations sociales et de santé publique. Le texte n'assure pas de garantie suffisante concernant le pouvoir de régulation nationale d'organisation des systèmes de santé. À cet égard, le PPO réduit le droit des autorités nationales de santé de réguler l'accès, les tarifs ainsi que la qualité des services de soins de santé sur leur territoire. Ces remarques s'appliquent aussi aux services de bien-être (services de soins non médicalisés), domaine où l'encadrement de la concurrence et des acteurs privés est essentiel.

En outre, le PPO remet fondamentalement en cause les piliers de certains systèmes de santé nationaux, comme :

- les limites quantitatives ou territoriales (en fonction de la population ou d'une répartition géographique minimum entre les prestataires) : ainsi des pharmacies.

- les exigences concernant le prestataire (être une personne morale, une société personnelle, une entité sans but lucratif, etc.) : par exemple, les lois nationales sur les hôpitaux ou établissement de soins prévoient souvent la

possibilité de confier exclusivement ces établissements à des catégories déterminées de personnes morales.

- les exigences qui imposent un nombre minimum d'employés : par exemple, les normes en personnel médical et infirmier par nombre de lits.
- les tarifs obligatoires minimum et/ou maximum que doit respecter le prestataire : par exemple les mesures de limitation des suppléments honoraires.

L'audiovisuel

Les règles relatives aux services de radiodiffusion sont régies par une directive horizontale appliquant la règle du pays d'origine (directive Télévision sans frontières 1989) tout en associant une harmonisation minimum des règles de droit matériel: par exemple l'obligation de « must carry » c'est-à-dire de fournir un accès aux chaînes nationales gratuites. La superposition de la directive service pourrait introduire la possibilité pour les radiodiffuseurs d'émettre dans un autre EM sans respecter nécessairement toutes les obligations de celui-ci: en matière de couverture des campagnes électorales, de sondages, de résultats provisoires, lorsque les règles des pays d'origine sont beaucoup moins contraignantes.

La culture

La compétence communautaire en matière de culture relève essentiellement de la coopération interculturelle (article 151 TCE). Les principes de diversité culturelle et de défense du pluralisme sont insérés dans la plupart des instruments législatifs relatifs au marché intérieur, comme la directive sur le commerce électronique ou la directive cadre sur les services de communication. **Mais un flou juridique demeure sur la qualification des indépendants et des intermittents du spectacle** lorsqu'ils sont considérés comme salariés dans le pays de prestation.

Les transports

Les services de transports ne sont pas concernés par la directive dans la mesure où ils sont régis par des politiques de transports en communs. La Commission a précisé que la directive ne couvre que des services de transports spécifiques. Mais le texte actuel implique qu'un grand nombre d'activités de transports tels que les services de transports d'un poids maximum de 3,5 tonnes, les transports nationaux de voyageurs par voie ferrée, les transports publics locaux et régionaux, ainsi que les services portuaires risquent d'être affectés. Le texte ne prend notamment pas en compte les caractéristiques propres à certaines industries de services, telles que l'industrie portuaire.

Les professions juridiques réglementées

Les réglementations nationales de certaines professions visent à garantir la qualité et la fiabilité du service dans l'intérêt public. C'est le cas de professions juridiques (ex. en France : huissiers, notaires près des Cours suprêmes) particulièrement encadrées dont dépendent l'égal accès au droit et au service public de la justice. La mise en concurrence de ces professions sans

harmonisation préalable des qualifications et de l'encadrement de leurs activités porterait atteinte aux conditions d'accès au droit des citoyens. Elles doivent être exclues de la directive au titre du principe de subsidiarité.

III. Le droit du travail menacé.

La Commission affirme que le droit du travail n'est pas affecté par la directive du fait d'un renvoi à la directive sur le détachement des travailleurs. Dans les faits compte tenu, notamment, des procédures de contrôle établies par la directive, celle-ci aurait des effets sur le niveau de protection des droits des travailleurs.

Détachement des travailleurs

Selon l'article 17 de la directive, le PPO ne s'applique pas aux matières couvertes par la Directive 96/71/CE sur le détachement des travailleurs. Cette directive prévoit que la législation applicable est celle du pays destinataire sur le territoire duquel s'effectue la prestation. Les législations concernées par cette règle sont celles portant sur les conditions de travail minimales, à savoir, le temps de travail et de repos minimal, les congés payés minimums, les normes de santé, d'hygiène et de sécurité, la protection des jeunes travailleurs et des femmes enceintes, la protection des travailleurs intérimaires, l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes.

Cependant la directive service modifie substantiellement les régimes de déclaration d'activité, d'autorisation, et d'inspection des conditions de travail. La distinction est pourtant subtile: d'un côté, la directive service confirme la responsabilité de l'Etat d'accueil pour procéder aux vérifications et inspections sur les conditions de travail et d'emploi applicables selon la directive sur le détachement des travailleurs (article 3). Mais en même temps, elle interdit que les fournisseurs de services soient soumis à des obligations telles que l'obtention d'une autorisation ou d'une inscription (article 24 1.a) ou la nécessité de faire des déclarations (1.b). **Elle interdit également que l'Etat d'accueil oblige le prestataire à tenir et conserver des documents sociaux sur son territoire (1.d).** Elle introduit un système de communication et d'assistance qui ne garantit pas de manière suffisante l'établissement d'un système réel et efficace de coopération entre les EM. Ainsi, elle risque de rendre inopérante l'inspection du travail conduite par le pays d'accueil, telle qu'introduite par la directive sur le détachement des travailleurs.

Les dispositions relatives aux autorisations posent également comme suspecte toute exigence de capital minimum, de forme juridique particulière, de tarifs minimum et maximum obligatoires, ou de nombre minimum d'employés... Ainsi, à l'exception de la réglementation européenne relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles, plus aucune réglementation nationale ne sera opposable au prestataire. Sans compter que le contrôle à distance de l'Etat d'origine et les coûts de ce contrôle sur les prestataires d'un

service qui n'est pas destiné à ses ressortissants préjugent mal de sa volonté effective de contrôle.

Même si la Commission se défend de porter atteinte à la territorialité de la loi sociale et de la détermination du statut professionnel⁴, le PPO affectera donc les salaires et les conditions de travail en raison de la réduction des contrôles et des autorisations préalables.

Conventions collectives

Dans son premier rapport sur l'Etat du marché intérieur en 2002, la Commission avait déjà qualifié les conventions collectives d'obstacle au développement d'un marché intérieur des services. La Directive ne s'attaque pas de front aux conventions collectives mais certaines dispositions peuvent représenter un risque pour les accords de branches, et remettre en cause les droits fondamentaux de liberté d'association et de conventions collectives. Selon la directive sur le détachement des travailleurs, l'état membre d'origine doit garantir au travailleur détaché les conditions de travail et d'emploi "fixées par les dispositions législatives, réglementaires ou administratives et/ou les conventions collectives ou sentences arbitrales déclarées d'application générale" du pays de destination.

Les exigences énoncées à l'article 4 de la directive semblent concerner les conventions collectives. Mais on ne peut en mesurer l'impact sans faire une étude au cas par cas. Les conditions varient d'un Etat à un autre. En Suède, la réglementation sociale est très faible car il existe de nombreux accords collectifs et que la tradition de dialogue social entre les employeurs et les salariés domine. Par exemple, l'article 24 qui interdit de demander au fournisseur de service qu'il ait un représentant sur son territoire, interfère directement avec le système d'accords industriels et de conventions collectives en Suède et au Danemark.

Les services de placement sur le marché du travail

La proposition de directive concerne également les services relatifs à l'emploi, les services de placement, d'aide et de conseils en cas de licenciement et les services d'emploi temporaire. Or, de nombreux EM ont mis en place des systèmes d'autorisations spécifiques pour les agences d'emploi afin de garantir un niveau minimum de qualité du service et de garantir les droits des travailleurs en recherche d'emploi. Des agences pourraient se localiser juridiquement dans des EM moins exigeants et fournir des services de moindre qualité aux mêmes destinataires.

Pourtant, dans le cas d'une autre proposition de directive sociale, portant sur la reconnaissance des qualifications professionnelles, le Conseil, dans sa position

⁴ La jurisprudence citée par la Commission (arrêt CJCE 2001) confirme qu'il appartient au juge national de déterminer le statut de l'activité économique ou non réalisée sur son territoire

du 18 mars 2004, a confirmé la position selon laquelle le contrôle d'un service transfrontalier doit avoir lieu dans le pays où celui-ci est offert.

Au total, en matière sociale, la proposition remet en cause un principe communautaire de base qui est qu'aucune disposition communautaire ne peut constituer un recul au regard du droit national. Or, en vertu du PPO, une entreprise nationale peut facilement se domicilier dans l'État membre à la législation la plus laxiste, pour tenter d'échapper au droit du travail de son pays. Cette opportunité est de nature à créer une pression considérable sur les États membres ayant une forte protection sociale. **Le risque de régression est sans précédent.** En l'absence de distinction entre l'établissement d'un prestataire qui participe de manière stable et continue à la vie économique d'un pays et la liberté d'exercer une activité de service de nature temporaire, la souplesse de la seconde solution incitera les prestataires à esquiver une véritable installation et ses conséquences juridiques pour bénéficier du PPO. Le Parlement européen s'est déjà exprimé contre l'introduction du PPO dans l'article 4 de sa résolution sur la directive relative aux pratiques commerciales déloyales (20 avril 2004), position initialement adoptée par la Commission et confirmée par la suite par le Conseil⁵.

Dans plusieurs pays déjà, les syndicats se mobilisent contre l'application au droit social du principe du pays d'origine. C'est le cas des pays scandinaves où les travailleurs du bâtiment voient arriver des entreprises de pays voisins qui ne s'estiment pas tenues de respecter des conventions collectives. Adopter le principe du pays d'origine, serait trancher le débat en faveur des entreprises qui cherchent à contourner la législation sociale nationale.

Contradictions vis-à-vis du droit international public

Enfin, la directive soulève également un problème de coordination avec deux instruments de droit international public.

Tout d'abord, la Convention de Rome I (19 juin 1980) sur la loi applicable aux obligations contractuelles, qui doit être transcrite en droit communautaire⁶. L'article 3 de cette Convention qui engage l'Union et ses États membres, prévoit en termes généraux qu'un contrat devrait être régi par la loi choisie par les parties, or la directive sur les services comporte, à l'article 17 point 20, une dérogation concernant la liberté des parties de choisir le droit applicable à leur contrat.

Ensuite, la directive service est en contradiction avec le projet de règlement de Rome II qui vise à harmoniser les règles de conflit de lois applicables concernant les obligations contractuelles : alors qu'en vertu de la directive sur les services, la loi applicable serait celle du pays où le prestataire de services est établi, Rome II énonce que la loi applicable est celle du pays où le dommage a été causé ou risque d'être causé (article 3). Étant donné que dans

⁵ Position commune (11630/2/2004) du Conseil le 15 novembre 2004

⁶ *Livre vert sur la conversion de la Convention de Rome I en droit communautaire*

de nombreux cas il s'agit du lieu de résidence de la partie ayant subi le préjudice, cette règle va à l'encontre du principe du pays d'origine.

Conclusion

Ces quelques exemples n'illustrent qu'une partie des problèmes soulevés par la directive. Derrière chaque secteur de service, des difficultés spécifiques se profilent.

Pour les socialistes, l'achèvement du marché intérieur dans le domaine des services est un objectif légitime qui ne soulève pas de problème particulier pour la plupart des activités économiques marchandes, pourvu qu'il soit procédé par harmonisation sectorielle des législations. Mais il ne saurait servir de prétexte à une remise en cause des services publics et sociaux, à un affaiblissement des réglementations protégeant les usagers ou au contournement du droit du travail en Europe.

Les socialistes s'y opposeront.

Ils demandent à la Commission le retrait de cette proposition de directive. En effet, elle est conçue sur des bases qui ne sont pas acceptables. Ils prendront une part décisive à la bataille qui est engagée au niveau européen, aux côtés des autres socialistes européens et des syndicats européens. **Ils exigent du gouvernement Raffarin qu'il s'oppose à cette directive au sein du Conseil. Les socialistes déposeront un projet de résolution à l'Assemblée nationale et au Sénat dans ce sens.**

Ils demandent dès à présent :

1 - l'adoption préalable d'une directive cadre sur les services d'intérêt général garantissant qu'ils ne relèveront pas des règles de libéralisation des services dans le marché intérieur ;

2 - la mise en œuvre d'une politique d'harmonisation par secteurs des services économiques marchands, en garantissant le niveau des qualifications professionnelles, les droits des usagers, des patients et des consommateurs ainsi que le niveau des normes de protection de l'environnement.

3 - le retrait du principe du pays d'origine, en particulier de son application au droit du travail en Europe.

4 - l'exclusion effective des services de santé, de l'aide sociale et médico-sociale, des transports, des services de culture, de l'audiovisuel et du secteur éducatif dans son ensemble du champ d'application de la directive.