

27 février 2006

BOLKESTEIN : ETAT DES LIEUX

par Raoul Marc JENNAR

chercheur,

URFIG/Fondation Copernic

La proposition de directive européenne sur les services vise à instaurer la « liberté d'établissement et de circulation des services », de telle sorte que se crée un marché unique dans le secteur des services prévu dès le Traité de Rome (1957), mais jamais vraiment mis en oeuvre jusqu'ici. Pour y parvenir, deux voies sont possibles : soit harmoniser les législations dans le domaine des services soumis aux lois de la concurrence (ce qui suppose qu'on identifie ceux qui ne le sont pas), soit déréguler et instaurer le principe du pays d'origine (PPO), un concept conçu par Jacques Delors (Livre Blanc, 1985) mais est contraire à l'article 50 du Traité coordonné. Le PPO a été transposé dans le droit communautaire suite à une interprétation de l'Acte unique européen (1986) consolidée dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes. C'est cette dernière voie qui a été retenue par la Commission européenne après avoir reçu le feu vert des gouvernements des Etats membres.

La proposition élaborée sous l'autorité de M. Bolkestein, approuvée par la Commission européenne unanime et soutenue, au printemps 2003, par **tous** les chefs d'Etat et de gouvernement qui demandaient même son examen « *dans l'urgence* », vient de franchir une étape du long parcours législatif dans le cadre d'une procédure dite de codécision où il y a deux législateurs : le Conseil des Ministres et le Parlement. Ce dernier vient de terminer sa « première lecture » du texte.

Ce qui change ; ce qui ne change pas

Les amendements les plus significatifs portent sur le champ d'application de la directive. Le Parlement a ajouté aux matières exclues du projet initial parce qu'elles font déjà l'objet de directives particulières [services financiers, services postaux, communications électroniques, transports (sauf les transports de fond et les pompes funèbres), services juridiques,] les services publics de soins de santé, les soins de santé et leur remboursement, les services audiovisuels, les jeux d'argent, les professions qui participent à l'exercice de l'autorité publique, les services sociaux, les logements sociaux et les services de sécurité.

Il est ajouté que la directive doit respecter le droit international privé, ce qui n'était pas le cas avec le texte de la Commission européenne qui était consciente que certaines dispositions du droit international privé, contenues dans les conventions de Rome I et II, sont contraires au principe du pays d'origine.

Le droit du travail (en ce compris le droit de négocier des conventions collectives, la liberté syndicale et le droit de grève) échappe lui aussi à la directive qui cesse de ce point de vue d'être en contradiction avec les conventions de base de l'OIT. Mais la satisfaction qu'on peut en retirer connaît une limite fournie à la fois dans la définition du prestataire de service (celui-ci peut être une personne physique, c'est-à-dire un travailleur indépendant – art.4) et par l'interdiction de limiter les prestations à titre indépendant (art.16,3,f). On a maintenu ouverte la possibilité que se généralise une pratique qui est en pleine croissance : celle des faux indépendants, c'est-à-dire des travailleurs traités par les entreprises comme des indépendants, ce qui dispense l'employeur des charges et lui laisse une totale liberté quant à la tarification de la prestation fournie. On retrouve ici une manière de faire de plus en plus fréquente de la part des libéraux de droite et de gauche : on dit qu'on ne touche pas à un droit, mais on introduit des dispositions qui permettent de le contourner.

Parmi les changements heureux, on doit relever la suppression en tout ou en partie de quatre articles: le paragraphe 6 de l'article 15 qui subordonnait les législations nationales à l'accord préalable de la Commission européenne, l'art. 23 par lequel la Commission européenne se dotait illégalement de compétences en matière de soins de santé, l'art. 24 qui vidait de sa substance la directive sur le détachement des travailleurs et l'art. 25 qui empêchait toute possibilité de contrôle des négriers.

Une modification qu'il convient d'examiner avec prudence concerne la sortie des services d'intérêt économique général (SIEG) et des services d'intérêt général (SIG) du champ d'application de la directive (art.1). Les SIEG regroupent les services du secteur marchand qui de toute façon sont, par définition européenne (traité de Maastricht), soumis aux règles de la concurrence. Quant au SIG, ils n'existent pas en droit européen. Et la Commission européenne ne connaît que la définition des services que donne la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes pour laquelle une activité de service est une «*activité fournie en échange d'une contrepartie économique*». Cette grande victoire annoncée avec grand tapage par la social-démocratie n'est en fait qu'un trompe l'oeil de plus.

Ce qui ne change pas, c'est la longue liste des exigences interdites (art. 14, 16,3 et 20) qui amputent la marge de manœuvre des pouvoirs publics. Presque toutes ont été maintenues : on ne pourra plus exiger d'un fournisseur de service qu'il ait la nationalité du pays où il exerce une activité, qu'il réside dans ce pays, qu'il ait un établissement sur le territoire, qu'il soit soumis à un test destiné à fournir la preuve que son activité répond à un besoin économique, qu'il constitue une garantie financière ou qu'il souscrive une assurance, qu'il soit inscrit dans un ordre professionnel, qu'il se dote d'une infrastructure, qu'il soit constitué sous une forme juridique donnée, qu'il possède un document d'identité spécifique à l'exercice de son activité, qu'il utilise un équipement ou un matériel spécifique.

De même est maintenue (art.15) l'obligation faite à chaque Etat de rendre compatibles certaines exigences avec le triple critère de non discrimination, de nécessité et de proportionnalité : ainsi 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 exigences (autres que celles relatives aux qualifications professionnelles) qui réservent l'accès à l'activité de service concernée à des prestataires particuliers en raison de la nature spécifique de l'activité; l'interdiction de disposer de plusieurs établissements sur un même territoire national; les exigences qui imposent un nombre minimum d'employés; les tarifs obligatoires minimum et/ou maximum que doit respecter le prestataire; l'obligation pour le prestataire de fournir, conjointement à son service, d'autres services spécifiques.

Ainsi amputés de nombreux moyens d'action et de contrôle, les pouvoirs publics seront livrés au plus total des «laisser faire, laisser passer». Et ce ne sont pas les nuances introduites au niveau des nombreux considérants qui doivent rassurer : les considérants n'ont aucune force juridique.

Que reste-t-il du PPO ?

A la base du principe du pays d'origine (PPO), il y a une distinction essentielle : on fait la différence entre le siège d'établissement (ce que nous appelons souvent le siège social) d'un fournisseur de services et son siège d'activité. Sur cette base, l'article 16 de la proposition de la Commission européenne distingue l'Etat où est établi le siège social et l'Etat où le prestataire fournit un service. Et le texte dispose que le prestataire doit être soumis uniquement au droit du pays où il a établi son siège social, quel que soit le pays où il développe des activités. C'est l'Etat du siège social qui contrôle le respect de sa législation dans le pays où l'activité est exercée.

Ainsi, une fois identifié le pays qui se présente comme le moins disant fiscal, social,

environnemental, il suffirait d'y installer le siège social pour que ce soit le régime de ce pays qui s'impose au personnel du site d'activité. Non seulement, on organise la compétition entre travailleurs soumis à des régimes différents, mais on incite à la délocalisation des sièges sociaux.

On comprend la colère de tous ceux qui sont attachés à plus de cent ans de conquêtes sociales contournées par une Union européenne qui n'harmonise plus, qui organise la concurrence entre Européens et favorise les inégalités.

Dans un premier temps – ce temps pendant lequel en France, à en croire le Président de la République, le Premier Ministre et la direction du Parti socialiste, le texte avait été « *envoyé aux poubelles de l'Histoire* » (Strauss-Kahn) – la commission compétente du Parlement européen, après des mois de débats, avait, le 23 novembre 2005, remplacé l'intitulé de l'article 16 « *principe du pays d'origine* » par « *clause du marché intérieur* » et confié à l'Etat d'accueil le soin de vérifier le respect sur son sol du droit du pays d'où l'entreprise est originaire. Si la logique du pays d'origine était maintenue, ce nouvel article réclamait des inspecteurs du travail dans chaque pays qu'ils maîtrisent les 20 langues officielles de l'Union européenne et le droit des 25 Etats membres (bientôt 27). Une belle manière de rendre tout contrôle impossible.

Mais dès cet instant, on a pu entendre un certain nombre d'acteurs politiques et de journalistes à la solde des mêmes intérêts privés affirmer que le principe du pays d'origine avait disparu !

En séance plénière, le 16 février, en soutenant un compromis négocié entre le PPE (qui compte en ses rangs les députés européens UMP) et le PSE (les socialistes), une majorité de parlementaires européens ont fait mieux encore : après avoir rebaptisé une nouvelle fois l'article 16 qui désormais s'intitule « *liberté de prestation des services* », ils ont purement et simplement supprimé toute référence au droit applicable et à l'Etat chargé d'en contrôler le respect. Ce qui permet de proclamer que le principe du pays d'origine a disparu. Formellement, c'est vrai. Juridiquement, c'est faux :

a) les Etats membres de l'Union européenne n'auront plus le droit d'imposer un certain nombre de règles. C'est ce qu'on appelle les « *exigences interdites* » : le texte adopté à Strasbourg fait interdiction à un Etat de subordonner l'accès à une activité de service à une exigence portant sur la nationalité. Des restrictions ne peuvent être fondées que sur des raisons d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé ou de l'environnement (les socialistes qui ont négocié ce compromis avec les conservateurs ont accepté de ne pas ranger la politique sociale et la protection des consommateurs parmi les raisons justifiant des restrictions...). Un Etat ne peut plus exiger du prestataire de service qu'il ait un établissement sur le territoire, qu'il soit inscrit dans un ordre professionnel, qu'il se dote d'une infrastructure (un bureau ou un cabinet), qu'il applique un régime contractuel dans ses rapports avec le destinataire du service, qu'il possède un document d'identité spécifique, qu'il utilise un matériel spécifique (sauf s'il s'agit de la santé et de la sécurité au travail). Un Etat pourra néanmoins imposer sa réglementation relative aux conditions d'emploi, y compris celles qui sont établies dans les conventions collectives.

b) on a déplacé le paragraphe 2 de l'article 16 tel que modifié le 23 novembre 2005 vers l'article 35 où il est indiqué que c'est l'Etat de destination qui contrôle le respect par le prestataire « *de sa loi nationale* ».

c) l'énoncé du principe a disparu du texte, mais aucune indication n'a été introduite dans le texte qui précisera que c'est le contraire du PPO qui s'applique, c'est-à-dire le principe du pays de destination (l'application de la loi du pays qui accueille un fournisseur de service d'un autre Etat de l'Union européenne). Bien au contraire : un amendement introduisant ce principe, proposé par la Gauche Unitaire Européenne (GUE) a été repoussé. Ce vote est capital : le rejet du principe du pays de destination fournit sans le moindre doute la manifestation de l'intention réelle du législateur majoritaire : il a voulu que s'applique la loi du pays d'origine.

Cette intention est d'ailleurs confirmée par un amendement apporté à la définition du prestataire de service (art 4, 2): "*toute personne physique ressortissante d'un Etat membre ou personne morale, établie conformément à la législation dudit Etat membre, qui offre ou qui fournit un service.*" On signifie clairement que le prestataire est défini par la législation du pays d'origine. Le fait qu'on précise que l'Etat où le service est rendu garde le droit d'imposer ses propres règles en matière de droit du travail, de santé, de sécurité, d'environnement et de protection des consommateurs est également une manière d'indiquer qu'il perd ce droit dans les autres domaines.

De toute façon, l'ambition de la Commission européenne n'est guère contrariée : elle voulait inscrire dans le droit communautaire un principe du pays d'origine qui est déjà consacré par la jurisprudence de la Cour de Justice. Mais elle peut très bien se passer de cette inscription dans le texte de la directive sur les services. Ce n'est pas un hasard si le cabinet du Commissaire McCreevy, le successeur de Bolkestein, rassurait et invitait à voter ce compromis inoffensif des parlementaires ultralibéraux réticents à l'égard du compromis PPE-PSE qui craignaient que trop de concessions aient été faites aux socialistes dans la modification de l'article consacré au PPO.

On peut mesurer ainsi ce que valent les déclarations annonçant la suppression du principe du pays d'origine et quelle est la crédibilité des acteurs politiques et médiatiques qui propagent de telles informations.

Qui a voté quoi ?

a) Les votes ont d'abord porté sur une proposition de rejet. Elle n'a reçu que le soutien de 153 députés ; 486 ont voté contre. Les votes des élus français (des partis démocratiques) se répartissent comme suit :

pour le rejet : tous les élus GUE-PCF, PSE-PS, Verts (y compris Cohn-Bendit) français ;

contre le rejet : tous les élus PPE-UMP sauf Fontaine et Vlasto, absents ; tous les élus ADLE-UDF (libéraux)

b) L'amendement présenté par la GUE introduisant le respect du principe du pays de destination a été rejeté par 527 voix contre, 105 pour et 4 abstentions. Les députés français ont voté de la manière suivante :

pour l'introduction de la référence à la loi du pays d'accueil :

Henin, Verges, Wurtz (GUE-PCF) ; Arif, Berès, Bourzai, Carlotti, Cottigny, Desir, Douay, Ferreira, Fruteau, Guy-Quint, Hamon, Hazan, Laignel, Le Foll, Lienemann, Moscovici, Navarro, Patrie, Peillon, Poignant, Reynaud, Rocard, Roure, Savary, Schapira, Trautmann, Vaugrenard, Vergnaud, Weber (PSE-PS) ; Bennahmias (Verts)

contre : tous les élus PPE-UMP sauf Fontaine et Vlasto, absents ; Beaupuy, Bourlanges, Cavada, Cornillet, De Sarnez, Fourtou, Gibault, Griesbeck, Laperrouze, Morillon (ADLE-UDF) ; Aubert, Cohn-Bendit, Flautre, Isler-Beguin, Lipietz, Onesta (Verts)

abstention : Castex (PSE-PS)

c) Quant au vote final sur le texte modifié, après l'adoption des amendements négociés entre le PPE et le PSE, il a donné 394 voix pour, 215 contre et 33 abstentions. Les votes français se ventilent comme suit :

pour le projet modifié : tous les élus PPE-UMP sauf Fontaine et Vlasto, absents ; tous les élus ADLE-UDF ; Rocard (PSE-PS)

contre : tous les élus GUE-PCF ; tous les élus PSE-PS sauf Rocard ; tous les élus Verts en ce compris Cohn-Bendit.

On peut télécharger l'ensemble des votes intervenus à propos de la proposition en formant l'adresse suivante (il faut disposer du système de lecture Acrobat Reader qu'on peut télécharger gratuitement) :

http://www.europarl.eu.int/sce/server/servlet/fileViewer.se?file_name=AN.20060216.pdf&folder_name=dr/app/sce/jboss//data/votes_results/doc/&content_type=application/pdf&save_as=false

Et maintenant ?

Un constat s'impose : l'amendement d'un texte inamendable débouche sur de nombreuses dispositions contradictoires (un seul exemple : les dispositions relatives à l'établissement dans les articles 15, 16 et 32). L'insécurité juridique, redoutée par plusieurs experts entendus le 11 novembre 2004, est encore aggravée avec le texte adopté par le Parlement européen. Celui-ci confère dès lors un pouvoir considérable à celui qui devra nécessairement l'interpréter, c'est-à-dire à la Cour de Justice des Communautés européennes dont on connaît à la fois la dépendance à l'égard de la Commission européenne et la propension à légiférer dans un sens très libéral en lieu et place du législateur. Ce n'est pas une solution acceptable.

Le texte de la proposition de directive, modifié par le Parlement européen, n'est pas moins dangereux que sa mouture originale. Il est même plus dangereux, car ses intentions, identiques aux objectifs initiaux, sont aujourd'hui davantage implicites qu'explicites, plus cachées qu'affirmées.

Et la machine médiatique à démobiliser, déjà très active pendant le débat parlementaire, ne va pas s'arrêter, aujourd'hui qu'elle est renforcée par le discours des partis et des syndicats qui n'attendaient que certaines modifications cosmétiques pour se rallier au texte. La Confédération Européenne des Syndicats, en soutenant les amendements de compromis entre les conservateurs (PPE) et la social-démocratie (PSE), a montré une fois de plus quels sont les intérêts qu'elle sert réellement. Il en va de même pour la CFDT. On se trouve donc en face d'un défi plus grand encore que celui posé par le texte rédigé sous la responsabilité de Fritz Bolkestein.

La suite de la procédure de codécision est complexe. Première étape, la Commission européenne va présenter une "proposition révisée". Dans quel sens ? On n'en sait trop rien, sauf qu'il est rare que la Commission se déjuge. Sauf aussi que le Commissaire McCreevy, a été très clair devant le Parlement européen le 14 février : les modifications qui maintiennent des obstacles à la libre circulation ne sont pas acceptables. Et de citer les articles 24 et 25 supprimés lors du vote survenu en commission du marché intérieur du Parlement européen le 23 novembre dernier, suppression confirmée en séance plénière. McCreevy a annoncé que la Commission compensera la suppression de ces articles par des dispositions (des "*guidance*" a-t-il déclaré en anglais) s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes. McCreevy a invoqué à plusieurs reprises la jurisprudence de la Cour. Mais le gouvernement des juges n'est pas la règle de l'Europe. Le législateur, c'est l'élu du peuple et non le magistrat.

Deuxième étape, le Conseil des Ministres va examiner les différentes pièces du dossier. Il peut accepter le texte du Parlement qui, dans cette hypothèse, deviendrait la loi européenne. Il peut le refuser et soit accepter la proposition révisée de la Commission européenne, soit présenter son propre texte. Dans ces deux derniers cas, le texte du Conseil des Ministres doit alors retourner devant le Parlement. On le voit, la procédure n'est pas terminée.

On s'en rend compte, sur la défensive depuis près de deux ans, les partisans du néolibéralisme le plus sauvage ont dû composer. La résistance très forte qui s'est manifestée notamment à l'occasion de plusieurs rassemblements à Bruxelles, Berlin, Rome ou Strasbourg a mis les partisans de la

directive services sur la défensive. L'interpellation des élus les a mis sous contrôle citoyen. Ils ont éprouvé le besoin de supprimer certains articles et d'en modifier d'autres pour dissimuler leurs intentions. Il faut plus. La démonstration vient d'être faite par le Parlement européen que ce projet n'est pas amendable. La lutte pour le rejeter continue.