

Bruxelles, le 10 février 2005

Proposition de directive sur le marché intérieur des services

Contribution de Jacques TOUBON

Ce projet est d'une importance décisive pour l'avenir de la croissance et de l'emploi dans l'UE et à cet égard son objectif doit être soutenu. Mais vouloir atteindre l'objectif de l'achèvement du marché intérieur ne saurait conduire à remettre en cause systématiquement les équilibres nécessaires à la cohésion de nos sociétés et qui sont constitutifs des principes fondamentaux de la construction européenne.

Le caractère horizontal et la complexité du texte interdisent donc d'adopter une position absolue d'adhésion ou de rejet. Au contraire, il convient de l'examiner avec objectivité dans ses principes et ses modalités de manière à adopter, après réécriture par le Parlement européen et le Conseil, un projet qui serve à la fois l'intérêt fondamental de l'Europe intégrée et le développement de l'économie de marché.

Je ferai des observations successivement sur le champ d'application, les principes retenus et l'articulation de la proposition de directive avec l'appareil des lois communautaires existantes.

I - Champ d'application

La proposition de directive comprend deux volets pour libéraliser le secteur des services au sein de l'Union européenne. En effet, selon cette proposition, d'une part, l'application du droit du pays d'origine assurerait la liberté de circulation des services et, d'autre part, la suppression des réglementations nationales dans le droit du pays d'accueil contribuerait à la liberté d'établissement.

Certes, la directive se contente souvent de légaliser la jurisprudence de la Cour européenne de justice, c'est-à-dire de généraliser en règle ce que la Cour décide au cas par cas sur la base des traités actuels ; cependant il faut, pour des motifs d'intérêt général et de proportionnalité, que l'accès à une activité et l'exercice de celle-ci continuent à être réglementés en évitant une opération programmée de « déréglementation brutale » pour des secteurs entiers que la proposition envisage de couvrir. Il en est ainsi :

- des services d'intérêt général qui ne sont pas explicitement définis par rapport aux services « marchands » couverts par la directive ;
- des services de santé, d'aide sociale et médico-sociale en application du principe de subsidiarité (article 152 du TCE) et des exigences de la santé publique ;
- des services audiovisuels afin de garantir la diversité culturelle et le pluralisme des médias ;
- des professions juridiques réglementées afin de respecter leur contrôle par l'autorité publique, de tenir compte de leur participation au service public de la justice et de garantir la sécurité juridique ;
- des jeux d'argent et des loteries pour des motifs de moralité publique, de prévention et de répression de la délinquance.

Ces secteurs doivent être exclus, en première analyse, du champ de la directive et donc ajoutés à la liste des exclusions figurant en tête de la proposition (article 2)

II - Le principe du pays d'origine (P.P.O.)

Tout d'abord, je ne récus pas de manière absolue et « idéologique » l'application de ce principe. Il est déjà utilisé à quatre reprises par le droit communautaire; ainsi en est-il dans la directive TVSF, dans les directives sur le commerce électronique, sur la protection des données à caractère personnel et sur la signature électronique qui ont été appliquées de manière satisfaisante.

De manière générale, ce principe peut contribuer efficacement à la réalisation du marché intérieur à condition d'être précédé par une certaine harmonisation des législations nationales. Ce qui a été le cas pour les quatre directives susmentionnées.

C'est là que se situe la question politique essentielle que pose cette proposition : l'objectif de l'U.E. est-il de construire l'Europe en tant qu'entité politique ou bien simplement d'organiser le marché unique et la libre concurrence ?

Le choix de la France est clair : nous voulons construire un droit européen fondé sur l'harmonisation et la coordination des droits internes et pas seulement faire table rase de tout ce qui existe pour permettre le libre-échange.

Pour y parvenir nous demandons, contrairement à la proposition de directive, que soit appliquée la méthode communautaire traditionnelle : une harmonisation minimale ou optimale avant l'application d'une clause de marche intérieur ?

La Commission ne reconnaît-elle d'ailleurs pas elle-même la validité de cette démarche et ne se contredit-elle pas lorsqu'elle propose de retenir le processus que nous recommandons pour trois secteurs d'activités dont les jeux d'argent et les loteries (article 18) ?

Je refuse, d'un côté, de diaboliser un principe qui n'est pas en soi une aberration mais, de l'autre côté, de m'en remettre à lui comme à un parapluie global sous lequel s'abriterait systématiquement la mise en œuvre du marché intérieur.

C'est là qu'il faut être exact et véridique : le P.P.O. concerne la prestation de services temporaire et non l'établissement d'une filiale ou d'une succursale. Si la désormais fameuse « entreprise lettone de nettoyage » s'installe en France, elle appliquera donc le droit français et pas le droit letton ; et dans ce cas la difficulté tient à l'application des dispositions de la proposition qui ont pour but, à partir d'une évaluation mutuelle des différentes législations, de faire disparaître ou d'édulcorer bon nombre d'entraves relevant de réglementations françaises spécifiques.

Si l'entreprise en question vient simplement délivrer son service en détachant les travailleurs lettons en France, le droit letton (le droit du pays d'origine) ne s'appliquera qu'en conformité avec une autre loi communautaire : celle sur le détachement des travailleurs. Cette directive de 1996 prévoit qu'en ce cas l'entreprise lettone appliquera la législation et les conventions collectives du pays où elle délivre le service, en l'occurrence la France.

Cette protection indispensable se heurte toutefois à des difficultés :

- les Etats membres n'ont pas transposé de manière uniforme la directive sur le détachement des travailleurs ; par exemple l'Allemagne ne l'applique qu'aux seules entreprises de construction.
- la simplification, proposée par la directive, des moyens de contrôle (déclaration, autorisation ou agrément etc...). Il nous faut rétablir le principe d'une notification préalable au détachement des travailleurs pour au moins trois branches : la construction, l'intérim (la Commission l'a reconnu) et les ressortissants des pays tiers. A cette fin, nous appuierons l'instauration dans chaque pays d'un guichet unique. Et celui-ci devra également être en charge des formalités préalables à l'accès et à l'exercice d'une activité.

Enfin, si nous ne procédons pas à une harmonisation préalable, il y a un risque de voir la liste des dérogations à ce principe s'allonger, ce qui ne ferait qu'aggraver la lisibilité juridique de ce texte.

III - La proposition de directive et les autres lois communautaires

La proposition prévoit en son article 3 que la nouvelle directive « n'exclut pas » l'application d'un certain nombre d'autres textes sectoriels préexistants. Cette disposition est illusoire.

Il convient tout d'abord de la rédiger de manière impérative si l'on veut vraiment préserver l'application des règles existantes. Nous proposons que « n'exclut pas » soit remplacé par « sans préjudice de ».

Mais sur le fond, il n'est pas garanti que l'application concurrente prévue par la Commission ne sera pas supplantée par une suprématie de la directive générale, le projet en préparation, sur les textes particuliers. C'est en ce sens que la Cour européenne de Justice a construit sa jurisprudence.

La confusion entretenue (l'audition du 11 novembre l'a parfaitement montré) entre des dispositions qui se chevauchent, des dérogations sur des dérogations, des exclusions d'exclusions (par exemple pour les fonds de pension) et des définitions fort imprécises nous amènent à craindre que la portée réelle de la future directive ne soit en réalité déterminée davantage par l'interprétation du juge que par le texte lui-même. On aboutirait ainsi dans de vastes domaines de l'activité économique, sociale et culturelle à un véritable « gouvernement des juges ». C'est le contraire de ce que nous recherchons en construisant l'Europe politique et cela conduirait nos concitoyens à rejeter l'U.E. Cette observation s'applique tout particulièrement à :

- la directive 96/71/CE sur le détachement des travailleurs ;
- la directive "Télévision sans frontières" ;
- la directive sur la reconnaissance des qualifications professionnelles (en cours de deuxième lecture au Parlement européen);
- la convention de Rome I sur les obligations contractuelles et le futur règlement Rome II sur les obligations non contractuelles. A cet égard, nous considérons qu'il convient d'exclure de façon explicite le droit international privé du champ de la nouvelle directive à l'instar de ce qui a été fait dans la directive sur le commerce électronique

Enfin, on peut s'interroger sur une éventuelle violation du principe de subsidiarité quand, par le biais des exigences interdites (article 14) et des exigences à évaluer (article 15), la directive interdirait aux Etats membres d'édicter des réglementations nouvelles dans des domaines de compétence nationale (article 15.5)



Le marché intérieur des services est nécessaire ; il est de l'intérêt de l'Europe ; il est de l'intérêt de la France.

Mais il ne doit pas se résumer à faire table rase des traditions, des préférences collectives et des législations nationales qu'elles traduisent. Nous ne devons pas renoncer à édifier, comme nous l'avons fait depuis 50 ans, un corpus de droit économique européen.

C'est pourquoi le Parlement Européen doit prendre le temps (il y faudra des mois) de reconstruire la proposition de directive :

- sur un champ d'application indiscutable, dans sa dimension et dans sa définition ;
- sur une harmonisation minimale ou optimale, variable suivant les secteurs (on devrait pouvoir en définir cinq ou six types) ;
- sur une simplification des réglementations des Etats membres dans la limite de l'intérêt général tel qu'il est reconnu par la jurisprudence.

Contrairement à ce qu'a semblé faire la Commission Prodi, nous ne devons pas baisser les bras devant l'hétérogénéité et la complexité de l'Europe élargie. Face au « scepticisme législatif », je fonde sur la capacité de la Commission et du triangle communautaire de prendre en compte la réalité des aspirations collectives nationales tout en conduisant la démarche d'intégration à laquelle nous invite la future Constitution.