

<http://lipietz.net/La-directive-Bolkestein-anticonstitutionnelle>

Lettre à la Commission juridique du Parlement européen
sur la directive Services.

La directive Bolkestein : anticonstitutionnelle

- Député européen (Verts, France) - Juridique -



Publication date: jeudi 24 mars 2005

Copyright © Alain Lipietz - Tous droits réservés

In English, see [above](#).

Mes chers collègues, Monsieur le rapporteur,

J'ai beaucoup apprécié le rapport de notre collègue Kurt Lechner sur la directive Bolkestein. Notre commission doit donner un avis juridique à la commission en charge à titre principal, la commission du marché intérieur.

Notre rapporteur a donc eu raison de s'en tenir aux aspects strictement juridiques. J'ai particulièrement apprécié sa volonté de mettre à l'écart les services d'intérêt général, et les réserves qu'il exprime à propos de la compatibilité de la directive avec les conventions du droit international européen (Rome1 et Rome 2) quant aux obligations contractuelles. Toutefois, je présenterai, lors de notre prochaine réunion du 30 mars deux objections importantes à son rapport et j'invite M. Lechner à réfléchir comment le modifier dans ce sens.

1°) Sur les services d'intérêt économique général.

Notre rapporteur ne semble pas souhaiter voir exclure, de la directive « Services », les services d'intérêt économique général. Or, l'article 122 de la Constitution, que le Parlement, ainsi que le Conseil, ont votée, prévoit explicitement une loi européenne spécifique sur les SIEG et lui donne une orientation précise. Je suggère donc de mettre à l'écart non seulement les SIG, mais aussi les SIEG.

2°) Sur le principe du pays d'origine.

Notre rapporteur en voit toutes les difficultés, mais propose de l'adopter comme « principe, avec de nombreuses exceptions ». Je crois que les exceptions seraient si nombreuses qu'elles multiplieraient inutilement la dimension de la directive !

Je rappelle la définition donnée par le projet de la directive « Services », article 16-1 :

« Les Etats membres veillent à ce que les prestataires soient soumis uniquement aux dispositions nationales de leur Etat membre d'origine relevant du domaine coordonné.

Le premier alinéa vise les dispositions nationales relatives à l'accès à l'activité d'un service et à son exercice, et notamment celles régissant le comportement du prestataire, la qualité ou le contenu du service, la publicité, les contrats et la responsabilité du prestataire. »

Immédiatement, de multiples objections viennent à l'esprit. Une compagnie de livraison hollandaise pourra-t-elle rouler à droite en Grande-Bretagne ? Une clinique privée hollandaise pourra-t-elle installer en Irlande une clinique d'interruption volontaire de grossesse ? On pourrait multiplier de telles objections plus saugrenues les unes que les autres, tant est vaste le champ des lois et règlements qui encadrent la moindre activité humaine, en particulier dans le domaine des services.

En réalité, c'est bel et bien la notion de **principe du pays d'origine** qui fait problème, et qui contredit l'esprit et la

lettre de la Constitution, et même des traités actuels, et, en fait, de tout l'effort accompli depuis 1957 pour que l'on oublie, au sein de l'Europe, quel est le « pays d'origine » de telle ou telle marchandise.

Avant de le montrer, je voudrais souligner la différence entre le **principe du pays d'origine**, tel qu'il est ici défini, et la définition implicite qui avait cours il y a quelques années, au moment où cette expression est apparue dans le débat européen : un équivalent du **principe de reconnaissance mutuelle des normes et des règlements**. Beaucoup (et moi-même) avons pensé à l'époque, et particulièrement en 2002 lors des débats autour de la Communication « Tenir les engagements », que la Commission employait l'un pour l'autre. Cette confusion doit être aujourd'hui dissipée.

Le **principe de reconnaissance mutuelle des normes** signifie que la norme du pays B devient une norme admise pour **toutes** les marchandises par le pays A au sein du pays A.

Tel qu'il est maintenant défini par la directive Bolkestein, le **principe du pays d'origine** signifie que pour un même service, il devra obéir en un point du pays A à la réglementation du pays A si l'entreprise qui le délivre est elle-même du pays A, et à la réglementation du pays B si l'entreprise qui le délivre a pour origine le pays B. Ce n'est pas la même chose !

La **reconnaissance mutuelle** n'est qu'une technique permettant progressivement l'application des mêmes règles à tous les produits en un point donné d'un pays donné, quelle que soit l'origine de la marchandise considérée. Cet objectif correspond à l'esprit même des traités depuis le Marché commun jusqu'au Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Au contraire, le **principe du pays d'origine**, comme son nom l'indique d'ailleurs, viole ouvertement les objectifs du marché intérieur commun, puisqu'il ré-introduit, pour un bien ou une marchandise quelconque délivrée en un point donné de l'Union, la notion d'origine nationale de cette marchandise, alors même que toute la construction du marché intérieur visait à abolir de telles considérations !

► Sur le plan des textes, cette définition du principe du pays d'origine la rend anti-constitutionnelle.

Le principe du marché intérieur interdit formellement de différencier, dans un pays donné, les règles applicables à une marchandise quelconque selon son origine. C'est ce qu'on peut appeler « principe de localité » ou « principe du pays destinataire ».

Comme il est clair que les différences des législations nationales des pays d'origine peuvent néanmoins fausser la concurrence, la section 7 du chapitre de la Constitution sur le Marché intérieur détaille les mesures à prendre pour éviter ces effets pervers. La méthode générale est la loi ou loi cadre « *rapprochant* » les législations nationales, la Commission, le Conseil et le Parlement devant « *prendre pour base un niveau de protection élevé en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs* » (article 172-3). Dans la suite de l'article, ces mesures sont désignées comme « *harmonisation* ».

Enfin, s'agissant des conditions de l'activité concernée, dès la section intitulée « Libre circulation des personnes et des services », la Constitution interdit formellement d'appliquer à un salarié délivrant un service dans un pays donné des lois différentes selon le pays d'origine de ce travailleur :

« Art 133-2. *Toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail est interdite.* »

Ce dernier principe, déjà reconnu par les traités actuels, a d'ailleurs servi de base à la rédaction, en 1996, de la

directive « Détachement ». Certes, la durée de séjour d'un travailleur sur le territoire d'un pays doit être prise en compte (pour des raisons pratiques), et la directive Détachement ne garantit qu'au bout de huit jours de présence la pleine application de la législation sociale locale au travailleur venant d'un autre Etat membre. Toutefois, cette directive Détachement a été rédigée en accord avec les partenaires sociaux, mais à une époque où les différences de statuts et de revenus des travailleurs n'étaient pas si graves qu'elles le sont devenues aujourd'hui entre deux pays de l'Union géographiquement proches, par suite de l'entrée des nouveaux pays membres. Il n'est plus du tout impensable de vivre à Bratislava et de travailler 5 jours par semaine à Vienne ! La directive détachement mérite donc elle-même un certain toilettage. Mais en tout état de cause, la directive Bolkestein, qui rendrait d'ailleurs impossible la vérification de l'application de la directive Détachement en interdisant les contrôles, apparaît bel et bien anticonstitutionnelle, et déjà non conforme au traité actuel (article 96).

Avec une certaine candeur, l'Exposé des motifs du projet de directive (section 7 b) reconnaît que « *Certaines dérogations sont prévues pour tenir compte du fait que des instruments communautaires existants prévoient la règle selon laquelle une prestation de service transfrontalier peut être soumise à la législation du pays de destination.* ». Évidemment ! le principe du pays d'origine, tel qu'il est maintenant défini, va complètement à rebours de l'esprit de la construction européenne jusqu'ici, qui est basée sur le « principe du pays de destination », et donc de toutes les dispositions actuelles !

► **En pratique, l'application du principe du pays d'origine ferait reculer l'unification du marché intérieur des services.**

En effet, il est une règle juridique supérieure à toutes les autres et qui en constitue le fondement : « Nul n'est censé ignorer la loi ». Ce précepte est tout à fait théorique, s'agissant d'un consommateur quelconque confronté à un service quelconque issu de son propre pays. Mais ce principe fondamental a pour corollaire que nul n'est censé connaître la loi de 24 autres pays !

Si donc, dans ses rapports avec un prestataire de service, un client devait connaître la loi du pays d'origine de ce prestataire, il est bien clair que plus personne ne se risquerait à entrer en affaires avec un prestataire d'un autre pays de l'Union que le sien.

Je vous rappelle, Monsieur le rapporteur, mes chers collègues, que dans un secteur exclu de la directive Services (peut-être parce qu'il était le plus « sérieux » ?), je veux dire le secteur financier, notre Parlement a passé des années à mettre au point la directive sur les « prospectus simplifiés » de placements financiers. Il aurait paru à notre Parlement impossible de mettre sur un pied d'égalité deux prestataires financiers en un pays donné, si les mêmes garanties en matière de clarté du contrat n'étaient pas offertes, quel que soit le pays d'origine. Ce qui vaut pour les placements financiers n'est-il pas tout aussi vrai pour n'importe quel service ?

Alors que faire ?

Avant tout, évidemment, remplacer le principe du pays d'origine par le principe fondamental du marché intérieur : « le principe du pays destinataire », tant en ce qui concerne les normes régissant les produits que les normes régissant l'activité des producteurs.

Cela n'empêche nullement les institutions européennes de chercher à rapprocher les normes en vigueur de façon à faciliter la circulation des services. Nous avons vu que la Constitution privilégie l'harmonisation des législations nationales pour éviter les distorsions de concurrence, avec deux principes : « *prendre pour base un niveau de protection élevé* » (art. 172) en ce qui concerne les produits, « *égalisation dans le progrès* » (art. 209) en ce qui concerne les conditions salariales de production.

A ce sujet, je rappelle deux points essentiels du Rapport Harbour que notre parlement a adopté en février 2003, en réponse à la Communication « Tenir les engagements » pour l'achèvement du marché intérieur dans le domaine des services.

Article 35 : « [Le parlement] se félicite des propositions visant à créer un instrument horizontal pour garantir la libre circulation des services sous forme de reconnaissance mutuelle (reconnaissance dont le caractère automatique doit être promu dans toute la mesure du possible), de coopération administrative et, lorsque cela est strictement nécessaire, en recourant à l'harmonisation. »

Notre Parlement avait donc rappelé les trois techniques classiques utilisées par le mise en oeuvre du marché intérieur, et les avait hiérarchisées : automaticité chaque fois que c'est possible, harmonisation quand c'est nécessaire. Le critère de cette nécessité est exposé , nous l'avons vu, dans l'article 172 de la Constitution : c'est la nécessité de « prendre pour base un niveau de protection élevé ».

Remarquons qu'il n'était nullement question de « principe du pays d'origine » pour cet « instrument horizontal » dont la directive Bolkestein prétendra, un an après, être la concrétisation. Toutefois, l'apparition sporadique de cette terminologie, comme équivalent , on l'a vu, de la « reconnaissance mutuelle », avait dès cette époque suscité la méfiance du Parlement :

Article 39 : « [Le parlement] estime que, si les principes du pays d'origine et de la reconnaissance mutuelle sont essentiels à l'achèvement du marché intérieur des biens et des services, les objectifs d'intérêt public, et en particulier la protection du consommateur, doivent être sauvegardés, lorsque la chose est nécessaire, grâce à une harmonisation des règles nationales »

Remarquons à nouveau que la proposition principale de cet article du rapport a été censurée par l'exposé des motifs (2 : *Contexte*) de la directive Bolkestein, ce qui en inverse complètement le sens !

À l'heure où le Conseil européen de Bruxelles vient de prendre clairement partie contre le principe du pays d'origine, il est urgent, Monsieur le rapporteur, mes chers collègues, de rappeler que notre Parlement , un an à l'avance, avait mis en garde la Commission contre de possibles dérives. Nous le devons à nos électeurs.

Letter to the Committee on Legal Affairs of the European Parliament about the Services directive.

The Bolkestein directive is anticonstitutional.

Mister reporter, dear colleagues,

I have greatly appreciated our colleague Kurt Lechner report's, about the Bolkestein directive. Our committee have to give a legal opinion to the committee responsible, the committee on internal market, so our reporter was right to stay strictly on legal aspects. I have particularly appreciated his wish to keep the services of general interest out of the directive, and the reserves he expresses about the compatibility of the directive with the European international law conventions (Rome 1 and Rome 2), as for the contractual obligations. However, during our last meeting I exposed two important objections to his report, and I suggest Mr Lechner to think about the way to modify his report in this direction.

1) About the services of general economic interest.

Our reporter seems not to wish excluding of the services directive the services of general economic interest. Now, articles 122 of the Constitution, still voted by the Parliament and the Council, explicitly plan a specific European law for SGEI, and give to the law an accurate trend. So, I suggest keeping out of the directive, not only the SGI, but also the SGEI.

2) About the country of origin principle.

Our reporter sees all the difficulties it means, but he proposes to adopt it as « a principle, with many exceptions ». I think there would be so many exceptions that they would unsafely increase the size of the directive !

I remind you the definition that gives the Services directive proposal, art 16-1 : « Member States shall ensure that providers are subject only to the national provisions of their Member State of origin which fall within the coordinated field.

Paragraph 1 shall cover national provisions relating to access to and the exercise of a service activity, in particular those requirements governing the behaviour of the provider, the quality or content of the service, advertising, contracts and the provider's liability. »

Immediately, you can imagine many objections. Would a Dutch delivery company be allowed to drive on the right side in Great Britain ? Would a Dutch private clinic be allowed to install in Ireland a termination of pregnancy clinic ? Such absurd objections could be multiplied. So vast is the field of laws and regulation that manage each human activity, particularly in the field of services.

Really, the problem indeed is the concept of country of origin principle. Because it contradicts both the spirit and the letter of the Constitution. Because it also contradicts the current treaties. It contradicts the whole efforts which had been carried out, since 1957, to « forget », in Europe, the « country of origin » of each goods

Before to show that, I would like to underline the difference between the countries of origin principle, as defined here, and the implicit definition we use to understand, a few years ago, when this expression appeared in the European debate : something like a mutual recognition of norms and regulations principle. At this time, and particularly in 2002, during the debate about the Communication « Providing the promise », many of us (and I did), thought that the Commission was using one term for the other without a difference. Today, we have to clear up the confusion.

The mutual recognition of norms and regulations principle means that the norm of the B country becomes an admitted norm for all the goods delivered in the A country

As now defined by the Bolkestein directive, the country of origin principle means that for a same service, it will have to obey, in one point of a A country, to the rules of the A country if the company which delivers it is itself from the A country, and to the rules of the B country if the company which delivers it have its seat in the B country. It is not the same thing !

Mutual recognition is only a technical way to apply progressively the same rules to all the goods, in one definite point of a definite country, whatever is the origin of the good you consider. This objective corresponds with the spirit of the treaties, from the Common market to the Treaty establishing a Constitution for Europe. On the contrary, the country of origin principle (as its name says) openly violates the objectives of the common internal market, since it re-introduces, for any good delivered in a definite point of the Union, the notion of the national origin of this good, while the whole construction of the internal market aimed to abolish such considerations !

At the texts level, this definition of the country of origin principle gets it anticonstitutional.

The internal market principle categorically forbids, in a definite country, to differentiate the rules you apply for any good because of its origin. That is what we may call « locality principle », or « recipient country principle ».

As it is clear that the differences between countries of origin national laws nevertheless may distort competition, section 7 of the chapter of the Constitution about internal market, provides measures that should be taken to avoid perverse effects. The general method is in the law, or outline law, « bringing closer » the national legislations, the Commission, the Council and the Parliament being supposed, « concerning health, safety, environmental protection and consumer protection, » to « take as a base a high level of protection, taking account in particular of any new development based on scientific facts » (art 172-3). Further in the article, these measures are referred as « harmonisation »

At last, about the conditions of the considered activity, from the section titled « Free movement of persons and services », Constitution strictly prohibits to implement for a salaried employee, providing a service in a definite country, different laws depending on the country of origin of this worker : « Art 133-2. Any discrimination based on nationality between workers of the Member States as regards employment, remuneration or other conditions of work and employment shall be prohibited »

This last principle, already admitted by current treaties, has moreover been used as a basis, in 1996, to write the « Posting » directive. Indeed, the length of staying of a worker in a country must be considered, (for practical reasons), and the « Posting » directive guarantees the whole implementation of social legislation only after 8 days of staying to the worker coming from another Member State. However, this « Posting » directive has been written according to social partners wishes, but in a time when the statutes and incomes differences between workers where not so serious as they became today between two geographically near countries of the Union, after the arrival of the new Member States. It is no more unthinkable to live in Bratislava and to work 5 days a week in Vienna ! Anyway, the Bolkestein directive, which would provide impossibility to control the implementation of the « Posting » directive, by forbidding checks, definitely appears anticonstitutional, and still unconform with current treaty (art 96)

With a certain guiltlessness, the explanatory memorandum of the proposal for the directive recognizes (section 7-j), that « Certain derogations are provided for in order to take into account the fact that existing Community instruments apply the rule according to which cross-border service provision may be subject to the legislation of the country of destination. »

Of course ! The country of origin principle, as now defined, runs completely backwards the spirit of European construction up to now, which is based on the « country of destination principle », and so against the whole current measures.

3) In practice, enforcing the country of origin principle would force back the unification of the internal market of services.

In effect, it exists a legal rule upper all the others, and which constitutes their background : « nobody is supposed not to know the law ». This precept is quite theoretical, about any consumer confronting any service coming from its own country. But this fundamental principle has for a corollary that nobody is supposed to know the laws of 24 other countries !

So, if in its relationship with a service provider, a customer had to know the rules of the country of origin of this provider, it is clear that nobody would take anymore a risk with dealing with a provider coming from another country of the Union than its own.

May I remind you, Mister Reporter, dear colleagues, that concerning a sector which is excluded of the Services directive (may be because it was the most « serious » ?) ; I mean the financial sector, our Parliament spent years with perfecting the directive on « simplified leaflets for financial investments ». It would have seemed impossible to our Parliament to set up on an equal footing two financial providers in a definite country, if they hadn't offered the same guaranties as regards as the clearness of the contract, whatever was the country of origin. What is true for financial investments isn't it also true for any service ?

So, what to do ?

First of all, of course, replacing the « country of origin principle » with the internal market fundamental principle : the « country of destination principle », concerning norms on goods as well as "principle of the ?????? Of activity" concerning norms on producers' activity".

It will not stop at all the European institutions to look how to get closer the current norms in the way to make easier the movement of services. We saw that the Constitution priorities harmonisation of national rules to avoid distortion on competing, with two principles : « taking as a base a high level of protection » (art 172) concerning goods, and « harmonisation while the improvement is being maintained » (art 209) concerning the salaried conditions of production.

On this topic, I remind you two essential points of the Harbour report, which our parliament has adopted in February 2003, replying to the Communication « Providing the promises » for the completion of internal market in the field of services.

Article 35 : « [The parliament] welcomes the proposals for a horizontal instrument to ensure free movement of services in the form of mutual recognition, with automatic recognition being encouraged as far as possible, administrative cooperation and, where strictly necessary, harmonisation ».

So, our Parliament had reminded the three classical techniques used to implement the internal market, and it had ordered them : automaticity as well as possible, harmonisation when necessary. The criterion for this necessity is explained, as we saw, in the article 172 of the Constitution : it is the necessity to « take as a base a high level of protection ».

You will notice there was nothing about « the country of origin principle » for this « horizontal legal instrument » which the Bolkestein directive will, one year later, claim to materialize. However, sporadic appearance of this terminology, as an equivalent, as we saw, of « mutual recognition », had from this time aroused the suspicion of the Parliament : (article 39) « [The Parliament] considers that whilst the principles of country of origin and mutual recognition are essential for the completion of the Internal Market in goods and services, public interest objectives, in particular consumer protection, should be safeguarded, where appropriate, by the harmonisation of national rules »

You will notice again that the principal proposal of this article of the report has been censored by the explanatory memorandum (2 : Background) of the Bolkestein directive, so that its sense is completely inverted !

At the moment when the European Council of Brussels just took clearly side against the country of origin principle, there is a matter of urgency, Mister Reporter, dear colleagues, to remind people that our Parliament, one year ahead, had warned the Commission against possible drifts. We owe it to our electors.