

A-2228/09-37



CHFEP

Chambre des fonctionnaires
et employés publics

11-A, avenue de la Porte-Neuve | L-2227 Luxembourg | Tél.: 47 22 24 | Fax: 47 23 74 | E-mail: chfep@chfep.lu

A V I S

sur

le projet de loi-cadre relative aux services dans le marché intérieur

Par dépêche du 13 mars 2009, Monsieur le Ministre de l'Économie et du Commerce extérieur a demandé l'avis de la Chambre des fonctionnaires et employés publics sur le projet de loi-cadre spécifié à l'intitulé (alors que le texte soumis à la Chambre porte le titre de "*avant-projet*").

Quoi qu'il en soit, le projet en question est appelé à transposer en droit national les dispositions de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.

A.- LA DIRECTIVE "SERVICES"

1 - Historique

Le 13 janvier 2004, la Commission européenne avait présenté un projet de directive relative aux services dans le marché intérieur qui, selon ses dires, visait à "*réduire la paperasserie qui étouffe la compétitivité*".

La Commission, qui mettait ainsi l'accent sur les dispositions les plus banales et anodines, avait soit sous-estimé la portée réelle de la proposition de directive, soit essayé de dévier des réels problèmes pour éviter qu'un débat ne s'enflamme sur le sujet.

Or, cette tristement célèbre directive européenne, dite directive "*services*" ou directive "*Bolkestein*", avait, rapidement après sa publication en janvier 2004, et jusqu'à son adoption en décembre 2006, engendré de vives contestations. Jamais auparavant une initiative législative de la Commission européenne n'avait été aussi controversée et n'avait suscité un tel débat public passionné.

Les syndicats et la société civile organisée, ainsi qu'une partie du Parlement européen, en tant que défenseurs d'une économie sociale de marché soucieuse de la protection des travailleurs, étaient opposés à la Commission européenne, à certains États membres et aux milieux patronaux, adeptes d'un libéralisme et d'une libre concurrence à tout prix.

Au Luxembourg, les divergences de vues fondamentales entre les partenaires sociaux ont été les mêmes qu'ailleurs; elles ont été documentées dans l'avis en la matière du 22 mars 2006 du Conseil économique et social.

2 - Le contenu

La directive "*services*" a comme objectif de poursuivre la mise en place du marché unique des services en faisant disparaître les barrières au libre commerce par une réduction significative du poids des réglementations nationales et la simplification des procédures administratives dans les domaines de

- la libre prestation des services transfrontaliers et
- la liberté d'établissement.

Sont couverts:

- les services aux entreprises (services de conseil, de certification, de gestion, d'entretien, de publicité, de recrutement, de commercialisation etc.);
- les services aux entreprises et aux consommateurs (conseils juridiques ou fiscaux, agences immobilières, entreprises de construction, architectes, distribution, foires commerciales, location de voitures, agences de voyage etc.);
- les services aux citoyens (services à domicile, de proximité, de loisirs etc.).

Ne sont pas couverts les services expressément exclus par la directive "*services*" ainsi que les services non économiques ou les activités que l'État accomplit sans contrepartie économique dans le cadre de l'exercice de l'autorité publique. Sont également exclus du champ d'application toute une ribambelle de services énumérés à l'article 2 de la directive, énumération qui n'arrive toutefois guère à

éliminer les difficultés d'interprétation quant au champ d'application exact de la directive.

3 - Le débat public

De prime abord, il y a lieu de rappeler qu'en 1987 déjà, le traité établissant la Communauté économique européenne prévoyait en son article 3 sous c) "*l'abolition entre les États membres, des obstacles à la libre circulation des personnes, des services et des capitaux.*"

Si donc la création d'un marché intérieur où les services pourront circuler librement n'était jamais contestée en tant que telle, les mesures de mise en œuvre prévues par la directive "*services*" l'étaient toutefois d'autant plus.

Ainsi, les débats se sont focalisés essentiellement sur les conséquences du principe du pays d'origine qui, initialement, constituait le cœur de la proposition de la Commission européenne en matière de libre circulation des services transfrontaliers. Selon ce principe, le droit applicable à une prestation de service doit être celui de l'État membre dans lequel le prestataire a son siège statutaire, quel que soit l'État dans lequel a lieu la prestation.

Ce principe ne constituait pas une nouveauté au sein de l'Union européenne puisqu'il s'appliquait déjà dans certains domaines spécifiques tels que les services de télévision, du commerce électronique et de l'activité des établissements de crédits, non sans impact positif pour le Luxembourg.

La consécration du principe du pays d'origine dans le projet de directive "*services*" représentait néanmoins une rupture avec la méthode classique d'harmonisation des réglementations nationales dans la mesure où la directive "*services*" insiste davantage sur l'interdiction de certaines dispositions nationales que sur la mise en œuvre de règles communes, avec comme conséquence, l'application simultanée de plusieurs droits nationaux, en concurrence sur un même territoire.

Une application du principe du pays d'origine aux services transfrontaliers aurait largement avantage les prestataires établis dans

les États membres dont la réglementation, surtout celle du droit et des conditions de travail, est la moins contraignante, avec comme conséquence le grand risque, pour ne pas dire la certitude, d'un dumping social et salarial.

En outre, avoir un marché national où, à côté des règles nationales, s'appliqueraient plusieurs réglementations étrangères serait source de discriminations et de concurrence déloyale au détriment des prestataires nationaux dans les pays avec des standards sociaux élevés.

La position intransigeante de la Commission européenne qui a suscité des contestations et manifestations, des fois véhémentes, de la part des syndicats et de la société civile organisée, attisées par des maladresses et excès de langage de représentants de la Commission européenne, a certes été largement à la base des votes négatifs français et néerlandais du projet de traité constitutionnel européen ainsi que du résultat plutôt modeste du référendum afférent luxembourgeois.

4 - La version finale de la directive

Le compromis de Graz traitant des amendements proposés par le Parlement européen a finalement remplacé le principe du pays d'origine par le principe de "*libre prestation de service*", ce qui, en fin de compte, n'est pas significativement différent.

La consécration dans la directive du principe de la libre prestation des services ne constitue en fait aucune nouveauté puisque la liberté d'établissement et la libre prestation des services sont bien ancrées dans le traité CE par les articles 43 et 49 et restent le fer de lance de la construction européenne du marché intérieur.

Le principe du pays d'origine n'a par ailleurs pas été définitivement banni de la législation européenne puisque, depuis récemment, un règlement (d'application directe, sans transposition dans la loi nationale) permet aux parties concernées de choisir librement la loi applicable à leurs relations contractuelles, quel que soit le pays d'origine.

5 - Remarques générales

En ce qui concerne la directive "*services*", les États membres sont donc obligés de garantir au prestataire le libre accès à l'activité de service ainsi que son libre exercice sur son territoire, sauf que, pour des raisons impérieuses d'intérêt général, relatives à l'ordre public, la santé et la sécurité, les États membres peuvent limiter l'exercice de ces libertés.

Cette possibilité d'opposer à un prestataire étranger la réglementation nationale reste néanmoins très limitée car l'intérêt général pris en considération est celui conçu par la Commission, et non celui défini par les États membres.

Ainsi, pour la libre prestation des services, la protection des consommateurs et la politique sociale ne sont pas reconnues comme raison impérieuse d'intérêt général qui, selon la Commission européenne, présuppose "*l'existence d'une menace réelle et grave affectant un intérêt fondamental de la société.*" La définition arrêtée par la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) est pourtant beaucoup plus large et inclut, entre autres, le maintien de l'ordre social, les objectifs de la politique sociale et la protection des consommateurs. La définition précitée de la CJCE peut être invoquée selon la directive "*services*" pour des dérogations concernant les procédures administratives, mais pour la libre prestation des services, on ne peut recourir qu'à la version tronquée avancée par la Commission.

Dans ces conditions, il faut se demander jusqu'à quel point les lois du pays d'accueil trouveront effectivement toujours application.

Il faut craindre que le flou qui entoure les principes de la libre prestation de service et de la liberté d'établissement n'aboutisse à une foule de questions préjudicielles et d'affaires contentieuses auprès de la Cour de Justice des Communautés européennes.

Comme la jurisprudence est l'image des textes qu'elle interprète, et à défaut d'une législation claire et non ambiguë, la CJCE reste l'un des principaux, sinon le principal architecte de la construction européenne.

6 - Champ d'application

La directive "*services*" est une directive horizontale, ce qui implique que tous les services économiques non expressément exclus sont englobés.

La notion de service est définie dans la directive et dans le projet de loi de transposition dans le droit luxembourgeois, comme "*toute activité économique non salariée, exercée normalement contre rémunération*".

Toutefois, le simple fait qu'une activité soit fournie sans rémunération par l'État, par un organisme public ou par une organisation sans but lucratif ne signifie pas nécessairement que cette activité ne constitue pas un service au sens de la directive "*services*". Conformément à la jurisprudence de la CJCE, "*la caractéristique essentielle de la rémunération réside dans le fait que celle-ci constitue la contrepartie économique de la prestation en cause*". En d'autres termes, l'activité doit être de nature économique, prestée à titre lucratif ou non.

Or, pour savoir ce qui est économique et ce qui ne l'est pas, il n'existe pas de définition précise; selon la jurisprudence de la CJCE, "*pour déterminer si certaines activités, notamment celles qui sont financées par les pouvoirs publics ou fournies par des entités publiques constituent un service économique, il convient de les examiner au cas par cas et de tenir compte de toutes leurs caractéristiques, notamment la manière dont elles sont fournies, organisées et financées dans l'État membre concerné.*"

À noter que la directive "*services*" ne prend pas en considération les dispositions spécifiques (articles 16 et 86.2) du traité CE relatives aux services d'intérêt général et la jurisprudence de la Cour de Justice, notamment du point de vue de la primauté de l'accomplissement des missions de service public.

Ceci est d'autant plus étonnant que, selon la Commission, le but de la directive est de mettre en place une codification systématique de la jurisprudence constante de la Cour de Justice des Communautés européennes en matière de services.

Si les services d'intérêt général les plus lucratifs, tels que l'approvisionnement en eau, en gaz et en électricité par exemple, sont couverts par les dispositions relatives à la liberté d'établissement (mais non par les dispositions établissant la libre prestation des services transfrontaliers), les services non économiques d'intérêt général (SNEIG) sont complètement exclus de la directive "*services*", étant donné que ces SNEIG ne sont pas régis par des règles communautaires spécifiques et ne sont pas soumis aux règles relatives au marché intérieur, à la concurrence et aux aides d'État.

Le protocole annexé au traité de Lisbonne innove dans la mesure où il couvre l'ensemble des services d'intérêt général et introduit pour la première fois dans un traité la notion de services non économiques d'intérêt général. Il n'apporte toutefois pas non plus de précision sur la distinction entre un service économique et un service non économique.

La distinction entre caractère économique et non économique reste ainsi floue et incertaine. Presque toute prestation d'intérêt général, même celle fournie à titre non lucratif ou bénévole, représente une certaine valeur économique sans pour autant devoir relever du droit de la concurrence. En outre, un même service peut être à la fois marchand et non marchand. De même, un service peut avoir un caractère marchand sans que, pour autant, le marché ne soit à même d'assurer un service dans la logique et d'après les principes régissant les services d'intérêt général ou universel.

Le manuel d'instruction de mise en oeuvre de la directive "*services*" en fournit un bel exemple en ce qui concerne les services d'éducation fournis dans le cadre du système d'éducation nationale, où les droits d'inscription ou de scolarité qui doivent être acquittés par les parents ne constituent pas de rémunération du service lorsque le financement du système est assuré pour l'essentiel par des fonds publics. Ceci revient à dire que le fait qu'un service soit fourni contre rémunération n'est pas forcément synonyme de "*service économique*".

D'un autre côté, les services fournis sans rémunération, comme ceux prestés par des organisations philanthropiques par exemple,

agissant sans but lucratif, ne sont pas nécessairement considérés comme non économiques.

Il s'ensuit des ambiguïtés et contradictions entre concurrence et SIG, dont le caractère économique ou non économique reste de cas en cas soumis aux interprétations et revirements juridiques de la Cour de Justice des Communautés européennes.

Sachant que la Cour se prononce sur la base du droit existant, peu développé en ce qui concerne les SIG/SIEG, et de sa jurisprudence antérieure, les autorités publiques et les collectivités locales apparaissent de plus en plus soumises au droit communautaire de la concurrence, notamment si les activités de service public sont exercées avec d'autres partenaires.

L'exemple suivant des services sociaux d'intérêt général reflète bien à quel point la reconnaissance du caractère économique ou non est soumise aux aléas et revirements de la CJCE.

En 2000, selon la Cour de Justice, *"nombre d'activités exercées par des organismes dont les fonctions sont essentiellement sociales, qui ne réalisent pas de profits seront normalement exclues de l'application des règles communautaires relatives à la concurrence et au marché intérieur"*.

En 2006, la Cour de Justice constate le contraire en arrêtant que *"la quasi-totalité des services prestés dans le domaine social peuvent être considérés comme des activités économiques au sens des articles 43 ou 49 du traité CE"*.

La directive *"services"* exclut les services sociaux relatifs au logement social, à l'aide à l'enfance et à l'aide aux familles et aux personnes se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin, qui sont assurés par l'État, par des prestataires mandatés par l'État ou par des associations caritatives reconnues comme telles par l'État.

Il s'ensuit que tous les prestataires de services sociaux qui ne peuvent se prévaloir d'un mandatement ou d'une reconnaissance officielle par l'État sont soumis aux dispositions de la directive *"servi-*

ces". Il s'agit en l'occurrence d'activités de services à caractère fréquemment associatif, subventionnées (directement ou indirectement) par une autorité publique (État ou commune) qui offrent des services collectifs (services à domicile, aides aux personnes âgées ou handicapées, accompagnement scolaire, activités ou centres sociaux de quartier etc.).

Ceci nécessite de clarifier les modalités du "*mandatement*" des opérateurs de SIEG, pour préciser le lien entre l'acte officiel définissant la mission particulière et la notion de mandatement.

Selon son document de travail SEC(2007)1516, la Commission considère que le mandat est l'acte officiel qui confie à l'entreprise la prestation d'un SIEG et qui indique la mission d'intérêt général de l'entreprise concernée ainsi que l'étendue et les conditions générales de fonctionnement du SIEG.

Le mandat implique, selon la Commission, une obligation primordiale de prêter ou de mettre à disposition le service, sans distinction et sans prise en compte de la spécificité de la nature du service, d'une part, et du rôle souvent particulier des prestataires, de l'autre.

Selon la Commission européenne, cette obligation de prestation ne vaut pas pour les associations caritatives reconnues comme telles par l'État, sans que pour autant les conditions et la forme d'une telle reconnaissance ne soient précisées.

L'affaire se complique encore plus par la mise en exergue par la Commission européenne d'un autre concept, qui est celui de "*l'agrément*" accordé par une autorité publique à un prestataire de services, l'autorisant à fournir certains services. Selon la Commission, "*l'agrément*" ne correspond en effet pas à un mandat et ne crée pas une obligation pour l'opérateur de fournir les services concernés.

Or, la notion "*d'agrément*" ne se retrouve, elle non plus, ni dans le droit primaire, ni dans le droit dérivé.

On doit donc s'en remettre, là encore, à une clarification au cas par cas, au gré des contentieux et arbitrages, de sorte qu'une initiative législative pour apporter clarté et sécurité juridique est de mise.

En ce qui concerne les associations caritatives reconnues comme telles par l'État, la seule reconnaissance du caractère non lucratif de ces organisations ou encore le caractère d'intérêt général des activités exercées ne constituent pas des critères suffisants en eux-mêmes pour qualifier les prestataires comme relevant de la notion d'association caritative reconnue comme telle par l'État. De même, le fait de recevoir des subventions de l'État ne suffit pas pour échapper au champ d'application de la directive.

La directive met ainsi en cause le mode traditionnel de relation entre les pouvoirs publics et les associations prestataires de services sociaux.

7 - Procédure de transposition dans le droit national

Pour promulguer les dispositions sur les services dans le marché intérieur, la Commission européenne a dû recourir à l'instrument de la directive conformément à une déclaration annexée au traité de 1985, qui invite la Commission à privilégier "*l'instrument de la directive si l'harmonisation comporte, dans un ou plusieurs États membres, une modification de dispositions législatives.*"

Ceci implique que les règles européennes en matière de services doivent être transposées dans le droit national, en l'occurrence pour fin décembre 2009 au plus tard.

La directive "*services*" couvre un large éventail de services et est susceptible d'affecter un grand nombre de lois et règlements nationaux. Elle demande plusieurs actes de mise en œuvre d'une telle complexité que les problèmes et désavantages ne se dévoileront qu'au fil des années.

Pour ne rien laisser au hasard, la Commission, tombant dans l'excès, a pris toute une série de mesures d'accompagnement des opérations de transposition, telles que:

- le manuel relatif à la mise en œuvre de la directive service,

- une base Intranet qui comporte les documents les plus importants,
- un système horizontal d'appui pour l'ensemble des législations relatives au marché intérieur (Internal Market System contact),
- un groupe d'experts Commission/États membres,
- la désignation d'une personne de contact au sein des ministères compétents, ainsi que
- des réunions bilatérales entre la Commission européenne et les services nationaux compétents pour la transposition (Commission en tournée).

Or, la procédure législative européenne par l'intermédiaire d'une directive se caractérise, par opposition à un règlement (d'application directe), par la marge de manœuvre laissée aux États membres dans l'exercice de la transposition dans le droit national.

Il est ainsi pour le moins inhabituel que la Commission donne des orientations aux États membres sur la façon d'interpréter les dispositions d'une directive, alors que son rôle se limite à engager une procédure en manquement contre un État membre si elle estime que la transposition n'a pas été conforme à une disposition communautaire; elle peut même porter l'affaire devant la Cour de Justice des Communautés européennes.

La manière de procéder de la Commission dans le cas qui nous (pré)occupe, qui relève plus du dirigisme que de l'assistance, prouve l'acharnement de la Commission pour une transposition fidèle à sa philosophie libérale selon laquelle le marché et la libre concurrence règlent tous les problèmes. Force est de constater qu'en fin de compte aucune marge de manœuvre n'est laissée aux États membres pour une transposition qui tiendrait compte des spécificités, traditions et cultures particulières des différents États membres.

La Commission a même mis en garde contre une interprétation plus large, notamment concernant les exclusions du champ d'application, en faisant remarquer que "*la multiplication des exclusions comporterait un risque certain de contentieux*".

La Chambre des fonctionnaires et employés publics ne peut s'empêcher de constater un abus de position dominante de la part de la Commission européenne à laquelle le gouvernement luxembourgeois s'est plié, en proposant une transposition textuelle quasi identique à la directive "services", alors qu'il aurait fallu éclaircir les nombreuses zones grises si on avait voulu éviter du contentieux, et faire preuve de plus de hardiesse en prenant en considération les spécificités luxembourgeoises.

B.- LE PROJET DE LOI LUXEMBOURGEOIS TRANSPOSANT LA DIRECTIVE "SERVICES"

La Chambre des fonctionnaires et employés publics prend note que, selon l'exposé des motifs qui accompagne le projet de loi, et *"afin d'assurer une transposition complète susceptible de combler des lacunes ou oublis dans les textes spéciaux, il a été opté pour l'élaboration d'une loi-cadre générale posant les principes qui devront être observés notamment lors des modifications et adaptations des lois sectorielles constituant la seconde phase de la transposition"*, ceci puisque *"une transposition correcte présuppose un passage au crible de la législation nationale"*.

Force est toutefois de constater que l'exposé des motifs et le commentaire des articles du projet de loi restent muets aussi bien sur le résultat de cet exercice de *"radiographie"* de la législation nationale que sur les modifications à apporter et à consigner dans un rapport à soumettre à la Commission européenne pour le 28 décembre 2009 au plus tard.

En outre, cette loi-cadre ne porte que sur la libre prestation des services, alors que les dispositions de la directive sur la liberté d'établissement ne seront transposées qu'ultérieurement par le biais d'une modification de la loi du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales, entre autres.

Selon l'exposé des motifs, cette séparation entre prestation et établissement est dictée *"pour des raisons de cohérence"* par rapport à la loi précitée du 28 décembre 1988, qui est elle-même une loi-cadre (d'établissement).

Or, il n'existe pas de différenciation nette et définitive entre prestation et établissement. En principe, l'établissement, au sens du traité, est défini par "*l'installation stable pour une durée indéterminée*". Or, selon la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes (Com 2007, 51), "*aucune limite de temps générale ne peut être fixée pour distinguer entre établissement et prestation de services. Le fait que le prestataire utilise une infrastructure donnée n'est pas non plus décisif, étant donné qu'un prestataire peut se servir d'une infrastructure dans l'État membre d'accueil pour la prestation de services transfrontaliers sans y être établi*".

Par ailleurs, la jurisprudence de la CJCE est sensiblement la même, qu'il s'agisse de prestation ou d'établissement.

Quoi qu'il en soit, la date limite du 31 décembre 2009 pour la transposition de la directive "*services*" vaut également pour les dispositions concernant la liberté d'établissement, de sorte que la Chambre des fonctionnaires et employés publics se demande pourquoi les modifications à apporter à la loi du 28 décembre 1988 n'ont pas (pour les raisons de cohérence précédemment évoquées) été soumises avec le projet de loi sous avis.

8 - Chapitre 1^{er} – Dispositions générales

8.1 - Article 1er – Champ d'application

Les auteurs du projet ont opté pour une transposition fidèle de la directive "*services*" afin que, selon leurs dires, des discussions sur le périmètre de la loi nationale ne viennent s'ajouter à celles déjà suffisamment complexes de la délimitation de la directive.

Or, c'est justement à ce sujet que la Chambre s'était attendue à ce que les auteurs du projet de loi profitent de l'occasion pour apporter certains éclaircissements dans les domaines relevés ci-avant sub "*champ d'application*".

Afin d'assurer une cohérence avec le projet de la loi relative à la reconnaissance des qualifications, le champ d'application de la loi-cadre est étendu aux États membres de l'Espace économique européen (EEE), ce qui signifie qu'un prestataire islandais, norvégien

ou du Liechtenstein pourra offrir ses services au Luxembourg dans les mêmes conditions qu'un prestataire ressortissant d'un État membre de l'Union européenne.

Cette extension aux États membre de l'EEE ne se retrouve toutefois pas dans la directive "*services*", qui précise expressément dans son considérant n° 16 qu'elle "*concerne uniquement les prestataires établis dans un État membre et ne couvre pas les aspects extérieurs*".

La Chambre des fonctionnaires et employés publics se demande si, par réciprocité, la disposition en question vaut également pour un prestataire luxembourgeois qui voudrait offrir ses services dans un pays membre de l'EEE.

Cela implique que le Luxembourg ait convenu d'un tel accord avec l'EEE alors qu'au niveau communautaire un tel accord n'existe apparemment pas, sinon le Luxembourg n'aurait pas besoin de "*faire bande à part*".

En tout cas, en définissant aussi bien les États de l'UE que ceux de l'EEE comme "*États membres*" auxquels s'appliquent les dispositions de la loi luxembourgeoise sur les services (art. 2, sub b), les pays de l'EEE sont supposés respecter les dispositions arrêtées dans le cadre de la coopération administrative transfrontalière et notamment en ce qui concerne l'assistance mutuelle, avec toutes les conséquences que cela peut comporter.

8.2 - Article 2 – Définitions

Le commentaire des articles précise que le projet de loi reprend mutatis mutandis les définitions de la directive "*services*", à l'exclusion de "*profession réglementée*" et de "*communication commerciale*" puisque, selon les auteurs du projet, ces termes n'apparaissent pas dans la loi-cadre.

Or, à l'article 12 sub (3) b), il est bel et bien question de "*professions réglementées*". L'article 2 est donc à compléter conformément aux remarques reprises sub 11.6 ci-après.

La Chambre des fonctionnaires et employés publics estime qu'à la lumière de ses remarques ci-avant concernant les services sociaux d'intérêt général, des définitions du "*prestataire mandaté par l'État*" et de "*l'association caritative reconnue comme telle par l'État*" devraient être ajoutées à l'article 2, avec un renvoi à un règlement grand-ducal devant fixer les conditions, droits et obligations de ces prestataires.

En outre, il y aurait lieu de préciser que sont visés les services qui sont essentiels pour garantir un droit fondamental à la dignité et à l'intégrité humaines et qui relèvent des principes de cohésion sociale et de solidarité, étant entendu que ce qui relève de la cohésion est de l'appréciation de tout État membre.

En ce qui concerne la notion de "*ordre public*", dans une interview publiée en septembre 2008 dans un hebdomadaire et intitulée "*Je m'oppose à Bolkestein*", le Ministre du Travail de l'époque a mis en discussion la notion de "*ordre public social national*" qui, selon ses termes, est "*une question d'importance primordiale non seulement en matière de détachement, mais surtout dans le cadre de notre conception fondamentale du droit de travail et de l'emploi et de la politique sociale*".

Selon le même ministre, la jurisprudence européenne ne doit pas servir pour démanteler cet ordre public social national.

Or, comme la Chambre l'a déjà relevé ci-avant, la Cour de Justice des Communautés européennes ne fait qu'interpréter et elle se prononce sur base du droit existant.

Il s'ensuit que, pour éviter de devoir recourir aux arbitrages de la Justice, les dispositions légales doivent être claires et non ambiguës. Dès lors, il importe de compléter le projet de loi sous avis par une définition de ce qu'il faut entendre par "*ordre public*" ou "*ordre public social national*".

Finalement, il y a également lieu de prévoir la définition de ce qu'il faut entendre par "*sécurité des services*" conformément aux remarques de la Chambre des fonctionnaires et employés publics présentées sub 10.3 ci-après.

9 - Chapitre 2 – La simplification des procédures et formalités applicables aux prestataires

La Commission européenne fait état de deux grandes catégories d'obstacles aux services dans le marché intérieur: ceux qui découlent directement ou indirectement de contraintes juridiques et ceux qui découlent de facteurs non juridiques, tels que des procédures administratives compliquées, un manque d'informations ou des difficultés d'ordre culturel ou linguistique.

En ce qui concerne la simplification des procédures administratives nationales, les dispositions reprises dans les articles 3 à 6 valent non seulement pour la libre prestation de services, mais également pour la liberté d'établissement qui, toutefois, n'est pas réglée par le projet de loi sous avis, mais qui sera traitée dans une modification de la loi afférente et précitée du 28 décembre 1988.

9.1. - Article 3 – Forme des documents requis

Un État ne pourra dès lors plus imposer la fourniture de documents d'un autre membre sous forme d'original, de copie certifiée conforme ou de traduction certifiée conforme, sauf dans les cas prévus par d'autres instruments communautaires ou si cette exigence est "*justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général*".

Selon le commentaire des articles, dans un souci de non-discrimination, cette disposition concerne également les documents nationaux.

Même si la Chambre des fonctionnaires et employés publics a des doutes sur la proportionnalité d'une telle simplification, qui ouvre la porte à toutes sortes d'abus, il est évident que, le cas échéant, on ne saurait appliquer deux poids et deux mesures.

Or, cette simplification pour les "*nationaux*" ne se retrouve ni dans la directive "*services*", ni dans le corps du texte du projet de loi sous avis.

9.2 - Article 4 – Les procédures et formalités d'autorisation

La formulation telle qu'elle est reprise au paragraphe (1), à savoir que "*les procédures et formalités d'autorisation sont claires*", relate un fait alors qu'elle devrait établir une obligation. Il faudrait dès lors lire "*les procédures et formalités d'autorisation doivent être claires*", étant entendu que ce qui est clair ou simple reste de l'appréciation de tout un chacun.

Le paragraphe (2) impose aux autorités compétentes de fixer à l'avance les délais d'instruction administrative et de prolongement des procédures ainsi que leur publication, avec la possibilité de les retenir dans un règlement grand-ducal.

La Chambre des fonctionnaires et employés publics estime que, dans un esprit de transparence et de visibilité, il y a lieu d'en faire une obligation. Dans la dernière phrase du paragraphe (2), les mots "*peut fixer*" sont donc à remplacer par "*fixe*".

9.3 - Article 5 – Guichet unique physique

La Chambre approuve la création de points de contact (guichet unique physique ou électronique) auprès desquels tout prestataire de services pourra non seulement accomplir l'ensemble des procédures et formalités nécessaires à l'accès aux activités de service concernées et se procurer les demandes d'autorisation nécessaires à leur exercice, mais également recueillir toute information utile pour l'accomplissement de ces formalités (coordonnées des autorités compétentes ou organismes professionnels, bases de données publiques, voies de recours en cas de litige...).

Par contre, la Chambre estime qu'il s'agit en l'occurrence d'un service public incluant, entre autres, la gestion d'une base de données publiques, ce qui devrait rester de la compétence de l'autorité publique. Comme l'Inspection du Travail et des Mines peut se prévaloir d'une grande compétence en la matière et comme, dans le cadre de ses missions, elle doit avoir accès aux documents requis, elle semble prédestinée, sous réserve de disposer des ressources requises, à assurer les fonctions du guichet unique.

Or, il ressort clairement du commentaire des articles qu'il a d'ores et déjà été décidé de confier cette mission publique aux Chambres professionnelles de commerce et des métiers par le biais d'une "*délégation conventionnelle*" dont les modalités de mise en œuvre pourraient "*au besoin*" être précisées dans un règlement grand-ducal.

Dans l'hypothèse d'une délégation de ce service d'intérêt économique général à une personne morale distincte de l'État, il y a lieu de rappeler que les règles communautaires en la matière sont d'application. Les droits et obligations, les redevances dont les guichets uniques peuvent demander l'acquittement (sujet sur lequel le projet de loi reste muet) ainsi que les subventions versées par l'État doivent être retenues dans un acte officiel public, en l'occurrence une loi ou un règlement grand-ducal.

9.4 - Article 6 – Guichet unique électronique

Étant donné que, selon les auteurs du projet de loi, il s'agit en l'occurrence "*d'une véritable innovation dans l'administration publique*", la Chambre des fonctionnaires et employés publics estime que les procédures et modalités y afférentes doivent absolument être retenues dans un règlement grand-ducal, ceci d'autant plus que la condition (relevée dans le commentaire des articles) de disposer d'une signature électronique reconnue techniquement par le guichet unique ne se retrouve pas dans le corps du texte du projet de loi sous avis.

10 - Chapitre 3 – Libre prestation des services

Le principe de la libre prestation étant établi, le chapitre 3 énonce un grand nombre de dérogations à ce principe qui concernent des services d'utilité publique (postes, électricité, gaz, eau), des prestations ou actes liés de près ou de loin à l'État (actes des notaires, recouvrement judiciaire de dettes) ou des services couverts par un autre acte communautaire (directive, règlement). S'y ajoutent des dérogations individuelles décidées, dans des circonstances exceptionnelles, par le ministre compétent de l'État membre.

10.1 - Article 7 – Libre prestation des services

Selon le commentaire de cet article, les auteurs du projet ont remplacé la formulation telle qu'elle figure dans la directive "*services*" ("*Les États membres respectent le droit des prestataires de fournir des services dans un État membre autre que celui dans lequel ils sont établis*") par une formulation reprise de la loi du 5 juillet 2004 relative, entre autres, au commerce électronique ("*La libre prestation des services en provenance d'un autre État membre ne peut être restreinte*").

Comme la Chambre des fonctionnaires et employés publics l'a relevé sub 3, 4^e paragraphe ci-avant, la loi sur le commerce électronique se base sur le principe du pays d'origine, principe qui a été banni de la directive "*services*".

La formulation retenue dans le projet de loi est beaucoup plus stricte et restrictive que celle de la directive "*services*" et ne laisse en principe aucune marge de manœuvre pour des exigences nationales à imposer à la libre prestation des services. De ce point de vue, le paragraphe (2) de l'article 7, voire même les articles 8 et 9, sont contradictoires au paragraphe (1) de l'article 7.

À défaut d'une argumentation plus convaincante, la Chambre ne voit pas de raison pour ne pas reprendre telle quelle la formulation afférente de la directive "*services*".

Le paragraphe 3 de l'article 7 soulève plus de questions qu'il n'en résout. Selon son commentaire, ledit paragraphe "*rappelle que les conditions d'emploi luxembourgeoises tant légales que conventionnelles sont d'application même lorsque les prestataires sont actifs sur le territoire national sans y être établis*".

La Commission européenne a bien présenté le 4 avril 2006 une communication destinée à clarifier le statut et les droits des salariés détachés par leur employeur dans un autre État membre de l'Union européenne, mais au-delà des normes sociales minimales (durée de travail, durée minimale de congés payés, minimum salarial, respect des règles de sécurité, d'hygiène et de santé au travail), le prestataire de services n'est pas obligé de se soumettre à la convention

collective en vigueur pour sa branche dans le pays de destination. Les dispositions de l'article 1^{er} sub 6 et 7 de la directive "*services*"¹ n'y changent rien.

La Chambre des fonctionnaires et employés publics doute que la formulation retenue dans le projet de loi sous avis soit suffisamment claire pour aboutir à l'objectif visé.

10.2 - Article 8 – Dérogations supplémentaires à la libre prestation des services

À part une erreur de frappe dans l'intitulé (lire: des services), la Chambre des fonctionnaires et employés publics n'a pas d'autres commentaires à faire.

10.3 - Article 9 – Dérogations dans des cas individuels

À titre exceptionnel, les États membres sont autorisés à prendre à l'encontre d'un prestataire ayant son établissement dans un autre État membre une mesure relative à la sécurité des services, à condition qu'il y ait concertation entre les États membres concernés, qu'ils n'interviennent pas dans un domaine déjà harmonisé et que les mesures soient plus protectrices pour le destinataire et proportionnelles.

La Chambre des fonctionnaires et employés publics se demande ce qui est visé par la notion "*sécurité des services*". Le commentaire des articles ne fournit aucune explication, sauf qu'il affirme qu'il s'agit en l'occurrence de services prestés "*temporairement*" sur le territoire luxembourgeois.

¹ Article 1^{er} de la directive "*services*":

Sub 6: La présente directive ne s'applique pas au droit du travail, à savoir les dispositions légales ou contractuelles concernant les conditions d'emploi, les conditions de travail, y compris la santé et la sécurité au travail, et les relations entre les employeurs et les travailleurs, que les États membres appliquent conformément à leur législation nationale respectant le droit communautaire. Elle n'affecte pas non plus la législation des États membres en matière de sécurité sociale.

Sub 7: La présente directive n'affecte pas l'exercice des droits fondamentaux tels que reconnus dans les États membres et par le droit communautaire. Elle n'affecte pas non plus le droit de négocier, de conclure et d'appliquer des conventions collectives et de mener des actions syndicales conformément aux législations et aux pratiques nationales respectant le droit communautaire.

Par référence aux articles 16 (1.b) et 23 de la directive "*services*", la Chambre estime que la "*sécurité des services*" devrait comprendre tous les aspects liés à la santé publique et à l'exercice d'une profession de santé, l'ordre public (voir les remarques sub 8.2 paragraphes 5 à 8 ci-avant) et la protection des mineurs, précisions qu'il y a lieu d'intégrer dans le projet de loi.

11 - Chapitre 4 – Droits des destinataires de services

L'ambition de mettre en oeuvre une politique de qualité et de prendre un certain nombre de mesures d'accompagnement pour encourager les prestataires à assurer, à titre volontaire, la qualité des services, est fort louable.

Ainsi, la directive "*services*" prévoit sept catégories de dispositions particulières, relatives aux informations sur les prestataires et leurs services, aux assurances et garanties professionnelles, aux garanties après-vente, aux communications commerciales des professions réglementées, aux activités pluridisciplinaires, au règlement des litiges et aux informations sur l'honorabilité des prestataires.

Or, force est à la Chambre de constater que les dispositions concernant les assurances et garanties professionnelles, les professions réglementées et les activités pluridisciplinaires n'ont pas été reprises dans le projet de loi sous avis.

Cette "*non-transposition*" ne saura toutefois dispenser de l'application des dispositions en question, étant donné que le droit communautaire prime le droit luxembourgeois.

Il est toutefois regrettable qu'on n'ait pas profité de l'occasion pour lever certaines ambiguïtés sur lesquelles la Chambre des fonctionnaires et employés publics reviendra ci-après sub 11.2, 11.5 et 11.6.

11.1 - Article 10 – Restrictions interdites

Alors que la directive "*services*" énumère en son article 19 deux restrictions interdites, à savoir l'obligation d'obtenir une autorisation ou de faire une déclaration ainsi que les limites discriminatoires à l'octroi d'aides financières, le projet de loi sous avis interdit de

manière générale toute restriction au droit de tout destinataire d'utiliser un service transfrontalier offert par un prestataire établi dans un autre État membre.

Or, la Chambre des fonctionnaires et employés publics estime qu'il devra toujours être possible d'interdire le recours à un service offert par un prestataire présent sur le territoire national ou par internet qui ne répond pas aux critères d'ordre public dont question ci-avant.

11.2 - Assistance aux destinataires

Les dispositions de l'article 21 de la directive "*services*" concernant les informations que le destinataire des prestations doit pouvoir recueillir ne sont pas reprises dans le projet de loi sous avis.

S'il est vrai que l'article 6 du projet de loi prévoit une "*plateforme d'échange avec les citoyens*" pour "*tous les prestataires et destinataires de services*", il reste qu'en réalité ledit article se préoccupe exclusivement des intérêts des prestataires.

Comme la possibilité d'un recours aux informations requises par le consommateur auprès d'un guichet unique physique n'est pas prévue du tout dans le projet de loi sous avis, la Chambre des fonctionnaires et employés publics estime indispensable d'y reprendre les dispositions de l'article 21 de la directive "*services*", à moins que le gouvernement ne décide de confier cette mission à l'Union des Consommateurs, à l'instar du guichet unique pour les prestataires dont il préconise de confier la mission afférente à la Chambre de commerce et à la Chambre des métiers (voir point 9.3 ci avant).

11.3 - Article 11 – Non-discrimination

La Chambre des fonctionnaires et employés publics n'a pas d'observations à faire.

11.4 - Article 12 – Informations précontractuelles

L'article 12 du projet reproduit, mutatis mutandis, l'article 22 de la directive "*services*", sauf que le titre de l'article a été changé. La

Chambre des fonctionnaires et employés publics se demande si le terme "*précontractuel*" n'est pas susceptible d'induire en erreur et présuppose la conclusion du point de vue juridique d'un contrat en bonne et due forme alors qu'une prestation de services ne nécessite pas nécessairement de contrat écrit, comme le relève d'ailleurs le paragraphe (4) de l'article 12.

11.5 - Assurances et garanties professionnelles

Les dispositions de l'article 23 de la directive "*services*" n'ont pas été reprises dans le projet de loi sous avis.

Ledit article 23 prévoit que les États membres peuvent prévoir que les prestataires dont les services présentent un risque direct et particulier pour la santé ou la sécurité du destinataire, souscrivent une assurance responsabilité professionnelle appropriée.

La Chambre des fonctionnaires et employés publics voit dans la possibilité de soumettre les entreprises à l'obligation de justifier d'une garantie financière un moyen utile pour limiter certains abus, notamment en cas de faillite.

Elle ne saurait par contre approuver d'outrepasser l'article 23 précité que sous réserve que les aspects liés à la santé publique et à l'exercice d'une profession de santé soient inclus dans la définition de "*l'ordre public*" et de la "*sécurité des services*" conformément à ses recommandations faites sub 8.2 et 10.3 ci-avant.

11.6 - Communications commerciales des professions réglementées

L'article 24 de la directive "*services*", qui désormais autorise des communications commerciales des professions réglementées où elles sont encore interdites, n'est pas repris dans le projet de loi sous avis.

La Chambre des fonctionnaires et employés publics se demande si les communications commerciales concernant les professions réglementées liées à la santé restent interdites du fait que les services de santé sont exclus du champ d'application de la directive "*servi-*

ces". Il en est de même pour une bonne partie d'autres professions réglementées², par exemple les professions pédagogiques de l'enseignement qui, en principe, ne sont pas visées par la directive "services".

Pour éviter toute ambiguïté entre "profession" et "service", il y a lieu de préciser dans la définition de la "profession réglementée" (voir sub 8.2. ci-avant) que ne sont pas visées les professions concernant des services exclus du champ d'application de la loi.

11.7 - Activités pluridisciplinaires

Conformément à l'article 25 de la directive "services", les interdictions prévues des activités pluridisciplinaires devront être levées. Les prestataires de services ne pourront plus être soumis, en principe, à "des exigences qui les obligent à exercer exclusivement une activité spécifique ou qui limitent l'exercice conjoint ou en partenariat d'activités différentes".

Pour autant, toute mesure utile devra être prise pour prévenir les conflits d'intérêt et les incompatibilités entre certaines activités, assurer l'indépendance et l'impartialité qu'exigent certaines activités et assurer que les exigences de déontologie des différentes activités soient compatibles entre elles, en particulier en matière de secret professionnel.

Étant donné que les États membres sont obligés de soumettre à la Commission européenne un rapport indiquant les prestataires soumis à des exigences en matière d'activités pluridisciplinaires, il est étonnant de constater que le Luxembourg ne juge pas utile de transposer dans le droit national les dispositions dudit article 25 de la directive "services".

11.8 - Article 13 – Politique de qualité

En ce qui concerne les demandes et procédures en obtention de labels et autres marques de qualité, la Chambre des fonctionnaires et

² Voir la liste des professions réglementées annexée à l'avis du 22 mars 2006 du Conseil économique et social concernant la proposition de directive "services".

employés publics renvoie à ses remarques présentées sub 9.2 ci-avant.

11.9 - Article 14 – Règlement des litiges

Ces dispositions n'appellent pas d'observations.

12 - Chapitre 5 – Coopération administrative transfrontalière

12.1 - Article 15 – Assistance mutuelle

Partant du principe qu'il n'y a pas de réglementation efficace sans surveillance efficace de sa mise en œuvre, la directive "services" instaure un régime d'assistance mutuelle, notamment par des points de contact créés à cet effet dans les États membres.

Or, le projet de loi sous avis reste complètement muet sur ces points de liaison dont les coordonnées doivent évidemment être communiquées aux autres États membres et à la Commission européenne aux fins de publication.

12.2 - Article 16 – Informations sur l'honorabilité des prestataires

La Chambre des fonctionnaires et employés publics n'a pas d'observation à faire.

* * * * *

Sous la réserve des remarques et suggestions qui précèdent, la Chambre des fonctionnaires et employés publics marque son accord avec le projet de loi sous avis.

Ainsi délibéré en séance plénière le 12 novembre 2009.

Le Directeur,

G. MULLER

Le Président,

E. HAAG