

Éléments de contexte

Les traités fondateurs (Rome-1957) posent le principe de la subsidiarité : le social est l'une des matières relevant, d'abord, de la compétence de chaque Etat membre. Au fil des jurisprudences, et des textes de droit dérivé (les directives) les choses ont pu évoluer. Cependant le protocole 9 du traité de Lisbonne, en cours d'adoption, précise bien que la définition de l'intérêt général est de compétence des Etats-membres.

La Directive Services (Bolkenstein) du 12/12/2006, relative aux services dans le marché intérieur, vise les activités commerciales et l'ouverture à la concurrence des marchés nationaux. Elle a exclu (à la demande du Parlement européen) de ce champ notamment les services sociaux chargés du logement social, de la protection de l'enfance, du soutien à la famille et aux personnes, de façon temporaire ou permanente, dans le besoin.

Cependant la CJCE, dans le cadre de sa jurisprudence donne une définition des activités considérées comme « économiques » :

- a) Est considérée comme "activité économique", toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné par une entreprise, indépendamment de son statut et de son mode de financement (arrêts Pavlov).
- b) Les prestations de service fournies contre rémunération sont des activités économiques (articles 43 et 49 du traité CE) sans qu'il soit nécessaire que cette rémunération soit payée par le bénéficiaire¹. Quand il est saisi par la Commission ou par une entreprise, c'est donc au juge européen, au cas par cas, qu'il appartient de trancher afin que les services exclus de la Directive Services ne portent atteinte à la concurrence que de façon limitée et proportionnée aux objectifs d'intérêt général.

Enfin, au sein du marché intérieur, la Communauté européenne régleme les « activités économiques », par :

- l'achèvement du marché intérieur des services (directive européenne adoptée en 2006) : afin de faciliter les libertés de prestation de services et d'établissement ;
- le maintien d'une concurrence libre et non faussée : interdiction faite aux pouvoirs publics d'accorder à des opérateurs économiques des avantages économiques (aides publiques).

Les différents services d'intérêt général

- a) **Les Services d'intérêt général (SIG)** désignent les activités de service, commercial ou non, considérées par les autorités publiques comme remplissant des missions d'intérêt général (les services publics notamment). Cet ensemble regroupe les SIEG, les activités de service non-économique (scolarité, protection sociale, services sociaux), les activités découlant des fonctions régaliennes (Justice, police, etc...).
- b) **Les services d'intérêt économique général (SIEG)** désignent les activités de service commercial remplissant des missions d'intérêt général (services en réseau, transports, énergie, communications, etc.). La plupart d'entre eux sont dotés d'une Directive sectorielle.
- c) **Les services non économiques d'intérêt général (SNEIG)**, dénomination formulée dans le traité de Lisbonne du 13/12/2007 (encore non applicable en raison du veto irlandais) consacre la primauté du principe d'intérêt général sur les règles de la concurrence du marché intérieur.

¹ Affaire Bond van Adverteerders

- d) **Les services sociaux d'intérêt général (SSIG)**, cette terminologie est récente et floue : Elle émane d'une communication de la Commission du 26 avril 2006 non publiée au JO. Faute d'une Directive spécifique (sectorielle) et d'une définition générique, les SSIG ne sont pas profilés de façon claire dans la "zone grise" des SIEG, SIG, SNEIG.

Une grande partie des services relevant du champ « social » au sens large (social, sanitaire, éducatif, culturel) est aujourd'hui potentiellement concernée par l'application du droit communautaire, en tant qu'activités de nature « économique » (au sens communautaire) et soumises de ce fait aux règles du marché intérieur et de la libre concurrence. Le décloisonnement du marché national des services peut aboutir indirectement à une remise en cause des exigences nationales de qualité et d'accessibilité. En effet, l'objectif de la Directive Services est avant tout de supprimer toute barrière à l'installation ou la prestation de services par des opérateurs européens sur le territoire français. En pratique, le fait de passer au crible les législations encadrant certaines activités de services peut avoir pour conséquence indirecte d'assouplir des exigences nationales pouvant être considérées comme étant « discriminatoires » au sens européen. C'est le cas par exemple dans le secteur de la petite enfance ou des services à la personne.

Les services sociaux face aux règles du marché intérieur et de la concurrence

Avec la Directive Services (2006), certaines activités sociales réglementées, peuvent rester en dehors du champ du marché intérieur, sous certaines conditions. Parmi ces conditions figure la nécessité d'un encadrement ou « mandatement » (selon la Commission européenne, l'opérateur « mandaté » doit « être obligé » d'accomplir une mission de service public par un pouvoir compétent, au travers d'un acte juridique ayant valeur contraignante en droit national) ;

Sur les aides publiques

En principe, les services sociaux ne peuvent pas bénéficier d'aides publiques (ou « aides d'Etat ») non justifiées, à moins de se soumettre aux conditions de protection reconnues aux « Services d'intérêt économique général » (SIEG). Le statut de SIEG est conditionné à l'existence d'un « acte de mandatement » (cf. les décisions d'application prises par la Commission en 2005, dites « Paquet Monti-Kroes »).

A partir d'un certain montant, une aide publique octroyée à un opérateur économique (public ou privé) accomplissant une mission de service public, est valide dès lors qu'elle remplit les exigences du « Paquet Monti Kroes » protégeant les SIEG.

Comme dans le cadre de la Directive services, la principale condition est l'existence d'un « mandatement » (le mandat devra respecter certaines obligations : paramètres objectifs et transparents de calcul de la compensation financière, contrôle et révision de cette compensation, modalités de remboursement des éventuelles surcompensations, etc.) De nouveau, le « mandatement » pourrait s'assimiler de manière restrictive à logique de commande publique.

Les enjeux et risques :

Une banalisation et une marchandisation des services et des acteurs des services sociaux

Si les services sociaux d'intérêt général, autrement dit services publics contribuant à la cohésion sociale (le secteur sanitaire et social, mais aussi l'éducation populaire, la culture amateur, les centres sociaux, MJC et maisons de quartier...), se retrouvent traités et administrés comme n'importe quel service commercial, au travers de marchés publics (et non de délégation de service public²) ou la seule notion du prix sera en cause en dehors de tout projet social et citoyen.

Si la gestion de ces services est confiée principalement au secteur lucratif, les logiques de coût brimeront irrémédiablement les volontés citoyennes et sociales.

² Ici la nuance n'est pas qu'une simple affaire de procédure juridique, mais bien plus fondamentalement la protection même du service face à l'influence et à la déréglementation du marché.

Les acteurs des services sociaux, les associations ne souhaitent pas devenir des opérateurs exclusivement dédiés à des publics peu ou pas solvables. **Ils n'adhèrent pas à une vision caritative de la société et lui préfère la démarche de solidarité républicaine.**

Une perte d'innovation sociale

Les logiques de mandatement présentées ci-dessus, contraignent les associations, les acteurs de ces services à une démarche principalement d'opérateurs. Le mandatement les place dans une situation d'exécutant et plus dans une posture de recherche de l'innovation sociale, du dépistage des nouvelles demandes sociales et de co-construction des réponses.

La sécurisation des modes de financement est essentielle et les relations entre les collectivités locales et les acteurs associatifs ne peuvent être remises en cause par le droit européen.

Les associations revendiquent ainsi une définition législative de la notion de subvention pour permettre une protection de leurs interventions.

Nous sommes à un point crucial, la transposition de la directive peut de manière insidieuse bouleverser les équilibres de notre modèle social.

Pour mémoire sont associatifs :

- 50% des maisons de retraite (et les plus abordables)
- 80% des centres d'accueil pour personnes handicapées
- 70% des centres de quartiers, MJC, centres sociaux

La transposition

La loi de transposition doit être adoptée avant la fin de l'année 2009

Le rapport Michel Thierry

En février 2009, un rapport rédigé sous la coordination de l'Inspecteur général des affaires sociales Michel Thierry est remis au Premier Ministre. Il préconise des mesures à prendre en vue de mettre en conformité la législation française applicable aux SSIG avec le droit communautaire ainsi que des pistes de réflexion à poursuivre au niveau européen parmi lesquelles :

- la poursuite de la réflexion sur la spécificité des SSIG et leur sécurisation au regard de la directive « services » ; une série de mesures concrètes d'application du Paquet Monti Kroes (l'élaboration d'une instruction interministérielle sur les procédures de financement des SIEG et d'un instrument juridique de « mandatement » ad hoc ;
- l'élaboration d'une méthodologie d'évaluation des compensations et d'un dispositif d'amélioration des procédures de gestion et de suivi des compensations ;
- la poursuite du recensement des aides existantes aux SIEG et la mise en œuvre de mandats là où ils feraient défaut) ;
- l'élaboration de propositions concrètes d'évolution du cadre juridique communautaire concernant le financement des SIEG ; l'amélioration de l'information, de la communication et de la sensibilisation de l'ensemble des acteurs nationaux.

Eclairée par ce rapport, une commission interministérielle travaille sur le sujet.

L'option qui semble prise, n'est pas la présentation d'un texte global permettant d'exclure et de préserver un ensemble cohérent de secteur, mais une adaptation législative des textes de chaque secteur, de manière « chirurgicale », ne permettant pas une lecture claire des changements opérés.

Reste une interrogation pour les secteurs ne bénéficiant pas d'un encadrement législatif comme par exemple le champ de l'éducation populaire qui est presque exclusivement organisé par des textes réglementaires.