

Think Tank européen Pour la Solidarité

www.pourlasolidarite.eu

Collection

Working
paper

Concilier Marché Unique et Services Sociaux d'Intérêt Général

Par Miléna Mathé et Audrey Rigo

Mai 2011

Avec le soutien de
la Communauté française de Belgique



Le Think tank européen ***Pour la Solidarité*** (asbl) – association au service de la cohésion sociale et d'un modèle économique européen solidaire – travaille à la promotion de la solidarité, des valeurs éthiques et démocratiques sous toutes leurs formes et à lier des alliances durables entre les représentants européens des cinq familles d'acteurs socio-économiques.

À travers des projets concrets, il s'agit de mettre en relation les chercheurs universitaires et les mouvements associatifs avec les pouvoirs publics, les entreprises et les acteurs sociaux afin de relever les nombreux défis émergents et contribuer à la construction d'une Europe solidaire et porteuse de cohésion sociale.

Parmi ses activités actuelles, ***Pour la Solidarité*** initie et assure le suivi d'une série de projets européens et belges ; développe des réseaux de compétence, suscite et assure la réalisation et la diffusion d'études socioéconomiques ; la création d'observatoires ; l'organisation de colloques, de séminaires et de rencontres thématiques ; l'élaboration de recommandations auprès des décideurs économiques, sociaux et politiques.

Pour la Solidarité organise ses activités autour de différents pôles de recherche, d'études et d'actions : la citoyenneté et la démocratie participative, le développement durable et territorial et la cohésion sociale et économique, notamment l'économie sociale.



Think tank européen **Pour la Solidarité**

Rue Coenraets, 66 à 1060 Bruxelles

Tél. : +32.2.535.06.63

Fax : +32.2.539.13.04

info@pourolsolidarite.be

www.pourolsolidarite.be

Les cahiers de la Solidarité

Collection dirigée par Denis Stokkink

- **Logement vert, logement durable ? Enjeux et perspectives.** Cahier de la Solidarité n° 26, série Développement durable et territorial, mars 2011
- **Agir pour une santé durable : Priorités et perspectives en Europe.** Cahier de la Solidarité n° 25, série Développement durable et territorial, 2011
- **La lutte contre la pauvreté en Europe et en France.** Cahier de la Solidarité n° 24, série Cohésion sociale et économie sociale, 2010
- **Responsabilité sociétale des entreprises. La spécificité des sociétés mutuelles dans un contexte européen** Les Cahiers de la Solidarité n° 23, série responsabilité sociétale des entreprises et diversité, 2010
- **Concilier la vie au travail et hors travail** Cahier de la Solidarité hors-série, 2010
- **Faut-il payer pour le non-marchand ? Analyse, enjeux et perspectives.** Série Cohésion sociale et économie sociale, n° 22, 2009
- **Mobilité durable. Enjeux et pratiques en Europe,** Série développement durable et territorial, n° 21, 2009
- Tiphaine Delhommeau, **Alimentation : circuits courts, circuits de proximité,** Série développement durable et territorial, n° 20, 2009
- Charlotte Creiser, **L'économie sociale, actrice de la lutte contre la précarité énergétique,** Série développement durable et territorial, n° 19, 2009
- **Europe et risques climatiques,** participation de la Fondation MAIF à la recherche dans ce domaine, série Développement durable et territorial, n° 18, 2009
- Thomas Bouvier, **Construire des villes européennes durables,** tomes I et II, Série développement durable et territorial, n° 16 et 17, 2009
- **Europe, énergie et économie sociale,** Série développement durable et territorial, n° 15, 2008

Introduction

Depuis le Traité de Rome, la construction européenne repose sur la mise en place du Marché unique qui établit les bases de la libéralisation des marchés au sein de l'Union européenne. Parallèlement à ce processus de libéralisation, émerge progressivement une prise de conscience politique quant à la nécessité d'aborder les enjeux sociaux au niveau européen. La mise à l'agenda européen de la question sociale s'est cristallisée dans l'ajout d'une clause sociale horizontale dans le Traité de Lisbonne.

Il est dès lors nécessaire de se demander dans quelle mesure la logique de libéralisation peut-elle s'appliquer aux services publics et aux systèmes de protection sociale propres à chaque Etat membre ? Comment doit-on adapter les règles du Marché unique de façon à assurer pleinement la mission sociale inhérente aux services publics ? Enfin, comment les traités communautaires prennent-ils en compte les spécificités du service public dans leur objectif d'achèvement du marché intérieur ?

I. Définitions

A. Les Services d'intérêt général

La notion de services publics présente certaines spécificités ; leurs actions sont nécessaires pour répondre aux besoins fondamentaux des populations. Ils sont essentiels au développement économique et au développement de la cohésion territoriale. Les droits fondamentaux sont généralement énoncés en première ligne : le droit d'accès aux prestations de sécurité sociale, le droit d'accéder à la prévention en matière de santé et de bénéficier des soins médicaux etc¹. Les rapports entre le prestataire et le bénéficiaire diffèrent d'une relation purement commerciale. Les bénéficiaires ne sont pas considérés comme des clients mais comme des participants.

La notion même de « service public » n'est nulle part mentionnée dans les Traités et n'existe pas de façon substantielle au niveau européen. Ce concept semble ne pas faire l'objet d'une vision commune. Chaque Etat membre a développé sa propre définition du service public et sa propre approche nationale, désignant parfois des services offerts au grand public, parfois des services fournis par un organisme du secteur public ou encore des services soumis à « une obligation de service public dans l'intérêt général ». L'Union européenne se réfère à cette dernière notion et utilise le concept de « service d'intérêt général » (SIG)².

L'article 14 du TFUE reconnaît l'utilité sociale et la valeur économique des services d'intérêt général et confirme, conformément au principe de subsidiarité, la possibilité pour les autorités publiques de fournir, faire exécuter et organiser ces services d'une manière qui réponde aux besoins des utilisateurs, en respectant des normes de qualité, de couverture et à un prix abordable, quand le marché n'y parvient pas. En d'autres termes, l'organisation des services publics relève de la sphère étatique ou des collectivités régionales ou locales selon l'organisation propre à l'Etat membre. Cependant, l'Union européenne intervient là où il existe un conflit potentiel entre des entreprises privées prestataires de services qui sont soumises à une obligation de service public.

1 3^{ème} Forum sur les SSIG, document de référence « SSIG et Marché intérieur », 2010, http://www.socialsecurity.fgov.be/eu/docs/agenda/26-27_10_10_ssig_marche_interieur_fr.pdf
« Les services sociaux et de santé d'intérêt général : droits fondamentaux versus marché intérieur ? », Collectif SSIG-FR, Ed. Bruylant, 2006.

Les Traités de l'UE distinguent différents types de services d'intérêt général. Selon qu'ils soient de nature économique ou non, ils vont appartenir à des catégories différentes telles que définies dans les traités. Les Services d'intérêt général peuvent soit appartenir à la catégorie des « services d'intérêt général non économique » (SIGNE), soit se rattacher à celle des « services d'intérêt économique général » (SIEG).

L'appartenance à l'une des ces catégories est déterminante quant à l'application ou non des règles de droit communautaire en matière de concurrence. Ainsi les services d'intérêt économique général tombent dans le champ d'application du TFUE alors que les services d'intérêt général non économiques en sont exclus³.

B. Les Services d'Intérêt Général Non Economique (SIGNE)

Derrière la notion de « service d'intérêt général non économique » on retrouve les systèmes d'éducation obligatoire, les régimes de sécurité sociale etc. Leur caractère non économique les exclut du champ d'application des règles du Traité⁴.

C. Les Services d'Intérêt Economique Général (SIEG)

La notion de SIEG apparaît dans le Traité sur le Fonctionnement de l'UE aux articles 14 et 106, paragraphe 2 et dans le protocole n°26 TFUE⁵. Le terme n'est toutefois pas défini dans le traité. Celui-ci fait référence à des « services de nature économique soumis à des obligations de service public, en vertu d'un critère d'intérêt général ». La mission de ce type de services publics est définie au niveau national, régional ou local, afin de « *s'assurer que le service soit presté à des conditions (service de qualité à un prix abordable pour tous) qui ne sont pas nécessairement celles qui prévalent sur le marché* »⁶.

Les SIEG se distinguent du reste des activités économiques du marché intérieur. Le traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (article 14) reconnaît le rôle majeur que ces services jouent dans la promotion de la cohésion sociale et

³ *Guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'Etat, de « marchés publics » et de « marché « intérieur », Commission européenne, 2010*

⁴ *Van Den Abeele (2005) « Les services d'intérêt général, état du débat en Europe », Centre de Recherche et d'Information Socio-politique CRISP, Courrier Hebdomadaire n°1901-1902, Bruxelles, p. 8.*

⁵ *Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne.*

⁶ *Guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'Etat, de « marchés publics » et de « marché « intérieur », Commission européenne, 2010*

territoriale⁷ et la Cour de Justice a reconnu que les SIEG sont des services marchands particuliers en ce qu'ils revêtent certaines spécificités que ne revêtent pas d'autres activités économiques classiques⁸.

Par ailleurs, l'article 106 TFUE reconnaît implicitement le droit pour les Etats membres de définir leurs obligations spécifiques de service public aux opérateurs mandatés sur base des principes de transparence, de subsidiarité et de proportionnalité. Le texte réaffirme néanmoins que ces services restent soumis aux règles de concurrence, dans la limite où l'application des règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de mission particulière qui leur a été impartie. Autrement dit, une entreprise en charge de la gestion d'un SIEG peut être exemptée de l'application des règles communautaires (règles relatives au marché intérieur et droit de la concurrence) uniquement quand l'exemption est nécessaire au plein accomplissement de la mission de service public qui lui est impartie. En cas de conflit, l'accomplissement de la mission de service public a primauté sur l'application des règles communautaires en matière de concurrence. Il n'en reste pas moins que c'est à l'Etat membre qu'il revient de démontrer le caractère nécessaire du service⁹.

Derrière la notion de SIEG on retrouve les grands services de réseaux (électricité, gaz, services postaux, transport et télécommunication) mais aussi des services comme l'éducation, la santé et les services sociaux. Ces services se situent souvent à la frontière entre le marchand et le non marchand.

D. Les Services Sociaux d'Intérêt Général (SSIG)

L'émergence du concept de services sociaux d'intérêt général provient de la nécessité de distinguer les services sociaux d'intérêt général des grands services de réseaux (énergie, transport, etc.).

Toutefois, la notion de SSIG n'existe ni dans le TFUE ni dans le droit dérivé de l'Union européenne. En 2006, la Commission va néanmoins reconnaître très clairement la spécificité des services sociaux au niveau européen à travers sa communication « *Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne : les*

⁷ « Les services sociaux et de santé d'intérêt général : droits fondamentaux versus marché intérieur ? », Collectif SSIG-FR, Ed. Bruylant, 2006, p.18.

⁸ CJCE, arrêts du 10 décembre 1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, aff. C-179/90, Rec.1991, p.I-5889,pt, du 17 juillet 1997, *GT-Links A/S*, aff. C-242/95, pt. 53, et du 18 juin 1998, *affaire C-266/96, Corsica Ferries France SA*, Rec. 1998, p. I-XXX, pt 45.

⁹ « Les services sociaux et de santé d'intérêt général : droits fondamentaux versus marché intérieur ? », Collectif SSIG-FR, Ed. Bruylant, 2006, p.17.

services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne »¹⁰ qui distingue deux type de SSIG :

– « *Les régimes légaux et les régimes complémentaires de protection sociale, sous leurs diverses formes d'organisation (mutualistes ou professionnelles), couvrant les risques fondamentaux de la vie, tels que ceux liés à la santé, la vieillesse, les accidents du travail, le chômage, la retraite, le handicap ;*

– *Les autres services essentiels prestés directement à la personne. Ces services jouant un rôle de prévention et de cohésion sociale, ils apportent une aide personnalisée pour faciliter l'inclusion des personnes dans la société et garantir l'accomplissement de leurs droits fondamentaux. Ils englobent premièrement l'aide aux personnes dans la maîtrise des défis immédiats de la vie ou des crises (telles que l'endettement, le chômage, la toxicomanie, la rupture familiale). Deuxièmement, ils contiennent des activités visant à assurer que les personnes concernées ont les compétences nécessaires à leur insertion complète dans la société (réhabilitation, formation linguistique pour les immigrés) et notamment sur le marché du travail (formation, réinsertion professionnelle). Ces services complètent et soutiennent le rôle des familles dans les soins apportés notamment aux plus jeunes et aux plus âgés. Troisièmement, font partie de ces services les activités visant à assurer l'inclusion des personnes ayant des besoins à long terme liés à un handicap ou un problème de santé. Quatrièmement, est également inclut le logement social, qui procure un logement aux personnes défavorisées ou aux groupes sociaux moins avantagés. Certains services peuvent évidemment englober chacune de ces quatre dimensions ».*

Par ailleurs, la Commission, dans sa communication « *Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen* »¹¹ définit les objectifs et les grands principes d'organisation qui relèvent des SSIG. Parmi ces principes figurent notamment l'absence de but lucratif, la participation de bénévoles, le caractère local du service (c'est-à-dire la proximité géographique entre le prestataire de service et le bénéficiaire), le caractère personnalisé du service presté (service à la personne), le principe de solidarité (absence de sélection des risques ou de cotisations en fonction des services prestés), et enfin la relation asymétrique entre les fournisseurs du service et les

¹⁰ COM(2006) 177 final du 26 avril 2006, « Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne ; Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne ».

¹¹ COM(2007) 725 final du 20 novembre 2007, « Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen ».

bénéficiaires, qui ne peut être une relation classique type fournisseur–consommateur.

Quelles sont les règles de droit applicables ?

Un premier groupe de SSIG identifié par la Commission, le groupe des services sociaux d'intérêt général non économique, est exclu du champ d'application des règles communautaires sur le marché intérieur et du droit de la concurrence. Les services de sécurité sociale font partie du groupe des SIGNE, domaine strictement réservé aux Etats et hors champ d'application des traités. Un second groupe, celui des services sociaux d'intérêt économique général, en revanche, tombe dans leur champ d'application, au motif du caractère économique de leurs activités. En effet, les deux communications précitées mettent en exergue le fait que les SSIG peuvent être soit de nature non–économique, soit de nature économique et que le caractère social du service ne peut être suffisant à lui seul à l'écartier de la qualification « service économique ». Ainsi les SSIG de nature économique sont reconnus SIEG et sont soumis *de facto* aux règles qui les encadrent.

Tableau récapitulatif¹²

Services d'Intérêt Général (SIG)	
SIGNE Exclus du champ d'application des règles du traité	SIEG Soumis aux règles de concurrence
SSIGNE Régime légaux et complémentaires de protection sociale <i>Ex. : sécurité sociale</i>	SSIEG Services fondamentaux prestés à la personne <i>Ex. : aide aux handicapés, réinsertion sociale, médico- social etc.</i>

La question de l'application du droit communautaire relatif au marché intérieur et à la concurrence à ces différents types de services pose fréquemment problème. Un manque de clarté sur la question des dérogations à ces règles conduit de nombreux acteurs à parler d'une « zone grise » dans l'application du droit communautaire. En

¹² Ce tableau, que nous avons quelque peu adapté, est inspiré de l'ouvrage « Les services sociaux et de santé d'intérêt général : droits fondamentaux versus marché intérieur ? », Collectif SSIG-FR, Ed. Bruylant, 2006, p.22.

effet, on observe de nombreuses incertitudes au sein des Etats membres quant à l'application des règles européennes vis-à-vis des SSIG. Par exemple, les SSIEG peuvent-ils bénéficier de compensation de service public et dans quelle mesure ?

De cette question en découle une autre. Comme nous l'avons vu plus haut, les SSIG comportent certaines spécificités et particularités (caractère universel, promotion de la justice et de la cohésion sociale). Il est dès lors nécessaire de questionner l'adaptabilité du droit communautaire à ce type de service. Qu'en est-il dans la pratique ? Les règles européennes tiennent-elles réellement compte des spécificités des SSIG ?

II. Défi actuel : la logique de concurrence peut-elle s'appliquer aux SSIG ?

Evaluer l'impact de la libération des services reste difficile étant donné que la directive a été adoptée il y a seulement quatre ans. Elle n'a d'ailleurs pas encore été totalement transposée dans tous les Etats membres. On peut néanmoins pointer du doigt certains éléments indicatifs pour lesquels une attention particulière devrait être portée. Ces éléments concernent notamment l'opinion publique européenne, la transposition, la qualité et la sécurité.

A. Qualité

La libéralisation des services a souvent été critiquée pour ne pas avoir garanti aux citoyens l'accès à des produits ou services de qualité, variés et à des prix concurrentiels. L'ouverture à la concurrence s'accompagne parfois d'une dégradation de la qualité des services. Un exemple frappant, celui des transports et de l'énergie où la libéralisation s'est suivie d'une baisse des investissements et d'une réduction des coûts de production au détriment d'un service de qualité¹³. En juillet 1998, dans son Livre blanc intitulé « A new deal for transport : better for everyone », le gouvernement travailliste britannique reconnaissait les défaillances du réseau et la piètre qualité offerte par certaines sociétés exploitantes suite à la privatisation des chemins de fer opérée à partir de 1993.¹⁴ Bien qu'il n'existe que très peu d'études qui établissent un lien de causalité entre libéralisation et dégradation de la qualité, il faut se demander si la logique de maximisation des profits est compatible avec la fourniture de service de qualité pour tous.

¹³ Marie-Christine Vergiat (GUE), Députée européenne, lors de la conférence de l'Intergroupe Service Public « Repenser les services publics à l'agenda 2020 », le 16 septembre 2010 au Parlement européen.

¹⁴ A New deal For Transport: Better for Everyone, The Government's White Paper on the Future of Transport, Londres, 1998.

Des conséquences concernant la qualité de l'emploi dans le secteur des services doivent également être considérées¹⁵. Concernant les services postaux par exemple, les plans de modernisation ont entraîné d'importantes suppressions d'emploi. En Autriche, entre 2000 et 2004, le nombre de centres de distribution est passé de 1900 à 600 et le nombre de facteurs de 14000 à 12000. Par ailleurs, la qualité de l'emploi s'est fortement dégradée¹⁶. Dans une logique de réduction des coûts, le secteur (tous Etats membres confondus) emploie de plus en plus de salariés peu qualifiés (et souvent à temps partiel) dans des conditions d'emploi parfois précaires¹⁷. Dans ce cas, la libéralisation s'est faite au détriment de la qualité de l'emploi.

Le dernier rapport de la Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail¹⁸ étudie la perception des citoyens européens concernant la qualité des services. Les résultats ont tendance à montrer une certaine inquiétude quant à la question de la qualité : *« une part importante de la population signale avoir des difficultés à accéder aux services de santé et beaucoup se disent préoccupés par la qualité des services de santé et de soins »* (p. 3). En ce qui concerne les soins de santé, *« l'accès et la qualité des services de santé sont très importantes pour la protection sociale. Un nombre non négligeable d'Européens signale avoir des difficultés à accéder aux services de soins. Par exemple, plus de 25% des gens estiment qu'ils sont trop éloignés de leur médecin ou de l'hôpital, plus de 38% mentionnent des délais trop longs pour obtenir des rendez-vous chez les médecins, et plus de 27% ont des problèmes à assumer les frais de la consultation médicale. »* (p. 6)

La question de la qualité des services sociaux est d'autant plus pertinente depuis que la crise économique et financière a conduit à des coupures dans les budgets sociaux des Etats membres. A ce sujet, le rapport de l'Association européenne des fournisseurs de services aux personnes en situation de handicap (2010)¹⁹ fait part de certaines inquiétudes concernant la qualité des services. En effet, concernant le

¹⁵ Lors du colloque « Repenser les services publics à l'agenda 2010 », 16 septembre 2010, Jozef Niemiec, secrétaire confédéral de la Confédération Européenne des Syndicats, a insisté sur les « effets néfastes » consécutifs à la libéralisation des services publics, particulièrement en matière d'emploi : *« La majorité des emplois créés sont des emplois de mauvaise qualité, ce qui tend à expliquer la crise actuelle »*.

¹⁶ « Cour des comptes : un rapport sur la Poste au service de la privatisation », communiqué de la Fapt CGT, juillet 2010.

¹⁸ Eurofound (2008) « Deuxième enquête européenne sur la qualité de vie - Premiers résultats » <http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2008/52/fr/1/EF0852FR.pdf>

¹⁹ EASPD (2010) « Inputs on the Financial Crisis and its effects on social services for people with disabilities in Europe » http://www.socialsecurity.fgov.be/eu/docs/agenda/26-27_10_10_inputs_on_the_financial_crisis.pdf

financement des services sociaux en Autriche, Irlande, Royaume Uni, Bulgarie, et Roumanie, des coupures budgétaires importantes ont déjà été annoncées au niveau local et national. Celles-ci vont avoir des conséquences directes sur le niveau de qualité des services que les organisations sont en mesure d'assurer.

B. Sécurité

La difficulté à définir la nature d'un SSIG a un impact sur l'application ou non du droit de la concurrence et par conséquent sur la pérennité (sécurité juridique et financière) de l'organisme prestataire, élément nécessaire pour fournir un service de qualité et continu. En effet, les associations prestataires de SSIG, de plus en plus confrontées aux logiques du marché, doivent faire face à un sentiment croissant d'insécurité juridique dû à des règles trop contraignantes et non adaptées à leurs spécificités. La réglementation relative aux marchés publics impose aux organismes qui sont financés en majorité par des fonds publics de respecter certaines règles formelles de mise en concurrence et de publicité quand des marchés sont conclus avec des prestataires extérieurs. Les associations n'ont pas toujours connaissance de ces dispositions et elles risquent de voir leur marché annulé si celui-ci venait à être requalifié. En outre, ces règles de concurrence sont souvent trop lourdes pour des associations. Celles-ci ne peuvent pas toujours supporter les coûts financiers et humains qui leur permettraient de respecter le formalisme exigé lorsqu'elles ont recours à des prestataires extérieurs pour la réalisation du service²⁰.

Le problème d'insécurité juridique n'est pas uniquement dû à un manque de communication et de clarté des procédures européennes, comme l'a laissé entendre Laszlo Andor, Commissaire à la DG Emploi et Affaires sociales lors d'une réunion de l'Intergroupe Services Publics²¹. Il est avant tout dû à un vide juridique : les SSIG ne sont pas clairement définis dans le traité de Lisbonne et leur fonctionnement n'est pas neutre. Les textes de la directive Services présentent certes une certaine neutralité, mais dans les faits, même si ces services sont hors de portée, ils sont rattrapés par une dynamique de concurrence, a fermement rappelé Pervenche Berès lors de cette même réunion.

La question de la sécurité semble également mise à mal. En effet, les vagues de libéralisation dans le secteur ferroviaire anglais par exemple, ont souvent été suivies par une recrudescence d'accidents mortels sur les réseaux ferrés (Southall, 1997 ;

²⁰ « Les services sociaux et de santé d'intérêt général : droits fondamentaux versus marché intérieur ? », Collectif SSIG-FR, Ed. Bruylant, 2006, p.94-95.

²¹ Réunion des Intergroupes Economie sociale et Services Publics « Services sociaux : quelles options politiques après le 3^{ème} forum SSIG ? », Parlement Européen, le 10 novembre 2010.

Ladbroke Grove, 1999 ; Hatfield, 2000 ; Selby 2001...). On a également constaté une multiplication des retards et une augmentation des tarifs pour les usagers.²²

C. Transposition

L'application dans les Etats membres du droit communautaire aux services d'intérêt général peut générer certaines tensions ou incompatibilités.

La question de la transposition de la directive dans le domaine des aides d'Etat pose de nombreux problèmes. Le flou d'interprétation autour de la directive Services est souvent relaté par les autorités locales, parfois victimes d'une mauvaise transposition du coté des instances supérieures. Certains problèmes peuvent donc survenir en termes de droit (contrat de sous-traitance, partenariat public-privé), de compétence et de financement. L'absence de sécurité juridique pour les autorités locales risque de les plonger dans l'incapacité d'agir et de fournir le service.

La question du mandatement accordé par l'Etat à une entreprise peut parfois être problématique. En effet, l'impossibilité d'obtenir en amont une condition indispensable à l'octroi de subvention met en péril les actions des organismes fournisseurs de services d'intérêt général. Le collectif SSIG-FR évoque par exemple le cas des organismes de protection sociale mutualistes qui fournissent l'accès à une assurance complémentaire. Ces organismes (privés), « continueurs naturels privés et non lucratifs de l'intérêt général²³ », doivent alors mettre en place, par leur propre initiative, des services afin de compenser les carences de l'intervention de l'Etat.

Le Réseau des Territoires pour l'Economie Solidaire (RTES) nous fait part d'un autre exemple : les retards (ou l'absence) dans l'établissement d'acte de mandatement par une autorité publique lorsqu'elle confie une mission de service public à un organisme tiers. La mairie de Tourcoing, en vertu d'une circulaire de l'Etat [français] de janvier 2010, s'est vue contrainte à élargir le champ de ses missions au delà des services sociaux proprement dits. L'accueil de loisirs des jeunes a été transféré à des structures associatives sans autorisation légale. Afin d'éviter tout risque de recours, la mairie a souhaité mettre en conformité avec la législation européenne les financements qu'elle accordait à différents SIEG. Ainsi, des mandats seront légalement octroyés, mais ne le seront qu'ultérieurement. Si l'Union européenne semble assez flexible en matière de procédure, il n'en reste pas moins que des

²² Marc Nussbaumer, Le chaos des chemins de fer britanniques. Le Monde diplomatique, Avril 2002, p. 4 et 5.

²³ « Les services sociaux et de santé d'intérêt général : droits fondamentaux versus marché intérieur ? », Collectif SSIG-FR, Ed. Bruylant, 2006, p. 152.

opérateurs, sur le terrain, pourraient être tentés d'effectuer des recours. Cette insécurité juridique est souvent dénoncée par les acteurs de l'économie sociale²⁴. En ce sens, une délibération-type (contrat) a été mise en œuvre dans de nombreuses régions françaises au niveau des collectivités locales, incluant des obligations spécifiques de service public qui incombent aux associations. Ce document qui fait acte de mandatement permet aux autorités locales de respecter la procédure communautaire en matière de SSIG.

Le mandatement est un élément clé de la procédure de sécurisation des compensations de service public accordées par une autorité publique à un prestataire de services.

Pour ne pas constituer une aide d'Etat (interdite selon les règles de concurrence), la compensation financière doit remplir quatre critères cumulatifs tels que prévus dans l'arrêt Altmark²⁵ (voir encadré ci-dessous). Si ces critères ne sont pas remplis et que les autres critères d'aides d'Etat sont également présents (cf politique de concurrence, article 107), la compensation est alors considérée comme aide d'Etat. Toutefois, le fait qu'elle constitue une aide d'Etat ne signifie pas automatiquement qu'elle soit interdite. Elle peut être considérée comme compatible quand les conditions spécifiées dans la Décision²⁶ sont réunies (voir encadré). Les compensations de service public couvertes par la Décision ne doivent pas être notifiées à la Commission lorsque les critères sont remplis et les autorités publiques peuvent immédiatement verser la compensation. En revanche, si les critères ne sont pas remplis, la compensation doit être notifiée auprès de la Commission et obtenir une exemption pour être valide.

²⁴ Réseau n°13 – octobre 2010 - la lettre du Réseau des territoires pour l'économie solidaire, « Tourcoing : des mandatements en 2011 », p.6.

²⁵ CJCE, 24 juillet 2001, Altmark Trans GmbH, affaire C 280/00.

²⁶ Décision de la Commission du 28 novembre 2005 sur l'application des dispositions de l'article 106, paragraphe 2 TFUE aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion des services d'intérêt économique général, JO L 312 du 29.11.2005, p 67.

Critères cumulatifs de l'arrêt Altmark

Arrêt du 24 juillet 2003 de la Cour de Justice, qui a considéré comme exclues du champ des aides d'Etat au sens de l'article 107 TFUE les compensations de service public si elles respectent les quatre conditions suivantes :

- L'entreprise bénéficiaire doit avoir effectivement été chargée de l'exécution d'obligations de service public clairement définies ;
- Les paramètres sur la base desquels la compensation est calculée doivent être préalablement établis d'une façon objective et transparente ;
- La compensation ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de la mission de service public, en prenant en compte des recettes qui y sont relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable ;
- Lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public permettant la sélection du candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée, et adéquatement équipée, aurait encourus.

Décision du 28 novembre 2005

Le « paquet législatif Monti-Kroes », déposé sur la table du Parlement européen et du Conseil le 4 février 2004, est une réponse de la Commission à l'incertitude générée par l'arrêt Altmark. La Décision est l'un des trois documents qui compose ce paquet. Elle établit les conditions de compatibilité d'une compensation de service public au régime des aides d'Etat. Les conditions sont au nombre de trois :

- Un mandat de service public clairement défini, spécifiant notamment la nature et la durée des obligations de service public, l'entreprise et le territoire concernés, la nature des droits exclusifs ou spéciaux éventuels octroyés à l'entreprise, les paramètres de calculs, de contrôle et de révision de la compensation, les modalités de remboursement des éventuelles surcompensations et les moyens d'éviter ces surcompensations ;
- Le montant de la compensation ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public et les coûts à prendre en considération doivent englober l'ensemble des coûts et des recettes de la fourniture du service d'intérêt économique général ;
- Le contrôle régulier de la surcompensation par les autorités publiques des Etats membres.

Enfin, on peut également évoquer le fait que les différences d'interprétation des textes (paquet Monti-Kroes et Directive Services) est susceptible de remettre en

cause la validité juridique des procédures que certaines collectivités territoriales ont mises en place²⁷.

D. Identification du caractère économique : Atteinte à la sphère nationale

Comme nous l'avons vu, l'identification d'un caractère économique à une activité prestée est déterminante dans la question de l'application ou non du droit européen. Une activité non économique ne rentre pas dans le champ d'application des traités et ne sera pas affectée par le droit communautaire. En revanche, toute activité économique sera soumise aux règles de la concurrence et aux principes de liberté d'établissement et de prestation de services. L'appréciation du caractère économique ou non économique est relativement complexe. En effet, aujourd'hui la plupart des activités humaines présentent une dimension économique.

Le collectif SSIG français a ainsi mis en garde sur les risques inhérents à une telle classification. En effet, celle-ci aura pour conséquence d'élargir le champ d'application du droit de la concurrence et, par ailleurs, de limiter le champ des activités « non-économiques » aux fonctions régaliennes de l'Etat²⁸. En d'autres termes, ceci conduirait à une « dérégulation de la réglementation nationale ».

L'exemple néerlandais illustre également cette dérive. Depuis des années, ce pays a une tradition de mission de service public très large en matière de logement. Les bailleurs sociaux néerlandais mettent à disposition des plus vulnérables des logements sociaux, et élargissent cette offre à l'ensemble de la population dans une politique de mixité sociale. Néanmoins, la Commission européenne a estimé que l'offre néerlandaise ne relevait pas d'une mission de service public telle que prévue par les traités européens. A cet effet, elle a rendu en 2005 une décision²⁹ qui a modifié la définition du logement social, au motif que la vocation à loger l'ensemble de la population ne peut être un objectif de politique publique. Elle y a introduit de nouvelles conditions d'accès, notamment un critère financier, limitant de fait le champ d'action des autorités publiques néerlandaises. Plusieurs recours ont été introduits devant la Cour de Justice européenne pour que la définition de la mission

²⁷ Ce problème qui s'applique au domaine de la formation professionnelle, a été posé par une conseillère générale du Val de Marne et représentante des autorités locales en France lors de la conférence « Repenser les services publics à l'agenda 2020 », 16 septembre 2010.

²⁸ « Les services sociaux et de santé d'intérêt général : droits fondamentaux versus marché intérieur ? », Collectif SSIG-FR, Ed. Bruylant, 2006, p.100-101.

²⁹ Décision de la Commission du 28 novembre 2005 concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du traité CE aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général (2005/842/CE)

d'intérêt général du logement social reste de la compétence des Etats membres³⁰. Le Parlement européen s'est engagé en ce sens dans une Déclaration écrite en 2010 réaffirmant le principe de subsidiarité et de diversité dans la définition par les Etats membres des missions particulières pour le logement social³¹.

E. ... et au principe d'universalité

La jurisprudence de la Cour de Justice européenne a confirmé cette tendance : au motif qu'une activité présente une dimension économique, les instances de droit communautaires semblent déterminées à soumettre les activités à but non lucratif aux règles de concurrence, même si elles sont financées par un mécanisme de solidarité ou de don. A titre d'exemple, le secteur de l'insertion par l'activité économique entre dans le champ de la concurrence. L'apparition de grandes entreprises à but lucratif dans ce secteur et l'absence de clause du mieux disant social sur les marchés publics fragilisent des activités d'utilité sociale offertes par des structures d'insertion de type associatif. Ceci pourrait conduire à une banalisation du rôle de ce type d'associations qui seraient considérées comme des prestataires de services comme les autres, proposant une activité à visée avant tout économique. Inversement, il pourrait y avoir cantonnement à des activités strictement caritatives et dont le but serait uniquement de répondre aux besoins des populations non solvables³². On peut donc parler d'un risque de tomber dans l'idée réductrice que les SSIG constituent une protection sociale pour les plus pauvres.

F. Déficit démocratique ?

Nous avons évoqué précédemment la présence d'un flou juridique concernant l'application ou non du droit communautaire aux services sociaux d'intérêt général. Cette situation conduit à certaines dérives sur le terrain. Le manque de clarté dans la réglementation, notamment en ce qui concerne les aides d'Etat, est largement pointé du doigt par les stakeholders. On parle aussi d'une Commission qui ne clarifie pas suffisamment ses règles, peut être par manque de consensus interne sur la question.

³⁰ *Union sociale pour l'habitat, « Promouvoir un cadre favorable au développement du logement social », 2010*

³¹ *WD 85 2010 Social Housing Missions, « Written declaration on the principles of subsidiarity and diversity in defining the particular missions assigned to social housing by the members States », Parlement européen*

³² *« Les services sociaux et de santé d'intérêt général : droits fondamentaux versus marché intérieur ? », Collectif SSIG-FR, Ed. Bruylant, 2006, p.100-101.*

Il n'en reste pas moins que dans le cas d'un litige, c'est la Cour de Justice qui doit trancher et finalement, faire le droit. C'est donc la Cour qui en dernière instance devra balancer les valeurs économiques et sociales de l'Union. Le rôle de législateur qui incombe normalement à la Commission est de ce fait transféré au juge qui régule au cas par cas. Il y a donc dérive vers un « gouvernement des juges ». Ceci remet en question la légitimité démocratique de l'Union...

Les exemples présentés ci-dessus nous montrent que l'application de la législation européenne aux services sociaux d'intérêt général peut dans certains cas être problématique. La logique d'entreprise et de rentabilité ne prend pas en compte les critères d'universalité (couverture, qualité et prix) que requiert la prestation des services publics. En effet, la fourniture de certains services n'est pas toujours directement rentable. Dans le cas par exemple d'un territoire avec très peu de bénéficiaires, la prestation d'un service peut avoir un coût élevé pour une entreprise privée. Comment dès lors garantir qu'un service soit effectivement presté dans un tel cas par une entreprise privée à un prix accessible ? Par ailleurs, dans le cas des marchés publics, la règlementation impose certes un cahier des charges pour les entreprises en compétition pour l'obtention de l'offre, mais le critère du mieux disant social est souvent peu pris en compte. C'est plutôt le critère du mieux disant économique qui prévaut.

Les services sociaux d'intérêt général sont des services spécifiques qui bâtissent notre modèle de cohésion sociale. Souvent, ils ont trait aux droits fondamentaux. Soumettre ce type de service aux lois du marché et de la concurrence risque de mettre en péril l'avenir de nos services publics et d'exclure encore un peu plus les plus défavorisés. L'enjeu est double : comment protéger nos services publics au sein du marché intérieur tout en redynamisant le marché intérieur.

III. Recommandations

Les acteurs de la société civile et les représentants des institutions européennes se sont largement mobilisés en vue de développer un cadre européen approprié aux services sociaux d'intérêt général. *Pour la Solidarité* entend contribuer au débat en proposant huit recommandations ayant pour but d'améliorer la qualité, l'accès et l'universalité des SSIG en Europe.

1. Réhabilitation nécessaire du rôle de l'Etat

La crise économique et financière a montré les limites du marché à générer de la croissance et de l'emploi. Par ailleurs, il est communément admis que les services publics ont joué un rôle de stabilisateur et d'amortisseur face aux conséquences de la crise. Les services sociaux sont un investissement pour l'avenir. Ils contribuent à la réalisation des objectifs de l'Union. Les coupures dans les budgets sociaux risquent fortement d'avoir de lourdes conséquences sur le plan social. Les conclusions de la 3053^{ème} session du Conseil emploi, politique sociale, santé et consommateur vont en ce sens, insistant sur la nécessité de coordonner d'avantage les politiques budgétaires et les politiques sociales de sorte que les coupures budgétaires n'entravent pas le développement social en Europe³³.

2. Réaffirmer la compétence des autorités nationales et locales dans la définition des missions des services sociaux d'intérêt général

Un cadre commun européen sur la définition des SSIG est nécessaire pour assurer une cohérence dans le fonctionnement et l'application de la législation européenne. Néanmoins, les Etats membres doivent continuer à disposer d'un pouvoir discrétionnaire dans cette matière afin de garantir les spécificités nationales, régionales et locales. A cet effet, le Traité de Lisbonne a introduit deux instruments. L'article 14 TFUE permet aux institutions européennes de légiférer pour déterminer les principes communs, les conditions d'accès, d'organisation et de financement des SIEG. Le Protocole 26 confère un rôle essentiel et un large pouvoir discrétionnaire aux autorités nationales, régionales, et locales afin de fournir et organiser ces services de sorte qu'ils garantissent aux usagers l'accès à des services de qualité. Il est urgent que ces autorités s'approprient cet outil mis à leur

33 *Conseil de l'Union européenne, communiqué de presse 17323/10, 3053^{ème} session du Conseil emploi, politique sociale, santé et consommateur, 6 et 7 décembre 2010, « la dimension sociale de la stratégie Europe 2020 », p.15*

disposition et que les institutions européennes respectent le principe de subsidiarité.

3. Responsabiliser les Etats membres dans la transposition de la directive Services

Les acteurs de l'économie sociale et de la société civile ont élevé la voix pour dénoncer les problèmes de transposition de la directive Services et les conséquences que cela implique sur le terrain. La directive laisse en effet un flou d'interprétation qui place souvent les acteurs concernés dans une insécurité juridique. La problématique au sujet des aides d'Etat illustre bien ce problème.

Cependant, si l'on peut pointer du doigt un manque de clarté des règles européennes, il ne faut pas perdre de vue que les Etats sont responsables de la transposition du droit européen dans leur droit national. A cet égard, l'Europe offre une marge de manœuvre aux Etats membres. En effet, la législation européenne exclut du champ de la directive Services certains secteurs et donne les moyens de protéger les services d'intérêt général des règles de concurrence du marché intérieur. Il est donc de la responsabilité des Etats de se servir des outils que les traités mettent à leur disposition pour sécuriser leurs services publics lorsqu'ils transposent la directive en droit national.

4. Clarification des règles applicables en matière d'aide d'Etat

Concernant la question du financement des SSIG, il est nécessaire de rentrer dans un débat et de poser des actions concrètes pour l'amélioration, la simplification et l'adaptation des règles européennes. Les critères de l'arrêt Altmark créent une zone d'insécurité juridique à laquelle il faut urgemment donner réponse. A cet égard, il est important de tenir compte des spécificités des petits opérateurs. Le principe de proportionnalité pourrait être davantage considéré dans l'implémentation des règles européennes. Il faut également tenir compte des spécificités de certains secteurs qui pourraient être exclus du champ d'application si nécessaire. Ce besoin de règles claires, il faut y répondre dans le respect du principe de subsidiarité. Il y a donc lieu de trouver la combinaison optimale permettant de sortir les acteurs de l'insécurité juridique à laquelle ils doivent faire face.

5. Reconnaissance des acteurs de l'économie sociale

La crise économique a mis en évidence le rôle majeur des entreprises sociales en Europe. Celles-ci ont pris le relais de l'Etat et des entreprises classiques là où le marché a échoué. Ces entreprises, qui proposent toutes sortes de services sociaux,

sont reconnues par de plus en plus d'Etats membres. Elles peuvent prendre de multiples formes (mutuelles, coopératives, fondations et associations) et présentent une plus-value en ce qu'elles combinent à la fois des ressources du secteur marchand et du secteur non marchand³⁴. Dans une lettre ouverte à la Commission Européenne, l'EMES European Research Network rappelle le rôle moteur que les entreprises sociales jouent en termes d'innovation et de diffusion de bonnes pratiques. Le réseau a ainsi appelé le Commissaire Barnier à reconnaître au niveau européen l'efficacité de ce type d'organismes, insistant sur le fait que leurs actions et activités permettent de répondre aux besoins sociaux de la population à un moment où il devient de plus en plus difficile pour le secteur public d'assurer sa mission sociale. En effet, en luttant contre l'exclusion sociale, les associations, mutuelles et coopératives génèrent de l'emploi.

6. Créer un environnement de qualité

La qualité est sûrement le mot à retenir pour l'avenir des services sociaux d'intérêt général en Europe. Il s'agit à la fois de la qualité de la prestation des services mais aussi de la qualité des emplois dans ce secteur. Un service de qualité est un service qui respecte la dignité humaine et les droits fondamentaux des personnes, presté sans discrimination et adapté à chaque individu dans la continuité. Défendre un service de qualité pour tous c'est aussi assurer la sécurité des utilisateurs, y compris celle des populations les plus vulnérables. Par ailleurs, un service de qualité c'est aussi un service offert par des personnes qualifiées, jouissant de bonnes conditions d'emploi et de travail.

Dans un contexte caractérisé par d'importantes restrictions budgétaires, avec en parallèle une augmentation des besoins en matière de services sociaux, la question de la qualité des services est de toute évidence mise à mal. En effet, comment répondre aux besoins de tous avec moins de moyens, tout en conservant des standards nécessaires de qualité des services ? Il y a lieu ici d'adopter une perspective à long terme centrée principalement sur le concept d'efficience des SSIG (adéquation optimale entre les moyens et les résultats).

Tout d'abord, on peut préconiser une meilleure reconnaissance des besoins sociaux émergents. Par ailleurs, les services sociaux doivent être perçus comme un investissement indispensable pour l'avenir de l'Europe et non comme un coût. Il y a

³⁴ EMES European Research Network, *Open letter to the European Commission, « From words to action : Supporting cooperative and social enterprises to achieve a more inclusive, sustainable and prosperous Europe »*, octobre 2010

donc besoin d'un engagement politique fort vis-à-vis du social et non uniquement de l'économique.

Le Comité européen de Protection Sociale a adopté un « Cadre volontaire européen pour la qualité des services sociaux »³⁵. Ce cadre européen doit être utilisé par les Etats membres comme outil de coordination. En effet, il s'agit là d'un levier permettant la comparaison des expériences nationales et l'échange de bonnes pratiques. A cet égard, des indicateurs de qualité devraient être mis en place. Ces indicateurs devraient toutefois permettre une approche multisectorielle tenant compte des spécificités des différents secteurs non marchands. Les Etats membres et la Commission européenne doivent s'engager dans un processus participatif pour l'implémentation et le suivi de ce cadre de qualité.

7. Promouvoir un accès universel aux SSIG

Le modèle social européen fait en sorte que tous les citoyens aient droit à un minimum de services universels. Aujourd'hui l'accès à ces services est de plus en plus contesté et n'est pas suffisamment garanti. Les écarts de richesse se creusent en Europe et une minorité croissante de la population est exclue de l'accès aux services sociaux. Les coupures dans les budgets sociaux nationaux, conséquence de la crise économique, menacent d'autant plus l'offre de services. Les Etats membres doivent attribuer aux services sociaux d'intérêt général le principe d'universalité plutôt que le principe d'assistanat. Plus que jamais, il est urgent de défendre un accès de qualité pour éviter le risque d'une Europe à deux vitesses entre les citoyens.

8. Promouvoir le « Social impact assessment »

Le « Social Impact Assessment » permet de réaliser des objectifs stratégiques transversaux en matière sociale. Dans le cadre de cette méthode, les conséquences sociales des nouvelles mesures sont appréciées à l'avance. L'analyse systématique des conséquences sociales des politiques de l'Union est nécessaire à l'amélioration de la cohésion sociale au sein de l'UE.

35 *The Social protection Committee (2010), A Voluntary European Quality framework for social services, SPC/2010/10/8 final.*