

**La nécessaire reconnaissance des biens publics dans l'UE
via les services d'intérêt (économique) général ;
vers un "droit positif" ?**

Participants : Laurice Alexandre Clair, Nicole Alix, Jean-Claude Barbier, Adrien Baudet, Hélène Bonvalot, Jean-Claude Boual, Irina Boulin-Ghica, Christian Caron, Elsa Deleage, Bérangère Eldin, Cornélia Federkeil-Giroux, Hugues Feltesse, Laurent Ghelière, Jean-François Guédon, Philippe Herzog, Michel Mercadié, Armand Rauch, Sylvie Regnault, Frédéric Sultan, Carole Ulmer, Emmanuel Verny, Michèle Vignaux, Ghislaine Hierso, Marie-France Boudet.

Excusés : Bernard Bazillon, Ugo Bessière, François Calonne, Marie-Caroline Collard, Pascale Delille, Gilles Duthil, Chantal Gautron, Audrey Duquenne, Eve Durquety, Jean-Louis Geze, Serge Giacometti, Delphine Lалу, Ute Meyenberg, François Perniola, Jean-Manuel Petit, Hugo Richard, Catherine Sauviat, Arnaud Vinsonneau, Inga Wachsmann.

I - Problématique :

Cette réunion est née au confluent de 2 rencontres récentes au sein de Confrontations Europe :

- un débat entre JC Barbier et Boual lors de la réunion du 26/10 sur "ESS, nouvelles formes d'emploi et nouvelles formes de protection sociale" a eu lieu sur le caractère suffisant ou non du droit européen existant pour promouvoir les SSIG et/ou les formes d'organisation de l'économie sociale (coopératives, mutuelles, associations). L'un disant que le Traité permet beaucoup et que c'est la force politique qui fait défaut, l'autre qu'il manque des justifications juridiques précises pour les faire vivre ;
- une "rencontre" avec le mouvement des "commons", qui revendique en Europe et dans le monde une réappropriation ("*claim for*") des biens communs par les citoyens, a conduit à se poser la question de savoir si on peut se servir du concept des SIG pour "attaquer" la question des biens communs.

La réunion d'aujourd'hui a donc été construite dans la perspective d'effectuer :

- d'une part, un bilan partagé entre les acteurs qui ont travaillé depuis 20 ans sur les SIG du champ social pour voir la façon de poursuivre la « bataille » ;
- d'autre part, un éventuel pont avec les "commons" qui s'organisent au plan mondial.

Le plan de travail imaginé était :

- de tirer des enseignements sur le champ du social pour se confronter ensuite à une autre logique "sectorielle" intéressant les « commons" (soit l'eau, soit le numérique) ;
- de reprendre "la longue marche de l'intérêt général européen", combat de Confrontations Europe, marquée par le rapport Herzog au PE il y a presque 10 ans et la note Herzog/Ghekière de 2010 "Biens publics et adhésion citoyenne au marché intérieur" (que Philippe souhaite voir actualisée).

La période actuelle est intéressante car la panne de développement en Europe ne pourra être résolue sans combat pour des biens publics européens, d'une part ; dans ce contexte de croissance plate, les débats sont vifs sur les choix sociaux et les allocations de ressources d'autre part.

Sur l'agenda communautaire :

- en ce qui concerne les SSIG, la pression des acteurs a fait bouger les lignes, avec le paquet Almunia mais on sent l'usine à gaz et la prégnance du modèle du marché public comme mode général de collaboration public/privé ;

- en décembre 2012, suite aux consultations lancées sur la réforme des aides d'Etat de l'article 107, la Commission Européenne a annoncé sa volonté d'exempter certaines catégories d'aides d'Etat de l'obligation de notifications préalables : culture, calamités naturelles, innovation, secteur forestier, effet du climat sur la pêche, sport amateur, certaines aides au transport et infrastructures de haut débit. On peut certes se réjouir de cette nouvelle liste, mais on reste dans un traitement "au cas par cas". La Commission explique que son choix s'est porté sur des aides qui ne sont pas susceptibles de perturber la concurrence, dans des secteurs où elle s'est forgée une bonne compétence en matière d'aides d'Etat. Cela ne donne pas de véritable vision politique globale et la décision n'a pas été concertée ;
- des discussions acharnées se poursuivent sur la distinction entre infrastructures et gestion du service du rail ;
- les débats sur le numérique, la propriété immatérielle montrent la complexité de l'articulation entre la protection de la propriété privée et, a contrario, un partage ouvert de l'information, censés l'un comme l'autre promouvoir l'innovation.

Un débat sur la dimension sociale de l'UEM a été annoncé par H. van Rompuy pour le Conseil de juin prochain, avec des propositions sur l'emploi, la lutte contre la pauvreté, ... Les élections au Parlement européen et l'avènement d'une nouvelle Commission européenne auront lieu en 2014. Dans cette perspective, quelles sont les propositions que nous pouvons/devons pousser ? L'approche des biens publics/biens communs par le biais des SI(E)G est-elle pertinente ?

Du point de vue de l'angle d'attaque, il s'agirait au fond de savoir si ce sont aux SIG de « venir en renfort » aux biens publics ou plutôt l'inverse.

Nicole Alix précise les points qu'elle propose pour la réunion d'aujourd'hui :

1 – des questions de définition :

1.1 – Sommes-nous d'accord entre nous pour éviter des discussions préliminaires sur des définitions théoriques :

- en économie : les biens publics purs, impurs, tutélaires, de clubs ... ; les biens communs ;
- en droit : les droits fondamentaux, les droits collectifs, individuels ; couverts par le droit universel, par l'assurance ?

1.2 - La distinction du rapport Herzog de 2003 doit-elle être actualisée entre :

- => **SIG fondamentaux non marchands** : éducation, santé, accès au marché du travail ; historiquement organisés par l'Etat nation sur les valeurs non marchandes ;
- => **SIG pour l'accès aux biens communs naturels ou immatériels** : environnement, information ; partagés, non destructibles ou à régénérer ;
- => **SIG (sociaux) de proximité** : services à la personne ; publics, privés ou en partenariat
- => **SIEG de grands réseaux** : énergie, transports, télécommunications, poste ; souvent en situation de monopole naturel, où des systèmes non marchands de régulation de sécurité sont nécessaires, que les prestations de services soient privées ou publiques.

2 – des questions de méthodologie :

Plusieurs approches sont possibles pour la promotion des biens publics en Europe : par le droit / par l'économique ou encore par le politique:

2.1 - Approche par le droit :

L'UE est une machine à déconstruire les droits existants, elle doit aussi en être une à reconstruire. Le droit est au service du politique. Si on se situe dans une perspective non pas de se borner à décliner le droit existant, mais à construire un droit européen à venir, que faut-il prôner ?

Est-ce juste de dire que les libertés économiques (libre circulation, prestations de services, ...) l'emportent inéluctablement sur les droits humains dans le droit actuel de l'UE et que, dans ces conditions "on ne peut pas y aller" ?

Comment organiser les textes européens pour que, de textes souvent "minimaux" (car résultats de compromis entre situations nationales très différentes), ils ne deviennent des "maximums" par rapport auxquels tout dépassement est considéré comme une atteinte aux libertés économiques (concurrence) ?

Comment se sortir du cercle vicieux : pas de projets novateurs de la part des acteurs car peur d'être en infraction => pas de jurisprudence européenne => pas d'évolution du droit ?

S'il faut un débat entre "droit" et "économie" (au sens projets et moyens), quels sont les espaces de délibération ad hoc ? Le Parlement européen ? L'UEM ? Le dialogue social (mais lequel ?)

2.2 - Approche par l'économique :

Comment utiliser la théorie économique au service d'une Europe inclusive, avec une économie (un marché ?) qui :

- organise la mixité sociale et non la scission entre d'un côté les secteurs ou clientèles rentables et d'un autre les pauvres, les exclus ... laissés à l'Etat ou à l'économie sociale,
- régule l'appropriation privée de ressources publiques et la redistribution des bénéfices réalisés sur le bien commun (utilisation de biens et services financés par la protection sociale, y compris les fichiers d'assurés sociaux, ...)
- régule "l'aliénation en marchandises" de pans de la personne humaine (travail, sang, organes, enfants ou personnes âgées, porteuses d'enfants, ...).

La distinction économique/non économique, dans les SIG, semble inopérante. Faut-il la supprimer ? Comment, dans cette hypothèse, éviter que l'intérêt général et le non lucratif soient noyés dans une approche par le "marchand" ? Comment convaincre des acteurs non marchands qu'ils ont leur place dans le marché ?

3 – des questions de traduction en règles de gestion pour les services, par exemple :

- que signifie la distinction infrastructure/gestion du service dans les services sociaux : par exemple, dans un hôpital, que restera-t-il du service d'intérêt général si on externalise tous les services susceptibles d'être privatisés ?
- comment reconnaître l'initiative citoyenne, "entre" ou "à côté" du marché et de l'Etat ? Quel principe "positif", horizontal, de subsidiarité ?
- comment articuler intelligemment l'échelon européen, national et local ? que doit-on, par exemple, pousser via la décentralisation ?
- quels sont les aspects qu'on doit pousser dans des textes "transversaux", par exemple les normes comptables et la comptabilité publique ?

4 – des questions d'organisation de notre travail:

- comment nous organiser ? Quelles alliances entre les acteurs ?
- comment d'ailleurs nommer ce chantier ?
- quel degré de lisibilité pour les citoyens ?

Le Traité de Lisbonne confie au Parlement européen une nouvelle compétence législative : définir les principes et de fixer les conditions de fonctionnement des services publics qui soient à même de garantir le bon accomplissement des missions qui leur sont confiées par les états, les régions et les communes d'Europe. Que peut-on leur suggérer ?

II - Les apports des acteurs :

1 - Jean-Claude Barbier¹ s'interroge sur le problème que pose le droit (économique) européen aux services sociaux. Le droit y agit par contagion. Il y a une « économisation » généralisée des services sociaux. L'efficacité présumée de la concurrence telle que portée par l'économie néo-classique est-elle avérée dans le champ des services sociaux ? » « en tous les cas, elle n'est jamais évaluée de façon contradictoire. De fait, des aspects entiers de l'activité humaine ne sont pas reconnus, la différence entre économique et non-économique n'apparaissant pas de façon solide dans le droit européen. Les services sociaux, qui n'étaient pas dans le champ du droit européen, y sont désormais. D'ailleurs, cette contagion est reconnue par de grands juristes comme Mireille Delmas-Marty ou Alain Supiot ou encore Pierre Rodière.

Comment juridiquement formaliser ces activités pour qu'elles aient une existence réelle/reconnue ? - Y a-t-il une possibilité de s'attaquer à la primauté du droit économique, fondamentalement asymétrique et contagieux, en cherchant à **rééquilibrer droits sociaux et économiques** ? peut-on par exemple s'appuyer sur la **Proposition de protocole du progrès social de la CES²** - qui se réfère à l'article 6 du traité sur les droits sociaux fondamentaux et à l'article 9 sur la "promotion d'un haut niveau d'emploi, de la garantie d'une protection sociale adéquate, de la lutte contre l'exclusion sociale, et d'un niveau élevé d'éducation, de formation et de protection de la santé humaine". Faut-il rechercher une clause de « non-régression » ? - Peut-on utiliser le **principe de subsidiarité** ?

Le principe de subsidiarité est considéré par la CJUE comme « politique », il n'a pratiquement pas donné lieu à de la jurisprudence, et, il ne change rien à la primauté du droit de l'UE, puisque, même dans les domaines qui relèvent en théorie de la compétence nationale, le dernier mot revient au droit de l'UE, en raison de la disposition de « l'erreur manifeste » ; dans la pratique il n'y a donc pratiquement pas de limite à la portée du droit de l'UE .

- Enfin, il est clair que l'UE privilégie une approche individuelle (de la formulation) des droits, principalement considérés sous l'angle des droits humains fondamentaux, même lorsqu'il s'agit de certains droits collectifs comme le droit de grève, qui ont tendance à être minimisés/marginalisés ; par ailleurs, cette conception débouche rarement sur une justiciabilité claire.

2- Jean-Claude Boual pose d'emblée le constat que l'approche par le droit n'est pas suffisante, vu le niveau atteint d'intégration européenne.

A l'appui de son affirmation, il brosse à grands traits l'historique des débats lancés depuis 20 ans sur les SIG³, en pleine mise en place du marché intérieur. A. Lyon-Caen a démontré que les SIG constituent un élément fondamental des droits fondamentaux en Europe, mais, en matière de services publics, l'Europe est pourtant parvenue à une grande complexité, contrepartie de la forme de réglementation choisie par l'UE :

- certes amélioration de la reconnaissance des SIG dans le droit primaire des Traités de l'UE,
- mais parallèlement une législation sectorielle abondante, car elle a dû se compléter au fur et à mesure pour accompagner les mouvements de libéralisation des grands monopoles nationaux respectifs et une jurisprudence nourrie de la Cour de Justice de l'UE pour régler les multiples aspects transversaux.

Il se dit convaincu que la crise actuelle, pas seulement financière mais aussi écologique, ... constitue une raison supplémentaire majeure pour nous obliger à raisonner autrement, à délaisser l'approche cloisonnée, qui était privilégiée jusqu'à présent, au profit d'une approche plus globale et transdisciplinaire et à trouver d'autres arguments et d'autres méthodes.

Il pense que l'on doit **renouveler notre argumentation** en vue des prochaines élections au Parlement européen en 2014 et de la nouvelle Commission. Pour ce faire, il identifie **4 axes** :

¹ Europe sociale : l'état d'alerte, Jean-Claude Barbier, Observatoire social européen n°13, 4/1/2013,

² <http://www.etuc.org/a/5176>

³ Premier memorandum en 1993, 1^{ère} communication en 1996, article 16 du Traité d'Amsterdam, blocage à Berlin par K.Van Miert.

- la piste des **droits fondamentaux**, mais il relève que le Forum permanent de la société civile qui y a travaillé pendant plusieurs mois a désormais du mal à avancer ;
- le **croisement des approches économie sociale/SIG** ;
- le principe de **subsidiarité** (bien que depuis 1992 on sait que, face au marché, il n'y a pas de subsidiarité qui tienne) ;
- la différenciation/articulation des **SIG locaux/nationaux/européens**.

3 - Laurent Ghekière ne pense pas que ce soit le droit qui pousse à l'« économisation » des services sociaux, mais le développement même du marché, qui crée un « droit par défaut ».

Le droit évolue par jurisprudence, par contentieux. Le droit européen est centré sur deux axes majeurs:

- **d'une part, les libertés fondamentales :**

Ainsi, « lutter pour des services sociaux » c'est d'une certaine manière lutter contre des libertés fondamentales du marché intérieur (liberté de circulation, liberté d'établissement...), c.à.d. du droit positif, des textes adoptés au plus haut niveau, en co-décision ;

- **d'autre part, la politique de concurrence**, compétence exclusive de la Commission européenne, qui a le pouvoir de légiférer en direct. Là aussi, on est dans « du lourd ».

Les « paquets » visent donc à sécuriser certains secteurs. Mais leurs dispositions ne sont pas appliquées d'une part, d'autre part les Etats membres ne veulent pas courir le risque de poser ce genre de questions à Bruxelles. Laurent Ghekière illustre son propos de plusieurs exemples, le paquet Monti-Kroes, la question des liens entre les co-financements de type FEDER et les aides d'Etat⁴.

Il relève que, quand même, le contentieux fait progresser : cf les conditions de la genèse du protocole 26 du traité de Lisbonne sur les Services d'Intérêt Général, l'importance de l'arrêt de 2008 BUPA Irlande - 1^{er} arrêt SIEG post-Altmark.

La difficulté de l'UE est de **comprendre et reconnaître qu'il y a des opérateurs spécifiques de services sociaux, qui ont déjà « internalisé/intériorisé » des « obligations » de services publics, « par nature » et auxquels donc on n'a pas besoin de les imposer**. Il remarque que les Etats membres ne veulent pas privilégier certains types d'entreprises, alors que, par exemple, on pourrait **imaginer une sorte de mandatement généralisé du secteur associatif pour réaliser certains types de missions**.

4 - Cornelia Federkeil s'interroge sur l'évolution des rapports que vit au quotidien une mutuelle avec les collectivités publiques.

Devant le constat que la collectivité territoriale est devenue un acheteur, oublieux de l'originalité des SIEG, elle propose un **renouvellement du partenariat**, en prenant mieux en compte certains facteurs **d'originalité au-delà du prix**.

En reprenant trois mots-clés de l'exposé introductif de Nicole Alix : originalité, accès et innovation sociale, on pourrait dire que l'opérateur de services sociaux doit adapter son offre à la demande de la collectivité, qu'il doit être une source d'innovation dans la production et la gestion économique.

Or, tout le monde recherche surtout la sécurité juridique : les collectivités territoriales via les marchés publics, les opérateurs via un large mandatement.

L'innovation sociale devrait viser à répondre aux besoins des citoyens, et les acteurs de l'économie sociale recherchent la pérennité de l'action entreprise. **Comment s'engager sur la longue durée tout en visant l'innovation ?**

Elle préconise de mettre le projecteur sur certaines questions :

- la viabilité des entreprises sociales, comme l'entend aujourd'hui la Commission européenne une fois que les premiers « investisseurs » se retirent (qu'ils soient des investisseurs ou des fondations)
- l'accès de tous aux services dans une logique de pérennité de l'action
- l'outil, en l'occurrence le statut de Mutuelle européenne, au cœur de la pérennisation

⁴ Il va désormais falloir s'engager au respect des obligations sur les aides d'Etat pour pouvoir bénéficier des fonds Feder 2014-2020, conditionnalité ex-ante.

- une approche globale de l'intérêt général comme dans le projet de loi-cadre sur l'économie sociale et solidaire après l'avis du CESE.

5 - Philippe Herzog, sans conclure, apporte sa vision.

Il revient sur l'histoire du dossier et la nécessité d'en tirer des leçons. Les travaux et réactions du PE, le barrage des Etats membres derrière lesquels certains abritent leurs lignes de défense montrent qu'il faut travailler sur des cultures absolument différentes. On peut avoir des principes communs ; cependant, une approche sectorielle, qui doit rester prudente, est bien préférable à une approche globale, du type directive-cadre. Mettre les biens publics en avant plus que les SIG permet de contourner la difficulté inhérente au fait que c'est toujours un Etat-nation qui nomme le SIG.

Du point de vue de la méthode,

- il ne faut pas commencer par le droit et ne pas non plus séparer l'économique du non-économique, (ce qui est pourtant le cas depuis le traité de Rome), ou encore l'économique du social. Il faut une approche transversale ;
- l'approche « biens publics », par ailleurs, a un grand potentiel. En effet, d'une part, le besoin est grandissant et les domaines sont croissants (les exclus du numérique et ceux de l'eau, par exemple, sont des exclus tout court). D'autre part, les entreprises devront internaliser de plus en plus des obligations publiques (la formation, par exemple, qui est certes déjà développée, mais pas au profit de tous, ou encore la RSE) ;
- il ne peut y avoir de coupure entre public et privé ; il faut réinventer Polanyi. L'approche biens publics devient européenne et même mondiale, mais pas forcément sur la toile de fond des droits fondamentaux car on ne peut pas projeter les droits sociaux sur autrui, d'autres pays n'ayant pas forcément la même vision de la solidarité. C'est en repartant des besoins de la société qu'on mobilisera.

Philippe Herzog propose d'attaquer une série de fronts :

- du côté biens publics d'abord, car sans biens publics efficaces, il n'y a pas de croissance possible en Europe (on nierait toute l'histoire d'après-guerre) ;
- les difficultés du modèle social européen, à rénover ;
- les aspects du financement à long terme, ensuite (collectivités territoriales, entreprises, jeunes) ;
- sur le droit, identifier les sujets transversaux et par domaine qui restent à défricher (par exemple infrastructures et obligations de service public européennes) ;
- l'innovation sociale et donc l'efficacité sociale est également un bon levier si elle est envisagée par domaine (*toute la logique aide d'Etats est décalée sous l'angle de l'innovation sociale*) .
- Surtout, il faut ouvrir un front « entreprise », qui doit être vue comme une communauté d'hommes qui doit apporter sa contribution à l'intérêt général.

III - Débat et pistes pour la suite :

Ghislaine Hierso intervient, en citant plusieurs exemples (RSE, réflexion post-Rio, réunion récente sur la transition avec Jeremy Rifkin, ...) , pour rappeler l'importance de monter des alliances avec ceux qui travaillent sur les mêmes thèmes ou des thèmes voisins mais avec des approches différentes.

Michel Mercadier indique que la messe n'est pas dite sur l'entrepreneuriat social au niveau de l'UE ; plusieurs initiatives sont en projet. Il confirme, en rapport avec ce que les membres nationaux de la Plateforme sociale européenne lui font remonter, l'opportunité des échéances européennes de 2014, mentionnée par Nicole Alix dans son introduction, pour faire avancer le sujet, par exemple pour unifier la législation sur les SIEG. Il s'interroge sur l'impact de l'inclusion des régimes obligatoires de Sécurité sociale dans l'annexe de la directive marchés publics. S'agissant de l'horizon de travail, il informe les participants que la Social Platform prépare pour 2014 un Pacte social, qui déborde la question des SIEG ; il aimerait des concertations entre les acteurs.

Nicole Alix tente une première synthèse des débats pour réaction de la part des participants :

- personne autour de la table ne dit qu'il n'y a rien à faire ; c'est même le bon moment d'agir aussi bien du point de vue de l'agenda politique européen que de la pertinence grandissante du thème des biens publics ;
- on ne peut opposer les approches -économique, juridique, politique- ; il faut au contraire les unir, ce qui est, il faut le reconnaître, difficile ;
- on doit se poser la question de l'actualisation des 4 grandes catégories du rapport Herzog et voir comment chacun des "secteurs" peut avancer en se posant la question de savoir si son approche peut être pertinente pour d'autres ; pour certains, il y a peut-être des points à travailler en vue d'un futur traité ; pour d'autres non ;
- il faut donc avancer groupés ; mais comment ? C'est la question des alliances, qui vient d'être évoquée ;
- il faut se répartir le travail, mais sur la base d'une grille d'analyse qui reste à construire.

Jean-Claude Boual rappelle qu'un enjeu important est d'arriver à faire bouger les Etats-membres, en particulier leur gouvernement ; l'immobilisme européen puise sa source dans celui des Etats membres et dans une possible méconnaissance du sujet dans les nouveaux Etats membres. Ensuite, il insiste sur un renouvellement de l'argumentaire pour le rendre accessible aux Etats membres, aux sociétés civiles. Pour être opérationnel, il faut aller au-delà de la Commission et de l'intergroupe du PE. Il souligne qu'il ne faut pas oublier l'impact de ce qui se passe dans les pays tiers, notamment en termes de libéralisation des services publics, et de ce que recouvrent à ce sujet les accords bilatéraux UE-pays tiers.

Dans le fil des constats et propositions des participants, **Philippe Herzog** suggère d'élargir la réflexion du Groupe « Economie sociale et solidaire, cohésion et territoires » en incluant des représentants des collectivités territoriales et des entreprises. Il faudrait aussi retrouver les études comparatives sur les services publics dans les « nouveaux » Etats membres, qui avaient été réalisées au moment de leur adhésion. Il revient sur l'importance primordiale de l'approche « entreprises » et de l'innovation sociale. Enfin, il mentionne comme sujet « frontal », celui des aides d'Etat avec notamment la question des restructurations et des solutions de facilité à leur sujet actuellement à la mode.

Irina Boulin-Ghica relève un manque de coordination entre les différentes administrations d'un même pays et entre les pays. Elle s'interroge sur ce que pourrait être une "force critique".

A partir de son expérience du mouvement des "commons", **Frédéric Sultan** fait le point des alliances nouées entre acteurs, des mobilisations citoyennes organisées dans plusieurs pays sur la thématique de l'économie des biens communs comme système propre venant en renforcement des communautés et des réseaux. Ceux qui organisent des mobilisations citoyennes ne se choquent pas qu'on se serve du droit comme un levier. Il mentionne l'organisation à Berlin les 22-24 mai de la Conférence internationale et transdisciplinaire sur l'économie des biens communs, préparée par des ateliers dans diverses parties du monde. Un side-event devrait y rassembler des personnes qui ont travaillé sur les questions du droit des SIEG depuis des années avec les militants des commons, en les reliant aux modèles économiques.

Nicole Alix indique que Confrontations va analyser les apports intéressants de la réunion de ce jour et proposer ensuite les étapes suivantes, qui incluront un objectif raisonnable, un cadre de travail et un agenda tenant compte à la fois des ressources existantes et des forces et alliances possibles.

Philippe Herzog conclut en indiquant qu'il convient de donner la priorité à l'établissement d'une liste (limitée) de sujets à approfondir, les questions de « doctrine » ne pouvant intervenir qu'après.