

LE RÔLE DES AUTORITÉS PUBLIQUES DANS LA PROTECTION DES SSIG



analyse

Août 2008

Ariane Fontenelle
Directrice Pour la Solidarité

Les Services sociaux d'intérêt général (SSIG) sont des Services d'intérêt général (SIG) dont les prestations visent à garantir la cohésion sociale, à améliorer les conditions de vie des populations sans aucune forme de discrimination. Les Services sociaux d'intérêt général peuvent être prestés par l'Etat ou des organismes représentant la puissance publique et par des organisations de type privé telles que les entreprises de l'économie sociale. Un certain nombre de critères peut permettre de déterminer si un service social revêt un caractère d'intérêt général. La solidarité fait évidemment office de condition sine qua non à l'existence d'un SSIG mais elle n'est pas la seule. Le fait que les services s'adressent à des personnes dans le besoin, qu'ils fassent appel à des bénévoles, qu'ils n'imposent pas de conditions de solvabilité des bénéficiaires, tels sont des exemples de caractéristiques qui définissent les SSIG.

Les services sociaux d'intérêt général (SSIG) sont au cœur du modèle social européen. Ils contribuent fortement à la cohésion sociale et au bien-être des citoyens de l'Union. Parmi les Services sociaux d'intérêt général, on retrouve les services de santé, le logement social, la sécurité sociale, la protection sociale, la lutte contre la pauvreté, certains services à la personne, les soins à domicile, les services de l'emploi, l'insertion socioprofessionnelle, l'aide à la jeunesse,... Cependant, tous les services sociaux ne sont pas des services sociaux d'intérêt général ainsi ceux qui ont un but lucratif sont exclus de cette catégorie. Ainsi, il convient par exemple de faire une distinction entre les services prestés par les crèches collectives, qui sont considérés comme des SSIG, et ceux prestés par les crèches privées, qui ne le sont pas. Les crèches collectives sous statut associatif appliquent une tarification variable selon les familles, les crèches privées non.

La libéralisation européenne des services, qui a connu une phase d'accélération depuis la fameuse proposition de directive par le Commissaire européen Bolkestein, a des implications importantes pour le futur de ces services. Nous avons aujourd'hui atteint une nouvelle étape dans ce processus de libéralisation : la transposition de la directive relative aux services dans le marché intérieur ou directive « services »¹ dans la législation nationale des États membres. La directive est entrée en vigueur le 28 décembre 2006 et les États membres disposent d'un délai de transposition de trois ans, dont l'échéance a été fixée au 28 décembre 2009.

Ce processus de transposition pose un certain nombre de questions et des positions doivent être prises par différents acteurs - notamment institutionnels - pour limiter le plus possible un éventuel impact négatif pour l'avenir du secteur des prestataires de services sociaux d'intérêt général, issus notamment de l'économie sociale.

Comme nous l'avons vu dans un article précédent sur l'impact de la libéralisation européenne des services sur le secteur de l'économie sociale², l'Union européenne entend appliquer aux services

¹ (2006/123/CE)

² Cette analyse est téléchargeable sur le site Internet de SAW-B à l'adresse : <http://www.saw-b.be/EP/2007/A0705.pdf>

sociaux d'intérêt général le cadre de la directive service, à l'exception des matières ayant été exclues directement de son champ d'application. Les services prestés par les entreprises du secteur devraient être soumis aux mêmes règles de concurrence que les entreprises classiques. Cependant, le caractère d'intérêt général de ces services sociaux les place dans une position particulière notamment par rapport aux questions de leur financement, du mandatement, des aides d'État, etc. Ces questions essentielles sont au cœur des débats autour de la transposition de la directive en droit belge. Face aux enjeux en présence, on ne peut qu'encourager une véritable et profonde prise de conscience, un « activisme » et une mobilisation des acteurs de l'économie sociale.

L'intérêt général et les services sociaux : une protection face à la logique stricte de libéralisation ?

La défense et la promotion des missions d'intérêt général se sont développées lentement au sein de l'Union européenne mais de manière beaucoup plus consciente et rapide depuis le début des années 2000. Ainsi, le projet de nouveau Traité de Lisbonne (mis entre parenthèses depuis le non irlandais) affirme que « L'Union reconnaît et respecte l'accès aux services d'intérêt économique général tel qu'il est prévu par les législations et pratiques nationales, conformément au traité instituant la Communauté européenne, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union. » Un protocole spécifique aux services d'intérêt général est également annexé au projet de nouveau traité : le protocole n°9. Ce protocole définit notamment le cadre juridique entourant ces services d'intérêt général. Les principes sont :

- Le respect du principe de subsidiarité : les autorités nationales, régionales et locales disposent d'une grande marge de manœuvre dans la fourniture, la mise en service et l'organisation de ces services ;
- La prise en considération de la variété de services d'intérêt général et de la diversité de besoins des usagers (situations géographiques différentes, contexte social différent, etc.) ;
- La promotion d'un accès universel à des services de haute qualité.

On voit tout de suite le rôle central joué par les autorités publiques dans ce domaine car outre leur grande marge de manœuvre dans l'organisation des services, elles sont également responsables de la définition de l'intérêt général et des missions d'intérêt général. Cette place est cruciale pour l'avenir des services sociaux d'intérêt général prestés par les entreprises de l'économie sociale car l'échelon européen reconnaît le principe de primauté de l'accomplissement des missions d'intérêt général. En d'autres termes, des dérogations à l'application de certaines règles du Traité, notamment de concurrence et du marché intérieur, sont possibles.

Plus concrètement, la reconnaissance d'un service social presté par une entreprise de l'économie sociale comme service d'intérêt général par les autorités publiques belges permettrait non seulement de profiter des dérogations présentées ci-dessus mais également :

- De financer les missions d'intérêt général par subventions ou toute autre ressource publique à concurrence de 100% des coûts nets sans devoir les notifier préalablement à la Commission ;
- D'exclure les services sociaux du champ d'application de la directive sur les services dans le marché intérieur, du contrôle des régimes d'autorisation³ et de déroger à la libre prestation de service ;
- De mandater des opérateurs sociaux par concessions de service quand ces opérateurs sociaux assument une part de risque d'exploitation des services fournis⁴ ;
- De déroger à l'obligation d'appel d'offre en cas de marché public de services sociaux conformément aux dispositions de la directive communautaire sur les marchés publics de services.⁵

Cependant, les dérogations ne sont pas systématiques, les États membres sont tenus de suivre des règles bien précises. Premièrement, l'activation de la clause de primauté des missions d'intérêt général

³ Contrôle des critères ayant servi à l'établissement du régime.

⁴ Les concessions se distinguent des marchés publics par le transfert de la responsabilité d'exploitation qu'elles impliquent. En droit communautaire, nous sommes en présence d'une concession de services lorsque l'opérateur supporte les risques liés à l'établissement et à l'exploitation du service.

⁵ LE GUIDE SSIG des collectivités territoriales, Collectif SSIG-FR, Paris, Juillet 2008, p. 6.

ne permet pas de contourner les principes généraux du Traité tels que les principes de transparence⁶, de nécessité⁷, de proportionnalité⁸, de non-discrimination⁹. Deuxièmement, la qualification en service d'intérêt économique général suppose le respect des principes d'universalité¹⁰ et de continuité¹¹. Enfin, la règle du « contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation de la qualification en service d'intérêt économique général » a été mise en place. La Commission européenne sous le contrôle de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), peut à tout moment considérer qu'il y a erreur d'appréciation quant au caractère de réelle nécessité des besoins à satisfaire et dès lors décider qu'il n'y a pas lieu de reconnaître le service comme « service d'intérêt général ».

Ce dernier point est très important pour l'avenir des services sociaux d'intérêt général et met une nouvelle fois en lumière la nécessité d'avoir, pour les autorités publiques, une vision claire et précise de ces missions d'intérêt général¹² et également, les arguments forts en cas de conflit avec les autorités européennes. Les points de vue peuvent être très différents en la matière même entre la Commission européenne et la CJCE.

Les autorités publiques acteurs clés des SSIG et le mandatement

Comme nous venons de le voir, la meilleure protection pour les services sociaux, qui ne sont pas directement exclus de la directive « services » comme les services relatifs au logement social, à l'aide à l'enfance, à l'aide aux familles et aux personnes se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin, est d'être reconnu comme services permettant à l'autorité publique de réaliser au mieux ses missions d'intérêt général.

Les missions d'intérêt général peuvent être directement prestées par l'autorité publique ou au travers du mandatement d'entreprises. Cette question du mandatement est aujourd'hui au cœur des débats. Depuis les évolutions de la directive « services » et l'approfondissement de la libéralisation des services, on prend de plus en plus conscience que seules les décisions des autorités publiques nationales pourront garantir l'avenir de services sociaux tels que l'insertion socioprofessionnelle, la lutte contre les exclusions ou encore les services à la personne.

Plus concrètement, les autorités publiques, quelles soient fédérale, régionales, communautaires ou locales qui donnaient des subventions aux entreprises de l'économie sociale dans leurs domaines spécifiques, devront à présent mandater ces entreprises selon des règles strictes. Comme il a déjà été dit précédemment, une erreur d'appréciation du caractère d'intérêt général pourrait avoir des conséquences importantes pour les prestataires de services.

Une des premières règles pour les autorités publiques est donc de désigner au moyen d'un acte officiel une ou plusieurs entreprises chargées de prêter des services, dont la prestation même équivaut à une mission d'intérêt général. L'acte officiel n'est pas le seul critère pour qu'une entreprise puisse prêter des services sociaux qualifiés d'intérêt général. D'autres éléments sont le caractère de nécessité du besoin à satisfaire, le caractère particulier de la mission impartie découlant de ce caractère de nécessité du besoin à satisfaire et enfin, le caractère obligatoire de la fourniture du service.

Ces quatre critères : la nécessité, le caractère particulier de la mission, l'obligation de fournir le service à tout usager qui en fait la demande et l'acte officiel de mandatement de l'entreprise chargée de, sont constitutifs d'un service d'intérêt général. Selon la Cour de Justice des Communautés européennes,

⁶ Obligation pour le pouvoir adjudicateur de garantir un degré de publicité adéquat en faveur de tout soumissionnaire potentiel.

⁷ L'Etat membre doit montrer que, sans cette aide, le projet n'aurait pas pu se réaliser.

⁸ Le montant et l'intensité de l'aide, notamment, doivent être limités au minimum requis pour que le projet visé par l'aide puisse être mené.

⁹ Non discrimination entre entreprises de l'Union européenne lorsque les autorités publiques organisent un service public sous forme de concession et non discrimination au niveau des utilisateurs des services.

¹⁰ L'accès de tous les citoyens et entreprises à des services d'intérêt général de qualité et abordables sur l'ensemble du territoire des Etats membres.

¹¹ Le service d'intérêt général doit être presté de manière continue.

¹² Selon l'arrêt BUPA (T283/03), « la responsabilité de décider quel service doit être considéré comme un service d'intérêt général et comment il doit fonctionner incombe en premier lieu à l'échelon local. »

« L'Etat peut estimer que, pour des considérations générales de politique sociale et de santé, ledit service répond à un besoin réel d'une grande partie de la population et le rend dès lors accessible par une obligation de contracter imposée par le fournisseur dudit service ». Pour la Commission européenne, « Un prestataire chargé par l'Etat de l'obligation de prester un service, par exemple à l'issue d'un marché public ou par le biais d'une concession de services, pourra être considéré comme un prestataire « mandaté » par l'Etat au sens de la directive « services » ».13 Ainsi, toujours selon la Commission européenne, « une entreprise de formation chargée par délibération officielle d'une autorité publique régionale de la gestion par concession de services, d'un service social d'intérêt général de formation professionnelle ne pourra être considérée comme un prestataire « mandaté » au sens de l'article 2, paragraphe 2, point j de la directive « services » que dans la mesure où l'entreprise en question à l'obligation de fournir un tel service.[...] En outre, [...] le service de formation professionnelle presté par un prestataire mandaté par l'Etat ne pourra être considéré comme étant un service exclu du champ de la directive « services » que s'il s'adresse aux « personnes qui se trouvent de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin particulière en raison de l'insuffisance de leurs revenus familiaux, ou d'un manque total ou partiel d'indépendance » ou aux personnes « qui risquent d'être marginalisées », comme par exemple les chômeurs. »14 Ces quelques éléments permettent de donner des réponses claires à des questions que beaucoup de structures se posent.

Cependant, que se passera-t-il pour les services sociaux qui ne satisferont pas les quatre critères constitutifs d'un service d'intérêt général ? La réponse est simple, en l'absence de ces quatre critères, le service social ne sera pas considéré comme un service d'intérêt général mais bien comme un service relevant d'une activité économique classique. Les règles du Traité s'imposeront automatiquement telles que les règles de concurrence et du marché intérieur tant en matière de liberté de prestation que d'établissement. De même, les aides d'Etat seront interdites selon les dispositions prévues par le Traité. Tous ces éléments auront des impacts pour les prestataires de services sociaux tant en termes de concurrence nouvelle que de perte de financement, de subventions.

Conclusions

Depuis la proposition de directive « Bolkestein » et les discussions caricaturales autour du « plombier polonais », nous remarquons que le débat a fortement évolué sur la question de la libéralisation européenne des services et de son impact sur certains secteurs dont l'économie sociale. Les services sociaux d'intérêt général sont au cœur du débat. L'absence d'un cadre juridique propre laisse un flou autour de ces services, certains sont exclus de la directive « services », d'autres non. Nous sommes maintenant arrivés dans la période de transposition de la directive « services » dans la législation nationale des Etats membres et en quelque sorte, nous pouvons affirmer que la balle est maintenant dans le camp des autorités à tous les niveaux de pouvoir (fédéral, régions, communautés, provinces et communes). Ces acteurs sont cruciaux pour la protection des services sociaux face aux forces du marché. Au travers du processus de mandatement, ils permettront de maintenir des services sociaux de qualité, respectant les usagers et un accès universel. Cependant, leurs marges de manœuvre sont limitées par certaines règles européennes et l'erreur d'interprétation de la qualification de missions d'intérêt général n'est pas permise sous peine de mettre l'avenir du secteur en péril. Les autorités publiques ont dès lors une grande responsabilité à suivre les développements européens et les règles pour ne pas commettre d'erreur. De plus, les autorités publiques devront bien réfléchir à mandater les entreprises, à définir les missions, etc.

Pour les entreprises de l'économie sociale, dont les services sociaux prestés ne sont pas considérés comme d'intérêt général, les autorités publiques pourront également jouer un rôle important dans la mise en œuvre des appels d'offre. Comme les prestataires de services issus de l'économie sociale seront confrontés à une concurrence d'entreprises plus classiques, ils devront fournir l'offre la plus intéressante tant en termes de qualité que de prix. Les autorités auront alors un rôle clé à jouer dans l'utilisation de clauses sociales, éthiques ou environnementales.

¹³ Réponse donnée par M. McCreevy au nom de la Commission européenne (25.4.2008) aux questions posées par M. Harlem Désir (PSE)

¹⁴ Union sociale pour l'Habitat, *L'application du droit communautaire aux services sociaux, Premiers éléments de clarification obtenus dans le cadre de la hotline de la Commission européenne et de questions parlementaires*, Mars 2008.

Tous ces développements nous poussent une nouvelle fois à faire le constat suivant : la libéralisation européenne des services aura des impacts importants pour le secteur de l'économie sociale et les statuts de mutuelle, d'association ou de coopérative ne protégeront pas ces entreprises. Seul le caractère de missions d'intérêt général pourra leur permettre d'être directement mandatées par une autorité publique. Dans le cas contraire, elles seront confrontées aux forces et logiques du marché, à la concurrence. Ces entreprises, si elles ne se préparent pas à entrer dans la logique des réponses aux appels d'offre, risquent de perdre des montants conséquents de revenus, de subventions. Aujourd'hui, en ces temps de transposition de la directive, il est nécessaire de faire réaliser aux autorités publiques, qui n'en seraient pas encore conscientes, qu'elles ont une grande responsabilité sur leurs épaules : l'avenir du secteur de l'économie sociale.

Quant aux entreprises de l'économie sociale, elles peuvent commencer à influencer les autorités belges dans le cadre du processus de transposition de la directive dans la législation belge. Ce processus de transposition est en cours et devra être effectif pour le 28 décembre 2009. Il est actuellement dans sa première phase : le screening de la réglementation (la confrontation de la législation belge par rapport aux dispositions de la directive européenne). D'autres points seront également traités par les autorités belges tels que la simplification administrative, la coopération administrative et les obligations en matière de qualité des services. C'est dans cette première phase : le screening, qu'il convient pour les organisations de l'économie sociale d'intervenir pour informer les autorités sur les enjeux et orienter leurs décisions afin d'éviter des conséquences fâcheuses pour le secteur, notamment l'accès aux sources de financement de leurs activités.

Bibliographie

- Arrêt BUPA (T283/03) de la Cour de justice des Communautés européennes ;
- LE GUIDE SSIG des collectivités territoriales, Collectif SSIG-FR, Paris, Juillet 2008 ;
- Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen, COM 2007 725 du 20 novembre 2007 ;
- Mettre en oeuvre le programme communautaire de Lisbonne : les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne, COM 2006 177 du 26 avril 2006 ;
- Questions fréquemment posées relatives à l'application des règles des marchés publics aux services sociaux d'intérêt général, SEC 2007 1514 du 20 novembre 2007 ;
- Questions fréquemment posées relatives à la décision de la Commission du 28 novembre 2005 sur l'application de l'article 86(2) du traité CE aux aides d'Etat sous la forme de compensations de service public accordées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, et l'encadrement communautaire des aides d'Etat sous forme de compensations de service public, SEC 2007 1516 du 20 novembre 2007 ;
- Union sociale pour l'Habitat, L'application du droit communautaire aux services sociaux, Premiers éléments de clarification obtenus dans le cadre de la hotline de la Commission européenne et de questions parlementaires, Mars 2008.