

# Quel cadre juridique européen pour les services sociaux d'intérêt général ?

Avis du Conseil économique et social  
présenté par **M. Frédéric Pascal**  
rapporteur au nom de la section des affaires sociales

---

## INTRODUCTION

Alors que la France s'apprête à présider le Conseil de l'Union européenne et que le traité de Lisbonne est en voie de ratification dans les États membres, le débat sur l'encadrement au niveau communautaire des Services sociaux d'intérêt général (SSIG) est au cœur de l'actualité. La communication sur les Services d'intérêt général (SIG) de la Commission du 7 novembre 2007 a fermé la porte à l'adoption à court terme d'un cadre réglementaire permettant de clarifier les conditions de fonctionnement des services sociaux d'intérêt général. Cette communication a suscité critiques et déceptions chez la plupart des acteurs engagés depuis des années dans une démarche visant à faire reconnaître le rôle des services sociaux et leur place parmi les objectifs fondamentaux de la construction européenne. Pourtant, dans le même temps et en sens inverse, le traité de Lisbonne dessine une avancée significative en matière de reconnaissance des Services d'intérêt économique général (SIEG) : l'article 14 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne fournit une base juridique pour l'adoption de règlements visant à clarifier les principes et les conditions de leur fonctionnement. Le Parlement et le Conseil européens acquièrent de nouvelles prérogatives, ce qui représente un progrès démocratique important. Il reste cependant indispensable que la Commission, qui a le monopole de l'initiative dans ce domaine, fasse des propositions. Le Conseil et le Parlement auront une base juridique incontestable pour l'inciter à proposer des textes sur les SIEG. En outre, la notion de service d'intérêt général au sens large fait son entrée dans le droit primaire par le biais du protocole n° 9 annexé au traité qui a la même valeur juridique que ce dernier.

Après quatre années de réflexions et de débats sur les services d'intérêt général, depuis l'acte fondateur du Livre blanc de 2004, le processus communautaire

se trouve en quelque sorte au milieu du gué. C'est à cet égard que la présidence du Conseil de l'Union européenne par la France constitue une occasion : celle de contribuer à clarifier la situation des services sociaux au niveau communautaire. Elle pourra s'appuyer sur le nouveau traité et aussi sur le fait qu'il est devenu difficile de nier les inconvénients d'un traitement au cas par cas, par la Cour de justice des communautés européennes, des difficultés rencontrées dans la mise en oeuvre du droit en vigueur, d'où l'intérêt de lui fournir un cadre plus précis.

La question fondamentale est de savoir comment réserver dans l'Union une place légitime et utile aux services sociaux entre le « tout public non économique » exclu des règles du marché intérieur et de la concurrence, et le « tout marchand » qui est au cœur des règles du marché unique. Les services sociaux interviennent dans le champ économique pour mieux accomplir leurs missions de construction de cohésion sociale fondées sur la solidarité. Ils créent du lien social avec l'ensemble des populations concernées pour les aider à prendre en charge leur propre vie et ceci dans les domaines les plus variés comme la santé, le logement, l'emploi, l'éducation, la formation, les services liés au handicap, au vieillissement, à l'inclusion sociale, au sport, au tourisme social, etc. Ces services sociaux participent au quotidien à la qualité de vie et au bien-être des citoyens.

Le secteur public, les associations, les mutuelles n'ont pas le monopole des services sociaux. De plus en plus, le secteur lucratif est présent. Il est lui-aussi capable d'offrir, quand il y a un marché, le même service social avec efficacité et, dans ce cas, il assure une mission d'intérêt général s'il respecte les conditions prévues par les pouvoirs publics. Cependant, il obéit à un modèle économique et financier différent et s'intéresse surtout aux marchés solvables.

Le présent avis du Conseil économique et social se situe dans ce contexte de paradoxes et d'opportunités. Après avoir établi un panorama des services sociaux d'intérêt général tant en France que dans l'Union, il expose un certain nombre de préconisations relatives à de souhaitables initiatives françaises qui pourraient être adoptées dans le cadre de la prochaine présidence, et poursuivies par les présidences tchèque et suédoise qui suivront, d'une part et des mesures d'adaptation du droit français aux règles communautaires d'autre part.

## CADRAGE GÉNÉRAL

### Les services sociaux d'intérêt général : de quoi parle-t-on ?

#### *Un champ foisonnant et hétérogène en profonde transformation*

Définir le champ couvert par les services sociaux d'intérêt général n'est pas chose aisée. Il est difficile d'appréhender le contour précis de leurs domaines d'intervention, contrairement aux services en réseau (poste, télécommunications, transport, énergie). À tous points de vue, ce sont la diversité et l'hétérogénéité qui caractérisent le paysage des services sociaux.

Le terme « services sociaux d'intérêt général » est apparu tardivement dans le langage communautaire. Il ne figure pour l'instant ni dans le droit primaire ni dans le droit dérivé de l'Union européenne, contrairement aux notions de Services d'intérêt économique général (SIEG) et de Services non économiques d'intérêt général (SNEIG). La notion des SIEG figure dans le traité instituant la Communauté européenne aux articles 16 et 86-2. L'article 16 énonce une approche positive et non dérogoire de la place des SIEG dans le droit communautaire, tandis que l'article 86-2 vise la conciliation des règles de la concurrence et l'accomplissement des missions d'intérêt général : « Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de la concurrence, dans la limite où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. » Les SIEG figurent aussi à l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux, adoptée en 2000 lors du sommet de Nice : « 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 aux traités, afin de promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union. » La notion de services non économiques d'intérêt général a été introduite récemment par le biais d'un protocole annexé au traité de Lisbonne.

Dans un avis de 2001, intitulé *Les services sociaux privés à buts non lucratifs dans le contexte des services d'intérêt général en Europe*, dont le rapporteur était Jean-Michel Bloch-Lainé, le Comité économique et social européen lançait une réflexion sur la spécificité des services sociaux et réclamait une clarification de la part de la Commission.

C'est la Commission qui a consacré la notion de services sociaux d'intérêt général dans son livre blanc de 2004 (COM 374 du 12 avril 2004 : *Livre blanc sur les services d'intérêt général*) qui en faisait une sous-catégorie des services d'intérêt général. Les SIG peuvent être définis comme des services qui répondent à des

besoins économiques et sociaux et qui sont assujettis à des obligations de service public, l'identité de l'opérateur pouvant être publique ou privée, à but lucratif ou non lucratif. La communication de 2006 avait comme objet spécifique les services sociaux d'intérêt général (COM 177 final du 26 avril 2006 : *Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne - Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne*). La Commission y distingue deux grandes catégories de services sociaux d'intérêt général : les régimes légaux et complémentaires de protection sociale couvrant les risques fondamentaux de la vie et les services prestés directement à la personne dans les domaines de l'inclusion sociale, la formation professionnelle, le handicap, le logement social, les soins aux plus jeunes et aux personnes âgées. Il faut noter que la Commission ne distingue pas les services en fonction du mode d'organisation de l'activité ni du statut des organismes, mais en fonction du type d'activité et des publics visés. Comme pour les services d'intérêt général au sens large, c'est la nature des missions qui est privilégiée par la Commission, non le statut public ou privé des organismes chargés d'accomplir ces missions. De leur côté, les services de santé font depuis deux ans l'objet d'un traitement spécifique de la part de la Commission. Ils ont en effet été sortis du champ de la communication d'avril 2006 sur les SSIG au motif que dans la foulée du vote de la directive services, une initiative sectorielle allait leur être dédiée afin de régler les problèmes se posant spécifiquement à leur secteur, en particulier ceux ayant trait à la mobilité des patients et aux conditions de leur prise en charge au sein de l'espace communautaire. Mais alors même que ce projet de directive n'est toujours pas rendu public face aux difficultés soulevées par l'exercice, nombre d'acteurs s'accordent à dire que cette séparation ne va pas sans poser de questions, notamment parce que le secteur médico-social en France risquerait de relever à terme de deux types de réglementations communautaires.

Le champ qui correspond, en France, aux services sociaux tels que définis par la Commission est également vaste et caractérisé par la grande diversité des instruments législatifs ou réglementaires, destinés à en assurer la régulation et l'encadrement. Ce morcellement est en partie le reflet de l'histoire de la construction de chaque secteur et de l'engagement, plus ou moins marqué, plus ou moins précoce, de la puissance publique dans la régulation de missions assumées au départ par les acteurs de la société civile.

La liste des services sociaux d'intérêt général en France est composée des éléments suivants :

- secteur de la protection sociale obligatoire et complémentaire : Codes de la sécurité sociale et de la mutualité ;
- secteur social et médico-social : régulé par la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002

codifiée dans le Code de l'action sociale et des familles ;

– secteur des services à la personne : régulé par la loi n° 2005-841 du 26 juillet 2005 codifiée partiellement dans le Code du travail et dans le Code de l'action sociale et des familles ;

– secteur des services d'aide et d'accompagnement à domicile intervenant en direction des publics fragiles qui est soumis à une réglementation qui dépend soit de la loi du 2 janvier 2002, soit de celle du 26 juillet 2005 ;

– secteur de l'insertion par l'activité économique : régulé par les lois du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre l'exclusion et de cohésion sociale du 18 janvier 2005, codifiées dans le Code du travail ;

– secteur de l'emploi et de la formation qui a fait l'objet de nombreuses lois depuis 1971, codifiées dans le Code du travail ;

– secteur du logement social dont la réglementation est codifiée dans le Code de la construction et de l'habitat ;

– secteur de la petite enfance (accueil collectif et individuel) qui fait l'objet de la loi du 27 juin 2005 relative aux assistants maternels et familiaux (Code du travail) et du décret du 20 février 2007 ;

– secteur de la protection de l'enfance en danger et de la prise en charge de l'enfance délinquante : régulé par la loi du 6 janvier 1986 et le décret du 5 mars 2003 ;

– secteur de la jeunesse, du sport et de l'éducation populaire : régulé par la loi du 17 juillet 2001 et par une série de textes réglementaires ;

– secteur du tourisme social : régulé par la loi du 17 juillet 2001.

À la variété des missions et des textes législatifs, s'ajoute la grande diversité des acteurs intervenant, directement ou indirectement, dans le domaine social : État, collectivités locales, associations, fondations, mutuelles, syndicats, entreprises publiques, entreprises privées à but lucratif et organismes de protection sociale. Ce foisonnement des acteurs est une caractéristique majeure des services sociaux dès leur origine. La place du secteur associatif est généralement importante, mais elle varie sensiblement d'un secteur à l'autre et la part respective des différents intervenants n'est pas stable dans le temps. À titre d'exemple, l'activité des entreprises privées à but lucratif prestataires de services à la personne a fortement progressé en 2005 (+ 56 %). Elles sont aujourd'hui plus d'un millier même si les associations réalisent plus de 80 % de l'activité du secteur (Insee Premières, *Les services à la personne en 2005 : poussée des entreprises privées*, mai 2007, n° 20.1). Le secteur de l'hébergement des personnes âgées est de plus en plus investi par le secteur privé à but lucratif. En revanche, le secteur de la prise en charge des enfants et des adultes handicapés est peu investi par le secteur mar-

chand : autorités publiques et associations sont depuis toujours fortement majoritaires, sans évolution notable à ce jour. Il en va de même pour le secteur de la petite enfance en matière d'accueil collectif : malgré l'insuffisance de l'offre, les structures sont gérées dans leur très grande majorité par les communes ou les associations (Cnaf, *L'accueil du jeune enfant en 2006, données statistiques*, données issues de la Drees, de l'Insee, de la Mutualité sociale agricole (MSA) et du ministère de l'Éducation nationale).

Vaste, hétérogène dans ses missions et dans le statut des intervenants, le secteur des services sociaux est en pleine mutation. Il a récemment fait l'objet d'une modernisation qui mérite d'être soulignée car elle modifie le paysage du social en France. La loi 2002-2 du 2 janvier 2002 relative au secteur social et médico-social est à cet égard exemplaire. Elle rénove et unifie le régime d'autorisation auquel sont soumis les établissements, aussi bien gérés par le secteur public que par le secteur privé lucratif et non lucratif. Elle confère des droits nouveaux aux usagers, met en route une logique d'évaluation et insiste sur la qualification des intervenants dans l'ensemble du secteur. La loi de 2005 sur les services à la personne est un autre exemple significatif. Elle vise à développer l'offre en multipliant les modalités d'intervention des organismes (mode prestataire, mandataire, gré à gré), et en innovant quant aux modes d'action de la puissance publique (chèque emploi service universel, Agence nationale des services à la personne). En ce qui concerne le secteur de la perte d'autonomie, des innovations majeures sont également intervenues : création de l'allocation personnalisée d'autonomie, volonté affichée de concilier le libre choix entre maintien à domicile et entrée en établissement, création de la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie.

Dans ces secteurs, le processus de réformes est toujours en cours et, évidemment, la recherche de la qualité n'est pas parvenue à son terme : néanmoins, il est possible d'affirmer que le champ des services sociaux a subi une récente et profonde transformation, réclamée à la fois par les usagers et par les professionnels. L'approfondissement de la décentralisation a accompagné ce processus de changement et l'a certainement amplifié : la logique de proximité et le sur-mesure sont désormais des critères dominants dans la définition et la gestion des services sociaux, ce qui n'était pas toujours le cas auparavant. Le droit communautaire a joué un rôle dans cette modernisation, en diffusant, par le biais notamment de la méthode ouverte de coordination, la logique de l'évaluation et la recherche d'indicateurs pertinents pour mesurer la qualité des services et établir une comparaison entre différents opérateurs. Ainsi, la loi de 2002 relative aux services et établissements sociaux et médico-sociaux a créé un Conseil national de l'évaluation sociale et médico-sociale (devenu Agence nationale d'évaluation sociale et

médico-sociale) qui a un rôle de diffusion des bonnes pratiques, de choix en matière d'organismes évaluateurs, de promotion de la culture de l'évaluation et d'évaluation des établissements et services expérimentaux.

La transformation des services sociaux, leur modernisation récente constituent une incitation à agir au niveau européen : l'objectif est de parvenir à définir un cadre communautaire adapté au développement des services sociaux. Celui-ci devra permettre de prolonger les évolutions en cours, sans remettre en cause les réformes déjà entreprises et sans fragiliser des acteurs historiques qui ont su s'adapter à un contexte évolutif et à une complexité normative croissante.

### ***Les modes de financement des services sociaux d'intérêt général***

En 2006, le montant total des prestations de protection sociale s'est élevé à 526 milliards d'euros soit 29,4 % du produit intérieur brut français.

Les régimes d'assurances sociales (les régimes de sécurité sociale, l'assurance chômage et les régimes directs des employeurs publics) versent 80 % des prestations (425 Md€).

Le reste est assuré par les régimes d'employeurs publics et privés extralégaux (13 Md€), les régimes de la mutualité, de la retraite supplémentaire et de la prévoyance (23 Md€), les régimes d'intervention sociale des administrations publiques (56,6 Md€) et enfin par les régimes d'intervention sociale des instituts sans but lucratif au service des ménages (8,2 M€).

Dans cet ensemble, il est difficile de définir ce qui relève expressément du champ des SsiG.

Une approximation peut être faite à partir du total des dépenses d'action sociale que l'on peut définir comme « l'ensemble des prestations autres que les assurances sociales ». Le montant des dépenses consacrées à l'action sociale avoisinait les 102 Md€ en 2004. Pour 2006, si l'on conserve cette même répartition entre action sociale et assurance sociale, on obtient un montant de l'ordre de 111 Md€.

Les financeurs de l'action sociale sont multiples. Pour s'en rendre compte, on peut prendre l'exemple des associations intervenant dans ce champ. Sur les 21,5 Md€ de financement des associations de la santé et du social, on constate une répartition entre 1/3 de financements privés (cotisations, dons et mécénat, recettes d'activités privées) et 2/3 de financements publics. Parmi ces derniers, les principaux financeurs sont l'État (17,7 %), les départements (17 %), les organismes sociaux (15 %) et les communes (10,7 %) d'après les travaux de Viviane Tchernonog, chercheur au CNRS.

Traditionnellement en France, le mode contractuel de relation entre les collectivités publiques et les prestataires est régi par deux modalités principales :

- la convention d'objectifs avec subventionnement ;
- un cadre de création d'activité fixé par une loi (ex : loi 2002-2 pour le secteur social et médico-social).

Ces deux modalités s'inscrivent dans une logique de promotion de l'initiative du prestataire qui présente un projet.

La subvention constitue un mode important de soutien financier des services sociaux d'intérêt général. La décision d'attribuer un soutien financier à une structure sous la forme de subvention appartient à l'autorité publique qui en définit le montant et les conditions de renouvellement. En particulier, elle s'attache à faire en sorte que soit respectée une proportionnalité entre le service rendu et le montant de l'aide attribuée. La subvention, en tant que mode de financement, se distingue de l'aide et de l'incitation fiscales attribuées à la structure et de l'aide directe à la personne qui vise à solvabiliser la demande de services. La subvention ne se confond ni avec une commande publique suite à un appel d'offres défini par le Code des marchés publics ni avec une délégation de service public définie par la loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier du 11 décembre 2001.

Cependant, la logique de promotion de l'initiative privée est progressivement contrecarrée par une nouvelle logique, celle de la mise en concurrence des opérateurs dans le cadre des appels d'offres, qui devient le mode contractuel de droit commun. Dans ce dernier cas, c'est la collectivité publique qui a la maîtrise de la commande et des conditions de réalisation du projet.

Le développement de cette nouvelle logique concerne les domaines d'activité dans le secteur de l'insertion par l'activité économique, de la petite enfance, de la formation, de la jeunesse et de l'éducation populaire. En outre, il existe aussi une tendance à mettre en concurrence les services sociaux sur le champ de la subvention, dans le cadre « d'appels à projets », ce qui crée une confusion avec le Code des marchés publics.

Il manque aujourd'hui au niveau national un outil juridique adapté permettant de tels financements sans ambiguïté. La seule définition juridique de la subvention, hors de la jurisprudence, se trouve dans la circulaire de mise en oeuvre du Code des marchés publics, ce qui peut paraître paradoxal.

### ***Une hétérogénéité retrouvée au niveau communautaire***

Les services sociaux des États ne connaissent pas tous le même degré de développement car la construction des systèmes sociaux des États membres est le fruit de valeurs et de traditions propres à chaque pays. Mais ils poursuivent tous un



même objectif : promouvoir la cohésion sociale et territoriale en offrant des services de qualité accessibles à tous les citoyens, dont la situation de fragilité le nécessite. Ce qui sous-tend ces services destinés à assurer la cohésion sociale est une certaine idée de la solidarité. Celle-ci est fondée sur un accès universel aux prestations indépendamment de la contribution de chacun. Dans ce sens, la solidarité n'est pas seulement un moyen pour venir en aide aux plus défavorisés, elle est aussi un objectif au service de la cohésion sociale.

Dans un rapport sur les services sociaux en Europe, le Conseil de l'Europe détermine quatre secteurs de services sociaux :

- le secteur informel qui concerne toutes les formes d'aides à la personne fournies gratuitement dans un cadre familial ;
- le secteur volontaire à but non lucratif qui est composé des associations, des fondations et, en France, des mutuelles ;
- le secteur public qui regroupe les services fournis par l'État, les collectivités territoriales et, en France, les organismes de sécurité sociale ;
- le secteur à but lucratif qui rassemble des prestataires de services dégageant des revenus ou des bénéfices distribuables.

S'appuyant sur les travaux des sociologues A. Antonnen et J. Sipilä, le Conseil de l'Europe définit quatre modèles de services sociaux en Europe : le modèle nordique, le modèle de solidarité familiale, le modèle beveridgien, le modèle dit de la « subsidiarité ».

Le modèle nordique (Danemark, Finlande, Norvège, Suède) repose sur le principe de la protection pour tous. Les services s'adressant à un public vulnérable sont d'accès facile et financés par des impôts. Les autorités locales jouent un rôle essentiel dans la planification et la fourniture des services sociaux. La participation des associations est assez limitée et le rôle des prestataires à but lucratif est réduit. Toutefois, ce modèle a évolué sous l'influence de facteurs économiques et politiques. Les prestations fournies par les associations se développent dans le cadre d'une politique visant à diversifier les prestataires d'aide sociale.

Dans le modèle de solidarité familiale (Espagne, Grèce, Italie, Portugal), dominent la responsabilité des familles et le rôle de certaines associations établies de longue date. La fourniture des services par l'État est réduite. Le rôle central qui est accordé à la famille a pour contrepartie un développement moindre des services, comme les crèches par exemple.

Le modèle beveridgien (Royaume-Uni essentiellement) accorde une place importante à la fourniture directe de services. Les prestataires de services à but lucratif et les associations jouent un rôle croissant. L'État passe des accords de

sous-traitance, sur la base d'un cahier des charges, avec des prestataires de services et cible les services sur les usagers les plus dépendants ou sur les personnes à faibles revenus. À titre d'exemple, les services sociaux des autorités locales sont chargés d'évaluer les besoins des personnes âgées. Ils achètent des services à des prestataires, le plus souvent privés. Ces services sociaux sont financés par les autorités locales et le service public de santé (NHS). Ce modèle repose sur la privatisation des services dans la mesure où il fait appel à des organisations à but lucratif, notamment en ce qui concerne les maisons d'accueil pour personnes âgées.

Dans le modèle dit de la « subsidiarité » (Allemagne, Autriche, Belgique, France, Pays-Bas), les services sont fournis principalement par des structures à but non lucratif financées essentiellement par l'État. La famille exerce également une très forte responsabilité. Ces services ont une vocation universelle : ils s'adressent, la plupart du temps, à toute la population au nom de la mixité sociale. Cependant, il existe des différences importantes entre pays.

De manière générale, il existe des différences entre les États quant aux principes fondant l'existence des services sociaux. Ainsi, deux tendances s'opposent. Pour certains, comme le Royaume-Uni, le financement public des services sociaux doit rester limité. Pour d'autres, comme les pays scandinaves, l'investissement public dans des services sociaux accessibles à tous bénéficie à moyen et long terme à l'ensemble de la société.

Le débat sur les services d'intérêt général, les services d'intérêt économique général et les services sociaux d'intérêt général révèle les ambiguïtés du concept d'Europe sociale et sa difficile coexistence avec les règles du marché intérieur.

### ***Un domaine de responsabilité partagée entre l'Union européenne et les États membres***

Dès l'origine de la construction européenne, les questions sociales sont le domaine par excellence de l'application du principe de subsidiarité. Celui-ci exige que l'Union européenne intervienne uniquement dans les domaines où il existe une question d'intérêt commun et que les moyens communautaires soient proportionnés aux objectifs à atteindre. Depuis le livre blanc de 2004, la Commission européenne a sans cesse réaffirmé l'application pleine et entière du principe de subsidiarité aux services d'intérêt général et aux services sociaux d'intérêt général. Dans sa communication de 2006, la Commission rappelle que « les États membres sont libres de définir ce qu'ils entendent par services d'intérêt économique général, ou en particulier par services sociaux d'intérêt général. Au sein des États membres, ce sont les pouvoirs publics, à l'échelon approprié, qui définissent les obligations et les missions d'intérêt général de ces services ainsi que leurs principes d'organisation ».

Le protocole annexé au traité de Lisbonne a conforté le principe de subsidiarité en matière de services d'intérêt économique général dans le droit primaire. Il réaffirme « le rôle essentiel et le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales pour fournir, faire exécuter et organiser les services d'intérêt économique général d'une manière qui réponde autant que possible aux besoins des utilisateurs ». L'introduction de ce protocole dans le traité de Lisbonne fait suite à une réponse de la Commission européenne relative à une notification du gouvernement néerlandais des aides attribuées par l'État en matière de logement social. La Commission y avait indiqué que le caractère d'intérêt général de l'activité devait avoir un rapport avec l'accès au logement des plus défavorisés tandis que le gouvernement néerlandais n'entendait pas réserver le logement social aux personnes ayant de faibles ressources. L'enjeu que recouvre le protocole est donc la liberté des États de définir au niveau national, sans ingérence du niveau communautaire, le contenu des missions d'intérêt général qu'ils confient à certains prestataires. Il est encore trop tôt pour mesurer les conséquences qu'emportera ce protocole sur les décisions de la Commission, du Conseil et du Parlement européen ainsi que de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE). On peut se demander en particulier s'il modifiera (et si oui, comment) les conditions dans lesquelles la Commission fait usage de la notion d'erreur manifeste en matière de qualification de missions d'intérêt général, à l'égard des États membres. Dans le cadre de son contrôle des modalités de financement du logement social aux Pays-Bas, la Commission avait en effet considéré que la qualification par le gouvernement néerlandais du logement social comme service d'intérêt général relevait d'une « erreur manifeste de qualification », remettant en cause non seulement le système de financement mais encore la définition même du contenu des missions de service public par un État membre. En novembre 2007, la Commission s'est appuyée sur l'inclusion du protocole dans le traité pour justifier le renoncement dans l'immédiat à l'élaboration d'un cadre juridique pour les SSIG, alors que le Parlement européen par le biais du rapport Hasse-Feirerra réclamait ce cadre.

Le respect du principe de subsidiarité est régulièrement mis en avant par les opposants à l'adoption d'un cadre juridique communautaire relatif aux services d'intérêt général et/ou aux services sociaux d'intérêt général. Deux arguments sont utilisés à cet effet :

– l'adoption d'un cadre communautaire risque de mettre en péril la liberté des États membres de mettre en œuvre les services sociaux d'une manière adaptée aux besoins des usagers et aux spécificités culturelles et géographiques de chaque pays ;

– le domaine des services d'intérêt général ne présente pas de dimension européenne évidente qui justifie une intervention de niveau communautaire.

Ces deux arguments doivent être relativisés à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice et des communications de la Commission.

Celles-ci établissent d'une part que les pouvoirs publics conservent la pleine maîtrise de ce qu'ils entendent définir comme obligations et missions de service public à l'échelon (national ou local) qu'ils jugent approprié. Les pouvoirs publics disposent également d'une grande marge de manœuvre pour définir les modalités d'organisation des services publics (monopole ou organisation concurrentielle en particulier). L'obligation communautaire porte uniquement, sous le contrôle de la Cour de justice, sur la proportionnalité entre le contenu des missions d'intérêt général et les moyens mis en œuvre pour les réaliser, en vertu de l'article 86-2 du traité instituant la Communauté européenne (article 106 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne).

Ainsi, concernant les services sociaux d'intérêt général, le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que l'objectif d'une protection sociale de qualité à caractère universel contre les risques de l'existence soit atteint grâce à un monopole des caisses de sécurité sociale qui collectent les cotisations et versent des prestations en proportion des besoins des personnes. Dans ce cas, la logique poussée de solidarité et de mutualisation des risques justifie l'absence de mise en concurrence des opérateurs sur un marché : partout où ils existent et fonctionnent de cette manière, les systèmes légaux de protection sociale ont été exclus par la Cour de justice des communautés européennes de l'application des règles du marché intérieur et de la concurrence. Les régimes d'assurance obligatoire fonctionnant selon le principe de la solidarité, offrant des prestations indépendantes des cotisations sont considérés comme de nature « purement sociale » et par conséquent « non économique » (arrêts CJCE, Poucet et Pistre du 17 février 1993, INAIL du 22 janvier 2002, Freskot du 22 mai 2003, AOK Bundesverband du 16 mars 2004).

En revanche, à partir du moment où un État considère que le marché et la mise en concurrence des opérateurs sur ce marché ne sont pas des obstacles à l'accomplissement des missions de service public, le fonctionnement du marché doit obéir (avec plus ou moins de sévérité selon l'ampleur des obligations de service public) aux règles communautaires du marché intérieur et de la concurrence (liberté d'établissement, de prestation, non discrimination, transparence dans la commande publique, interdiction des aides d'État). Il appartient bien à chaque État membre, en fonction de ses caractéristiques propres (historiques, sociales, culturelles, géographiques) et de ses choix politiques, de décider de la nature des services publics

qu'il souhaite définir et d'adapter ensuite ses moyens à ses objectifs. Ainsi, la subsidiarité vise-t-elle essentiellement à protéger une liberté de nature politique à l'intérieur des États membres. Il appartient à ces derniers, sur la base de choix démocratiques dans un cadre national, de décider jusqu'où ils souhaitent aller dans la définition des missions de service public et des prérogatives attachées à ces missions.

L'adoption d'un cadre communautaire pour les services sociaux d'intérêt général ne remettrait pas en question cette liberté : elle viserait à mieux articuler les règles du marché et l'accomplissement des missions de service public dans le cas où les missions d'intérêt général ne justifient pas une fermeture à la concurrence (secteur médico-social, logement social pour ne prendre que deux exemples), c'est-à-dire aux services d'intérêt économique général. Le cadre communautaire consisterait à inscrire dans le droit positif de l'Union européenne ce qui fait actuellement l'objet de la jurisprudence de la Cour de justice sur la base de l'article 86-2, de manière à éviter que la conciliation entre intérêt général et règles de la concurrence ne soit opérée au cas par cas, sur la base des litiges ou des questions préjudicielles soumis à la Cour. Ce cadre communautaire viserait également à mieux cerner la notion d'erreur manifeste dans la qualification des missions d'intérêt général afin d'apporter aux acteurs une plus grande sécurité juridique.

Les communications successives de la Commission mettent d'autre part clairement en avant l'existence d'une dimension européenne des services d'intérêt général. Ceux-ci sont définis comme essentiels à la citoyenneté européenne, à la cohésion sociale et territoriale, à l'exercice des droits fondamentaux et à la compétitivité des entreprises. Dans sa communication de 2006, la Commission européenne indique que des services d'intérêt général de qualité sont nécessaires à la réussite de la stratégie de Lisbonne et qu'il existe bien une « conception commune des services d'intérêt général dans l'Union ». Ce raisonnement fait écho à un sentiment partagé : les services d'intérêt général et en particulier les services sociaux d'intérêt général seront essentiels, à l'avenir, pour faire face à certains défis majeurs pour la croissance et l'emploi : formation, couverture contre les risques, prise en charge des personnes en perte d'autonomie, conciliation vie professionnelle-vie familiale. L'énoncé de ces enjeux pour l'Union européenne dans son ensemble indique que les services d'intérêt général possèdent bien une dimension communautaire que le nouveau traité de Lisbonne a pleinement affirmée par le biais de l'article 14 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui modifie l'article 16 du traité instituant la Communauté européenne.

### ***Un enjeu économique majeur et une portée symbolique forte***

Le débat autour de la spécificité des services sociaux ne doit pas faire oublier que ces derniers représentent un enjeu économique déterminant et un domaine clef pour la réalisation du marché intérieur. D'ores et déjà, les services au sens large représentent plus de 70 % du PIB de l'ensemble des pays européens. Ils sont un vecteur essentiel de richesse, de croissance, d'emploi et de compétitivité. Les services sociaux sont particulièrement concernés, car fortement créateurs d'emplois et générateurs d'externalités positives pour l'ensemble de l'économie.

Alors que le marché intérieur des marchandises et des capitaux est quasiment achevé, la réalisation du marché des services est aujourd'hui l'objectif prioritaire de la Commission européenne, et plus particulièrement de la direction générale du marché intérieur. C'est la raison pour laquelle le moment est bien choisi pour se demander si les instruments et les principes jadis mis en œuvre pour faciliter la liberté de circulation des produits doivent s'appliquer à l'identique pour réaliser le marché intérieur des services.

Les débats à propos de la directive services dans le marché intérieur présentée par la Commission en janvier 2004 ont constitué un moment fort de cette interrogation, face à la proposition de la Commission d'appliquer le principe du pays d'origine afin de favoriser la liberté de circulation des services. Le principe du pays d'origine signifie qu'un opérateur qui décide de prester un service dans un pays autre que celui où il est établi pourra le faire en satisfaisant uniquement à la réglementation de son pays d'origine, à l'exclusion de celle en vigueur dans le pays d'accueil. Il faut préciser que la Commission avait choisi l'application du principe du pays d'origine alors qu'aucune harmonisation préalable des conditions dans lesquelles sont fournis les services n'a été réalisée, ce qui risquait d'inciter les pays à une forme de « dumping social » pour favoriser l'exportation de leurs services, au détriment de la qualité et de la sécurité des clients ou usagers. La version définitive de la directive, après les débats au Parlement européen, ne fait plus référence au principe du pays d'origine mais la problématique d'ensemble reste identique : face à l'enjeu économique que représentent les services, quelle est la bonne méthode pour favoriser leur développement, susciter une offre lorsqu'elle est insuffisante tout en améliorant la qualité et la sécurité ? C'est la même question qui s'est posée en France lors de l'adoption de la loi sur les services à la personne, avec les mêmes tensions et les mêmes débats. Les partenaires sociaux nationaux et européens ont un rôle essentiel à jouer dans ce domaine : la qualité du dialogue social et des accords signés dans le secteur des services seront des atouts majeurs pour accompagner l'achèvement du marché intérieur des services sans risque de « dumping social » ni de baisse de la qualité. Les services sociaux sont davantage

concernés par le principe de la liberté d'établissement établi par la directive : il signifie qu'un État ne peut ériger des obstacles à l'établissement sur son territoire de prestataires étrangers de services. En particulier, les régimes nationaux d'autorisation et d'encadrement ne doivent pas édicter des conditions telles qu'ils empêchent en réalité les prestataires étrangers de s'installer et de proposer leurs services.

Au-delà de l'enjeu économique que représentent les services sociaux, ceux-ci reflètent au sein de chaque État membre, un ensemble de valeurs et de conceptions fortes de la vie en société. En France, le secteur des services sociaux est marqué par l'importance de l'initiative des associations et de la volonté des acteurs du secteur non lucratif de préserver leur autonomie vis-à-vis de la puissance publique. Il est par ailleurs marqué par les notions de service public et par la jurisprudence du juge administratif. Historiquement, les services sociaux, à travers la sécurité sociale, sont aussi le lieu d'une configuration originale de répartition des pouvoirs entre l'État et les partenaires sociaux. À cette configuration originale s'ajoute une conception universaliste du social qui s'oppose à la logique de l'assistance qui vise à réserver l'intervention sociale aux plus défavorisés. La forte portée symbolique des services sociaux au sein de chaque État membre rendra toujours difficile la définition de principes communs au niveau de l'Union européenne, sans remettre en cause la nécessité et la possibilité de s'entendre sur un cadre communautaire en la matière. En effet, malgré la diversité dans l'organisation des services en réseau, ceux-ci disposent aujourd'hui d'une réglementation particulière qui souligne autant les règles du marché que les principes de continuité, de qualité et d'universalité dans l'accès. On peut se demander pourquoi les services sociaux d'intérêt général devraient rester à l'écart d'une telle démarche visant à préserver leurs caractéristiques propres et à mettre en avant, dans l'ensemble de l'Union, les valeurs dont ils sont porteurs.

La Commission, dans sa communication de 2006 sur les services sociaux d'intérêt général (COM 2006 177 final), a d'ores et déjà tracé les contours, selon la méthode du faisceau d'indices, de la spécificité des services sociaux en indiquant qu'ils présentaient les caractéristiques suivantes, non cumulatives :

- un fonctionnement fondé sur le principe de solidarité régi notamment par la non sélection des risques ou par l'absence d'équivalence à titre individuel entre cotisations et prestations ;
- un caractère polyvalent et personnalisé intégrant les réponses aux divers besoins nécessaires pour garantir les droits humains fondamentaux et protéger les personnes les plus vulnérables ;
- une absence de but lucratif ;
- une participation de volontaires et bénévoles ;

- un ancrage marqué dans une tradition culturelle ;
- une relation asymétrique entre prestataires et bénéficiaires ne pouvant être assimilée à une relation de type fournisseur-consommateur.

Dans sa communication publiée en octobre 2007 consacrée à la stratégie européenne en matière d'inclusion sociale, la commission indique qu'« Outre les régimes légaux et complémentaires de sécurité sociale et les services de santé, les services sociaux d'intérêt général comprennent aussi d'autres services essentiels prestés directement à la personne, qui jouent un rôle de prévention et de cohésion sociale, facilitent l'inclusion des personnes dans la société et garantissent l'accomplissement de leurs droits fondamentaux ».

Ces caractéristiques contribuent à souligner l'importance des services sociaux dans la citoyenneté européenne et pourraient constituer la base d'une définition en droit communautaire des services sociaux.

## **La régulation française en matière de services sociaux**

### ***La spécificité des services sociaux au sein du service public***

La société civile, et en particulier le secteur associatif ont joué dès l'origine un rôle moteur dans la création des services sociaux en France. Toutes les innovations sociales de la fin du XIX<sup>e</sup> et du XX<sup>e</sup> siècle ont été inspirées par cette société civile avant d'être confirmées par la loi ou les accords entre partenaires sociaux. Ce sont les associations d'inspiration laïque ou religieuse qui ont inventé les mouvements de jeunesse, d'éducation populaire, les colonies de vacances et l'aide aux devoirs. Les sociétés de bienfaisance initiées par les forces religieuses ou laïques ont mis en place des structures d'accueil pour répondre aux maux que l'on désignera, après la révolution industrielle, sous le vocable de « question sociale ». La révolution industrielle est également à l'origine du développement de l'intervention des entreprises privées et des syndicats dans la fourniture de services sociaux. Les premières réalisations du logement social et les allocations familiales ont été initiées par le patronat dès le XIX<sup>e</sup> siècle. Une mosaïque d'institutions a répondu, de manière parfois désordonnée et variable sur le territoire, à un ensemble de besoins très divers tandis que l'intervention de l'État demeurait notoirement insuffisante et questionnée dans sa légitimité même. Il faut attendre la fin de la seconde guerre mondiale et le préambule de la constitution de 1946, sous l'influence du Conseil national de la Résistance, pour que la vocation de l'État à intervenir dans le domaine social et à y garantir des droits objectifs soit pleinement reconnue et fasse l'objet d'un assez large consensus. Par ailleurs, ce sont des militants syndicaux



qui, par leur initiative, ont permis la création du premier régime de retraite complémentaire collectif en 1947 avant qu'il ne soit généralisé à tous les salariés en 1972. C'est à partir de cette époque que le système de protection sociale géré par les partenaires sociaux contribue au financement des multiples services sociaux.

Aujourd'hui encore, l'innovation sociale reste entre les mains d'hommes et de femmes engagés dans telle ou telle cause. Ces vigies perçoivent des besoins, les analysent et finissent par convaincre l'administration du bien-fondé de ce besoin. Ce sont les associations familiales telles que l'Unapei qui ont initié la plupart des services médico-sociaux du handicap mental. Ce sont les personnes handicapées regroupées dans l'Association des paralysés de France et dans d'autres associations qui ont été les inventeurs des services les concernant. Ce sont des militants issus de la Résistance qui ont créé les Glénans et le tourisme social. Les associations sportives d'amateurs qui représentent une part importante du tissu associatif sont l'œuvre de bénévoles qui, à travers tout le territoire, permettent à leurs concitoyens de pratiquer une activité sportive. De même, on pourrait parler des services pour l'emploi, pour la formation, pour le planning familial, etc. Mais toutes ces initiatives n'auraient pas survécu en France sans la réponse financière des pouvoirs publics, des organismes de sécurité sociale et des régulations qu'ils ont été amenés à mettre en place au nom de l'intérêt général. Contrairement à d'autres pays, la culture de l'État jacobin et centralisateur a conduit à ce système d'aide publique. Le mécénat des particuliers et des entreprises, que l'on trouve aux États-Unis et au Royaume-Uni depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle, a fait réellement son apparition en France depuis le début des années 80. Il jouera de plus en plus un rôle important dans le cadre d'une diversification du soutien financier aux structures associatives et aux fondations. Pour le moment, il demeure minoritaire dans le financement des services sociaux. Notre modèle social français a toujours besoin de l'État garant et de l'État stratège.

Il est intéressant de remarquer que lors de l'adoption de la loi de 2002 sur le secteur social et médico-social, le législateur, en accord avec la majorité des acteurs du secteur, n'a pas retenu la qualification de « missions de service public » pour qualifier les missions remplies par les établissements, lui préférant le vocable de « missions d'intérêt général et d'utilité sociale » (article 5 de la loi, codifié à l'article L. 311-1 du Code de l'action sociale et des familles). Contrairement aux services publics en réseau (transport, électricité, poste, télécommunications...) nationalisés et organisés sous la forme de monopoles publics au niveau national, les services sociaux ont été organisés en France sous la forme de l'octroi d'une mission d'intérêt général au niveau national ou local, avec une majorité d'opérateurs privés. Même lorsqu'un service public a été créé dans le secteur social, il n'a

pas été conçu comme un monopole : les établissements sanitaires de statuts privés à but non lucratif peuvent participer au service public hospitalier. C'est la raison pour laquelle le droit communautaire a d'abord remis en cause les modalités d'organisation des services en réseau, aujourd'hui ouverts à la concurrence. Il est donc normal que les services sociaux aient été touchés plus tardivement par les avancées du droit communautaire que les services publics en réseau libéralisés dans les années 90.

Si les directives européennes concernant les services en réseau avaient comme objectif de les libéraliser, c'est-à-dire de les ouvrir à la concurrence tout en énonçant des missions de service universel, la législation européenne à venir concernant les services sociaux d'intérêt général doit avoir comme objectif de mieux concilier leurs missions avec le marché intérieur et la concurrence.

### ***Un régime d'encadrement visant la protection des personnes vulnérables***

L'intervention de l'État dans sa mission d'encadrement et de contrôle est toujours en vigueur et se trouve confrontée aux avancées du droit communautaire et à l'achèvement du marché intérieur. Il s'agit de la mission de contrôle et d'encadrement des conditions dans lesquelles les opérateurs privés répondent aux missions d'intérêt général qui leur sont confiées. La notion d'autorisation est fort ancienne : elle date d'avant la Révolution française. Le Conseil d'État, dans un avis du 17 janvier 1806, en a consacré le principe en indiquant que les établissements hospitaliers comme ceux de bienfaisance ne pouvaient exister sans une autorisation expresse. L'affirmation de ce principe est en lien avec l'extension du pouvoir de l'État et de sa capacité de financement. Elle s'est heurtée régulièrement à une forme de résistance de la part des acteurs non lucratifs, très attachés au respect de leur autonomie. Aujourd'hui, le régime d'encadrement des services sociaux n'est plus contesté dans son principe. Il est souvent mis en œuvre conjointement par les services extérieurs de l'État et les conseils généraux. Il constitue un instrument essentiel de la protection des usagers et de l'amélioration globale de la qualité des services. Il est pourtant potentiellement mis en cause par le droit communautaire à travers la transposition de la directive services dans le marché intérieur qui doit intervenir au plus tard en décembre 2009. La meilleure preuve de la légitimité désormais acquise du régime d'encadrement des services sociaux est qu'il est défendu par la majorité des acteurs du secteur face aux institutions européennes, en particulier la Commission. Plusieurs types de dispositifs sont utilisés par les pouvoirs publics afin de s'assurer de la qualité des services délivrés aux usagers des services sociaux :

– l'autorisation : elle concerne la création, transformation ou extension des éta-

blissements et services sociaux et médico-sociaux. La délivrance de l'autorisation est soumise à plusieurs conditions parmi lesquelles le respect des règles d'organisation et de fonctionnement prévues par le Code de l'action sociale et des familles, la compatibilité avec les schémas d'organisation territoriaux ainsi que le caractère maîtrisé du coût de fonctionnement. Les structures d'accueil collectif en matière de petite enfance font aussi l'objet d'une procédure d'autorisation qui porte sur la qualité du fonctionnement ainsi que la qualification des professionnels. Enfin, les associations socio-judiciaires dans le champ de la protection de l'enfance font l'objet d'une autorisation du Conseil général ainsi que d'une habilitation du ministère de la Justice ;

- l'agrément : il concerne le secteur des services à la personne avec deux types d'agrément, l'agrément simple qui permet de bénéficier d'avantages fiscaux et l'agrément qualité pour l'accueil de publics fragiles. Cet agrément qualité a la même valeur juridique que l'autorisation de la loi 2002-2 pour les établissements sociaux et médico-sociaux. Les assistantes maternelles doivent aussi être agréées par le président du Conseil général pour pouvoir exercer leur profession : cet agrément porte sur les conditions de l'accueil à domicile, le nombre d'enfants accueillis et les temps d'accueil autorisés. Enfin, les associations d'éducation populaire sont également agréées au niveau national ou local, sur des critères portant à la fois sur la gestion financière des structures et sur la qualité de l'accueil des personnes. Il existe également des agréments qui ne concernent que l'activité et non pas la structure (activité sportive culturelle, formation...) ;

- le conventionnement des structures couplé à un agrément des publics : c'est le cas pour les structures de l'insertion par l'activité économique pour lesquelles le service public de l'emploi s'assure qu'elles recrutent des personnes parmi les plus éloignées du marché de l'emploi.

La durée de validité de ces différents instruments est limitée dans le temps. S'y ajoute une évaluation des conditions dans lesquelles le prestataire remplit ses obligations : autorisations, agréments, habilitations et conventionnements peuvent être retirés ou non renouvelés en cas de non-respect des règles édictées par la puissance publique délégataire.

### ***La transposition de la directive services***

La directive relative aux services dans le marché intérieur a été adoptée dans sa forme définitive le 12 décembre 2006. Elle vise à l'élimination des obstacles au développement des activités de services entre les États membres, considéré comme « un moyen de renforcer l'intégration entre les peuples européens et de promou-

voir un progrès économique et social équilibré et durable ». Le considérant 3 de la directive est rédigé de la manière suivante : « Un marché libre obligeant les États à supprimer les obstacles à la circulation transfrontalière des services, tout en renforçant la transparence et l'information pour les consommateurs, offrirait un plus grand choix et de meilleurs services, à des prix plus bas, aux consommateurs. » À l'origine, la directive services s'appliquait à l'ensemble des services quelle que soit la nature de leurs missions et les publics concernés : services aux entreprises (conseil en management et en gestion, conseil juridique), services aux consommateurs (agences de voyage, agences immobilières, location de voiture), services sociaux aux usagers (services à domicile par exemple).

Afin de faciliter la liberté d'établissement et la libre circulation des services, la directive dans sa version finale ne mentionne plus le principe du pays d'origine. En revanche, la directive oblige les États membres à évaluer les procédures administratives d'encadrement et d'autorisation. Celles-ci, pour être conformes au droit communautaire, ne doivent pas constituer des obstacles déguisés à la liberté d'établissement et de circulation : elles doivent, pour pouvoir être maintenues en vigueur, être non-discriminatoires, justifiées par des « raisons impérieuses d'intérêt général » et proportionnées aux objectifs à atteindre. Parmi les raisons impérieuses d'intérêt général, la directive mentionne, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, l'ordre public, la sécurité publique, la santé publique, les objectifs de politique sociale, le maintien de l'ordre social et la protection des travailleurs et des destinataires des services. Les États membres doivent passer en revue l'ensemble de leurs régimes d'encadrement afin d'examiner leur conformité à la directive. Parmi les exigences à évaluer, figurent notamment les tarifs obligatoires minimum et/ou maximum que doit respecter le prestataire. Suite aux débats au Parlement européen, la directive exclut de son champ d'application les services de santé et les « services sociaux dans les domaines du logement, de l'aide à l'enfance et de l'aide aux familles et aux personnes dans le besoin qui sont assurés par l'État au niveau national, régional ou local, par des prestataires mandatés par l'État ou par des associations caritatives reconnues comme telles par l'État ».

Les SIEG autres que les services de santé et les services sociaux désignés plus haut demeurent dans le champ de la directive.

Le gouvernement français a choisi de faire procéder à l'évaluation des régimes d'encadrement en vue de la transposition de la directive à un groupe de travail interministériel piloté par le ministère de l'Économie, des Finances et de l'Emploi.

La situation des services sociaux d'intérêt général au regard de la directive est complexe :

– s'ils sont non économiques (comme les régimes de base de la sécurité sociale),

ils n'entrent pas dans le champ de la directive ;

– s'ils sont économiques, soit ils entrent dans le champ de la directive, soit ils relèvent de l'exclusion pour autant que les prestataires concernés ont été mandatés par l'État.

Toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné est considérée par la Cour de justice comme une activité économique. Dans ce contexte, le fait que l'activité concernée peut être qualifiée de « sociale » n'est pas en soi suffisant (CJCE, arrêt Pavlov du 22 janvier 2002 et *Freskot* du 22 mai 2003).

La transposition de la directive fait intervenir la délicate question du mandatement et de sa définition en droit communautaire, sachant que la directive elle-même ne définit pas cette notion.

La Commission a précisé la notion de mandat dans un document de travail accompagnant sa communication sur les Services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen (COM 2007, 725 final). Dans ce document, la Commission fait référence à la notion de mandat au sens de la réglementation qu'elle a édicté en matière de financement des services d'intérêt général, connue sous le nom de paquet Monti-Krøes (2005). Cette réglementation s'applique aux services d'intérêt général qui ont fait l'objet d'un mandatement de la part de la puissance publique. La Commission estime que le mandat est nécessaire afin de préciser l'organisation d'une mission de service public. « C'est l'acte officiel qui confie à l'organisme concerné la prestation d'un service d'intérêt économique général, indique la mission ainsi que l'étendue et les conditions générales de fonctionnement du service. » Dans le cadre du paquet Monti-Krøes, le mandat est l'instrument juridique officiel qui sert de base au calcul de la compensation financière versée par l'État pour permettre la réalisation des obligations de service public. La Commission note qu'un agrément accordé par une autorité publique à un prestataire de services l'autorisant à fournir certains services, n'est pas un mandatement, car il ne comporte pas d'obligation de prester. Le document de travail de la Commission est loin d'épuiser le questionnement relatif à la définition du mandat, en particulier la notion d'initiative publique. Les questions qui se posent sont les suivantes : faut-il entendre la notion de mandat pour la transposition de la directive services (périmètre de l'exclusion) dans le même sens que dans la réglementation sur le financement des services d'intérêt général ? L'obligation de prester est-elle une condition nécessaire pour faire entrer un prestataire dans le périmètre d'exclusion de la directive services ? Le mandatement est-il le seul acte permettant la définition de missions de service public ? Enfin, à côté de la notion de mandat, on peut se demander comment la Commission et la

Cour de justice procèderont à l'interprétation de la liste limitative de services énoncée en matière d'exclusion : y aura-t-il un contrôle de ce qu'il faut entendre par « logement social » ou par « personnes dans le besoin » pour ne prendre que deux exemples ? Si oui, comment ce contrôle s'articulera-t-il avec le renforcement de la subsidiarité attendu de l'insertion du protocole sur les services d'intérêt économique général dans le traité ?

L'ensemble de ces questions ne trouve pas de réponses à l'heure actuelle et fait partie des difficultés à surmonter en vue de la transposition de la directive. Au cas où certains services sociaux seraient considérés par la France comme entrant dans le champ de la directive, il faudrait alors procéder, pour chacun des secteurs, à un examen des régimes d'encadrement au regard des exigences de la directive (transparence, non discrimination, proportionnalité des régimes aux raisons impérieuses d'intérêt général...). L'enjeu de la transposition de la directive est donc majeur pour la préservation du régime d'encadrement des services sociaux en France, sachant que ceux-ci ont été mis en place afin de protéger des publics considérés comme vulnérables et aussi pour favoriser la mixité sociale.

### **Pourquoi faut-il clarifier le droit communautaire en matière de services sociaux d'intérêt général ?**

C'est, actuellement, la Cour de justice qui décide de l'articulation entre les règles du traité sur le marché intérieur et la concurrence et celles régissant les services d'intérêt général. Dans sa communication sur les services d'intérêt général (Livre blanc de 2004), la Commission indiquait qu'à son sens il n'y avait aucune incompatibilité entre un marché intérieur ouvert et concurrentiel d'une part et le développement des services d'intérêt général d'autre part. Elle affirmait également, dans ce même texte, qu'en vertu du traité, l'accomplissement effectif d'une mission d'intérêt général prévalait, en vertu de l'article 86-2, sur l'application des règles du marché et de la concurrence. Aujourd'hui encore, ce qui est au cœur du débat, c'est toujours la question de l'articulation concrète entre accomplissement des missions d'intérêt général et achèvement du marché intérieur. Plusieurs éléments nuisent à une articulation harmonieuse de ces deux piliers de la construction européenne.

Le rapport *Aménagement du territoire, services publics et services au public* (présenté par Jean-Alain Mariotti, au nom de la section des économies régionales et de l'aménagement du territoire, janvier 2006) proposait lui aussi la mise en place d'instances de régulation pour concilier le marché avec l'intérêt général.

### ***Le caractère flou et extensif des notions d'entreprise et d'activité économique***

Seules les entreprises relèvent des règles en matière de libre circulation des services, en particulier la directive services dans le marché intérieur de 2006, de l'interdiction des aides d'État et des directives de 2004 sur les marchés publics. L'enjeu de la définition des notions d'entreprise et d'activité économique est donc essentiel pour la régulation des services sociaux d'intérêt général. Or, force est de constater qu'en la matière, la jurisprudence de la Cour de justice manque de clarté et entraîne une incertitude. La définition positive de l'entreprise fait appel à une analyse comparative : il y a entreprise exerçant une activité économique sur un marché dès lors que l'activité est susceptible d'être exercée par une entreprise dans un but lucratif. Cette définition a permis de déclarer entre autres que le placement des demandeurs d'emploi et le transport médical d'urgence en ambulance étaient des activités économiques soumises aux règles de la concurrence. Est considérée comme une activité économique par la CJCE « toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné par une entreprise, indépendamment du statut juridique de cette dernière ou de son mode de financement ». Ainsi, le caractère non lucratif d'un opérateur n'empêche pas qu'il soit qualifié d'entreprise au sens communautaire s'il opère sur un marché. Les spécialistes du droit communautaire s'interrogent sur le fait de savoir si la définition de l'entreprise est identique pour l'application de la législation sur les aides d'État et pour les règles relatives à la commande publique. Une analyse des différents arrêts de la Cour ne permet pas de trancher le débat. Pour les États membres comme pour les opérateurs, il peut être difficile de cerner à partir de quel moment la Cour considérera qu'il existe un marché et que les activités ont donc un caractère économique. Cela rejoint la question de savoir à partir de quel moment l'activité est considérée, à l'inverse, comme « purement sociale » et exclue de l'application des règles de concurrence et du marché intérieur. Cette incertitude est particulièrement grande en période d'évolution des modes d'organisation des services. À cet égard, il faut noter que la proposition de la Commission dans sa communication de novembre 2007, de répondre aux questions au cas par cas grâce à la création d'un site Internet, ne permettra pas de réduire, de manière satisfaisante, l'insécurité juridique à laquelle se heurtent les opérateurs dans le domaine des services sociaux d'intérêt général.

### ***L'existence d'une série d'exclusions et de dérogations***

Faute de parvenir à définir de manière positive les notions d'entreprise et d'activité économique, la Cour de justice et la Commission ont créé des exceptions à

l'application des règles du traité pour certaines catégories d'activités sociales. Il s'agit des activités « exclusivement sociales » d'une part et des activités relevant de l'exercice de prérogatives de puissance publique d'autre part. Les activités exclusivement sociales sont définies de manière stricte : exigence forte de solidarité, indépendance des cotisations et des prestations versées. Les activités relevant de l'exercice de prérogatives de puissance publique correspondent aux missions régaliennes de l'État : armée, police, activité de normalisation, surveillance antipollution... À côté de ces deux séries de dérogations particulières, l'article 86-2 du traité permet une application nuancée des règles de la concurrence et du marché aux services correspondant à une mission d'intérêt général. La question de savoir si ces services doivent obligatoirement faire l'objet d'un mandatement se pose, de même que se pose celle de la définition en droit communautaire du mandat. Enfin, concernant les règles en matière de financement public, la Commission a rendu un certain nombre de décisions qui permettent de faire échapper certaines activités aux règles sur les aides d'État, dans le droit fil de l'arrêt Altmark du 24 juillet 2003 qui avait établi que les compensations de service public ne constituent pas des aides d'État. L'ensemble de cette jurisprudence et de ces décisions a fini par constituer, au fil du temps, un ensemble extrêmement complexe, générateur d'une insécurité juridique croissante. Plus le temps passe, plus il est difficile pour un opérateur de déterminer avec certitude dans quelle catégorie juridique entre son activité et quelle règle communautaire lui est applicable. Cela est particulièrement préjudiciable en matière d'aides d'État, car le contrôle vigilant par la Commission de la réglementation peut conduire à une obligation de remboursement des aides perçues. Il ne faut pas oublier que cette réglementation est appliquée par un ensemble extrêmement composite d'opérateurs, parmi lesquels figurent, pour les activités sociales, une majorité d'associations dont certaines, de petite taille, ne possèdent ni l'expertise technique ni les ressources financières pour devenir des spécialistes du droit communautaire. Pour de telles associations, le flou du droit communautaire et sa complexité peuvent constituer un frein à l'initiative et à l'activité et donc à l'offre de services.

### ***La faible reconnaissance en droit positif de la spécificité des services sociaux***

Le flou juridique en matière de services sociaux d'intérêt général est en réalité la conséquence d'une absence de droit communautaire dédié à ces activités, contrairement à ce qui existe pour les services en réseau ou pour les services à caractère financier par exemple. Compte tenu de cette absence, la Cour de justice et la Commission, en fonction des besoins ressentis par les acteurs, ont procédé soit



par exclusions et dérogations à l'application des règles du marché, soit par application des règles du marché aux services sociaux sans respect de leur spécificité : ce fut le cas dans la proposition de directive services dans le marché intérieur issue de la Commission. Cette proposition témoigne du fait que l'article 86-2 du traité sur l'articulation entre règles du marché et services d'intérêt général ne suffit pas à empêcher que soit élaboré un droit dérivé déséquilibré en faveur des règles du marché, au risque de mettre en péril l'exercice des services sociaux d'intérêt général. Aujourd'hui, le traité en cours de ratification fournit une base juridique claire pour l'adoption d'un droit dérivé spécifique aux services d'intérêt économique général. Celui-ci devra définir positivement des règles permettant de sortir de l'ambiguïté actuelle qui favorise *in fine* une application très large des normes relatives au marché et à la concurrence.

Cette clarification fournira une base solide à la Commission ainsi qu'à la Cour de justice (CJCE) pour le développement à venir du secteur des services sociaux d'intérêt général. 3 1

## PRÉCONISATIONS

Notre assemblée a souhaité formuler deux types de préconisations à l'attention du gouvernement : tout d'abord des préconisations relatives à ce qui pourrait être accompli dans le cadre de la présidence française du Conseil de l'Union mais aussi un certain nombre de préconisations concernant l'adaptation du droit national au cadre communautaire.

### Préconisations pour la présidence française du second semestre 2008

#### ***Clarifier le cadre d'organisation et de fonctionnement des services sociaux d'intérêt général***

L'objectif de la France doit être la clarification du cadre d'organisation et de fonctionnement des services sociaux d'intérêt général considéré comme un enjeu majeur. Elle devra convaincre ses partenaires que cette clarification ne contrarie pas le principe de subsidiarité : celui-ci est au contraire menacé par une application extensive des règles du marché et de la concurrence. Pour que le principe de subsidiarité ait un effet, il faut un cadre juridique clairement adapté au secteur intéressé par sa mise en œuvre et simple à faire respecter.

La Commission a indiqué ne pas prévoir faire usage à court terme de sa compétence d'initiative pour permettre l'adoption d'un cadre communautaire spécifique aux services sociaux d'intérêt général. Cette position de la Commission

n'apparaît pas cohérente avec l'orientation qu'elle affiche de vouloir privilégier une démarche sectorielle. Or, les services sociaux sont un secteur qui n'est l'objet aujourd'hui d'aucun droit positif. En revanche, l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne fournit une base juridique pour l'adoption d'un tel cadre communautaire à plus ou moins long terme. Cette entrée en vigueur coïncidera avec la révision prévue en 2009 de la décision de la Commission relative au financement des compensations de services publics, notamment en matière de services sociaux d'intérêt général (paquet Monti-Kroes).

Le rôle de la France pendant sa présidence pourrait être de permettre l'adoption d'un agenda européen précis en matière de services d'intérêt général et de services sociaux d'intérêt général. Le contenu de cet agenda pourra être développé au cours des futures présidences tchèque et suédoise afin de permettre à la nouvelle Commission et au nouveau Parlement européen de s'emparer du sujet après 2009. Les services d'intérêt général pourraient figurer comme point à l'ordre du jour du Conseil européen de décembre 2008. Lors de ce Conseil, il s'agirait de réaffirmer solennellement l'importance des services d'intérêt général dans le cadre de l'achèvement du marché intérieur et de l'élargissement de l'Union européenne. Ceux-ci doivent être considérés, à égalité avec les règles du marché intérieur et de la concurrence, comme un pilier de la construction européenne, favorisant une réelle citoyenneté européenne et permettant de réaliser une ouverture des marchés tout en préservant ou améliorant la qualité des services sociaux et leur adaptation aux contextes locaux. Un cadre réglementaire est nécessaire à la réalisation de ces objectifs. Les étapes permettant d'aboutir à ce cadre et les difficultés à lever pour y parvenir devront être précisées lors du Conseil européen sous la forme d'une feuille de route. L'enjeu de cette feuille de route est de déboucher à moyen terme sur l'adoption d'un cadre juridique spécifique pour les SSIG, à l'instar des autres directives sectorielles concernant les services en réseau. Cette démarche n'empêche pas de chercher à faire adopter un cadre juridique global concernant les SIG. Le cadre juridique relatif aux SSIG s'attacherait notamment à :

- définir le périmètre des SSIG, comme l'a esquissé la Commission dans sa communication d'octobre 2007 sur l'inclusion sociale et clarifier la notion d'erreur manifeste en matière de définition des missions d'intérêt général ;
- inscrire dans le droit positif les règles d'articulation entre l'accomplissement de missions d'intérêt général et les règles du marché intérieur et de la concurrence (libertés d'établissement, aides d'État...) ;
- affirmer la liberté des États membres de définir, organiser et financer les SSIG, dans le cadre de la subsidiarité.

Le Conseil économique et social invite également le gouvernement français à promouvoir au niveau communautaire une approche du mandatement qui tienne compte de la nature des SSIG, des spécificités du tissu d'acteurs concernés et de leur capacité d'initiative. Il serait souhaitable que la notion de mandatement soit définie au niveau communautaire dans un sens moins contraignant par l'adaptation de l'article 86.2 aux SSIG. Tout d'abord, dans le prolongement de l'arrêt Bupa du tribunal de première instance des communautés européennes qui reconnaît le mandatement « collectif », il s'agit d'affirmer que chaque structure ne doit pas obligatoirement faire l'objet d'un mandatement particulier. Ensuite, il faudrait reconnaître que l'obligation de prester est implicite quand les pouvoirs publics financent telle ou telle mission reconnue d'intérêt général dans l'acte de financement, tout en précisant les objectifs et les contreparties d'un tel financement et en laissant des marges de manœuvre à chacun des opérateurs missionnés sur les modalités de leur action.

***Promouvoir les réflexions avec la société civile et les négociations entre partenaires sociaux***

La France devra affirmer que la clarification du cadre communautaire en matière de services sociaux d'intérêt général doit s'accompagner de réflexions au sein de la société civile et de négociations entre partenaires sociaux aux deux niveaux européen et national pour favoriser la qualité des services.

Le domaine des services sociaux d'intérêt général est un domaine privilégié d'intervention conjointe de la société civile et des autorités publiques. Cet équilibre doit être préservé. Notre assemblée souhaite que le gouvernement français mette en avant le rôle majeur des partenaires sociaux européens et nationaux en matière de qualité des services, notamment en ce qui concerne la formation et la qualification des professionnels.

La relance de la dynamique institutionnelle de l'Union européenne, à travers la ratification du traité de Lisbonne, ouvre une opportunité pour les SIEG et les SSIG.

Le Conseil économique et social propose d'instituer au niveau européen un dialogue entre les partenaires sociaux, l'ensemble des organisations de l'économie sociale et la Commission européenne.

Cette démarche s'appuierait sur la Charte des droits fondamentaux pour garantir le droit des usagers, la sécurité, la qualité et l'accessibilité des services sociaux d'intérêt général, en particulier pour garantir l'accès de tous aux droits fondamentaux. Puisque nous touchons là, au cœur de la vie quotidienne de quelque 500 millions de personnes, c'est un moyen de les associer pour qu'elles s'approprient la démarche.

Par ailleurs, d'autres motifs d'associer les partenaires sociaux tiennent aux dispositions prévues par les règles de libre circulation des travailleurs et leur adaptation aux secteurs sociaux, ainsi que celles qui sont en cours d'élaboration au sein de la Commission européenne sur les services de santé, que ce soit en terme de travailleurs transfrontaliers ou d'admission aux régimes sociaux nationaux de bénéficiaires en provenance d'un autre État membre.

### **Préconisations relatives à l'adaptation du droit français au droit communautaire**

#### ***Considérer la transposition de la directive services comme un enjeu majeur***

Le rapport d'information du Sénat du 7 février 2008 intitulé *Où en est la transposition de la directive services ?* a souligné les difficultés probables à tenir le calendrier annoncé de la transposition. Il est prévu qu'un projet de loi de transposition soit délibéré en Conseil des ministres d'ici au mois de juin 2008, avec l'objectif d'adopter définitivement le texte avant la fin de l'année, c'est-à-dire pendant la présidence française du Conseil de l'Union européenne. En regard de ce calendrier très serré, compte tenu du travail considérable que représente la transposition, les moyens administratifs dévolus à la cellule de pilotage du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Emploi semblent faibles. Cette cellule se compose de trois personnes contre douze aux Pays-Bas et au Royaume-Uni. L'enjeu national que constitue la transposition de cette directive doit donc mieux se traduire dans les faits.

En outre, notre assemblée souligne l'importance du travail de transposition pour la cohérence globale de la position française à Bruxelles : notre pays ne peut réclamer l'adoption d'un agenda communautaire en matière de services d'intérêt général et être ostensiblement en retard pour la transposition de directives qui impliquent déjà ces mêmes services. La demande française d'un cadre juridique stable pour les services sociaux d'intérêt général apparaîtra d'autant plus légitime à nos partenaires que nos efforts de mise en conformité à la réglementation en vigueur ne pourront être contestés.

Enfin l'exercice de transposition lui-même devrait faire ressortir clairement les enjeux et les lacunes des textes européens existants et renforcer la nécessité d'adopter des textes complémentaires, afin de couvrir de façon cohérente le champ de tous les services sociaux d'intérêt général.

### ***Associer tous les acteurs concernés à la transposition de la directive services***

Compte tenu des enjeux en présence, le Conseil économique et social considère que la transposition de la directive n'est pas seulement un exercice technique. Il doit impliquer, au-delà de l'administration, l'ensemble des acteurs concernés. Les collectivités locales et les professionnels du secteur des services et les partenaires sociaux doivent être associés en amont. Il s'agit notamment de profiter de la transposition pour répondre aux questions suscitées par le droit communautaire et apaiser les inquiétudes qu'il génère. Plus généralement, le travail de transposition doit être l'occasion de favoriser une réelle appropriation par les acteurs concernés de la logique et des principes du droit communautaire. Cette appropriation sera favorisée par la traduction dans les termes du droit français des objectifs et des notions utilisées dans la directive, par exemple celle de mandatement.

Trop souvent, la transposition des directives se réduit à une reprise des termes utilisés dans le droit communautaire. Ceux-ci, lorsqu'ils n'ont pas d'équivalent en droit français, entretiennent un flou sur le contenu exact des règles en vigueur, favorisant le sentiment des opérateurs d'évoluer dans le cadre d'une insécurité juridique inquiétante. C'est pourquoi le Conseil économique et social estime que la transposition de la directive doit être l'occasion d'un exercice pédagogique et d'une large consultation des acteurs et surtout un exercice politique de la part du Parlement et du gouvernement.

### ***Évaluer et améliorer la cohérence globale des régimes nationaux d'encadrement***

Le passage en revue des régimes d'encadrement des services sociaux imposé par la directive constitue un exercice lourd et fastidieux. Notre assemblée estime qu'il doit être mis à profit pour améliorer la qualité de la réglementation française. En particulier, il faut s'interroger sur les raisons qui justifient une telle variété de régimes au regard de l'objectif identique de protection des personnes. Le droit communautaire devra être l'occasion d'entreprendre une opération de clarification et de simplification. Le Conseil économique et social estime que la transposition de la directive devrait également être l'occasion d'évaluer la qualité du contrôle exercé par la puissance publique à travers ces régimes. Les éléments tirés en France de ce passage en revue approfondi viendraient en outre à l'appui des propositions soit de cadrage européen soit de subsidiarité clarifiés et renforcés.

### ***Mieux définir les missions d'intérêt général***

En droit communautaire, la définition des missions d'intérêt général est consi-

dérée comme une prérogative et une responsabilité essentielles de la puissance publique, au niveau national ou local. La conciliation entre règles du marché et de la concurrence et missions d'intérêt général s'opère soit par le droit dérivé positif soit par la jurisprudence de la Cour de justice au moyen d'un examen attentif du contenu des missions d'intérêt général confiées par les autorités publiques aux prestataires. L'imprécision dans le contenu des missions, le flou dans la définition des obligations de service public sont susceptibles de mettre en cause la capacité de la France à bénéficier du régime particulier dont jouissent les services qualifiés d'intérêt général au sein de la législation européenne, et plus particulièrement dans le champ des services sociaux. C'est la raison pour laquelle, chaque fois que l'État ou les collectivités locales entendent qualifier certaines activités de services d'intérêt général, ils doivent le faire avec précision et avec le souci de pouvoir s'appuyer sur cette qualification pour justifier un régime d'encadrement, une modalité d'organisation, un système de financement.

La question de la définition des missions d'intérêt général dans les régimes d'encadrement des services sociaux se pose avec acuité dans le cadre de la transposition de la directive services.

Ainsi, le ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi examine actuellement deux hypothèses pour déterminer le périmètre effectif d'exclusion des services sociaux.

*La première hypothèse* consiste à inclure, à quelques exceptions près, l'ensemble des services sociaux français couverts par les régimes d'encadrement de notre droit national et à justifier ces régimes au titre des raisons impérieuses d'intérêt général, ce qui ne suffit cependant pas à les qualifier tous d'emblée de services sociaux d'intérêt économique général.

Dans cette hypothèse, la majorité des services sociaux reste effectivement dans le champ de la directive services, mais les régimes d'encadrement ne sont pas remis en cause et peuvent être préservés au nom des raisons impérieuses d'intérêt général et de leur caractère proportionnel et nécessaire prévus par la directive. Les régimes d'encadrement ne sont donc pas à première vue menacés.

Le Conseil économique et social considère que le maintien dans le champ de la directive services comporte d'autres risques directs et indirects :

– ces services sociaux ne peuvent être considérés comme des SIEG : leur inclusion dans la directive services au motif d'absence de mandatement ne leur permettrait pas d'être considérés comme « exerçant des missions d'intérêt général ». Ils sont donc soumis, comme tous les services couverts par la directive, aux énoncés prévoyant le contrôle intégral des régimes d'autorisation et à celles relatives à la liberté

de prestation de service ;

– ne relevant pas des SIEG, ils ne peuvent pas non plus (il s’agit là d’une conséquence indirecte) bénéficier de la décision de la Commission européenne de 2005 relative à la compatibilité des aides d’État sous la forme de compensation de SIEG, ni de celles de l’article 86-2 du traité instituant la Communauté européenne (TCE). Les aides octroyées à ces services ne peuvent ainsi être considérées comme des compensations de service public et doivent être notifiées à la Commission européenne conformément aux articles 87 et 88 TCE.

Le Conseil économique et social propose de ne pas retenir cette hypothèse.

*La deuxième hypothèse* consiste à exclure les services sociaux français selon la liste définie par la directive (logement, aide à l’enfance, aide aux familles, aide aux personnes dans le besoin), en tant que SSIG bénéficiant d’un mandatement en droit national. Dans cette hypothèse, les formes existantes d’encadrement sont qualifiées explicitement par le législateur français, dans le cadre de la transposition de la directive services, comme des actes de mandatement au sens communautaire du terme. Parallèlement, les différents régimes d’encadrement exclus seraient examinés de manière approfondie et complétés, le cas échéant, pour répondre pleinement aux exigences communautaires de mandatement éventuellement non satisfaites.

Le Conseil économique et social demande au gouvernement français :

- de retenir la seconde hypothèse et d’exclure effectivement les services sociaux concernés par la directive en raison du mandatement de leurs prestataires par l’État et en référence à leur encadrement spécifique en droit interne ;
- de qualifier explicitement, dans le droit interne, de SIEG au sens de l’article 86-2, les services sociaux d’intérêt général ;
- de clarifier en droit interne le mandatement de l’ensemble des prestataires de services sociaux qui accomplissent des missions d’intérêt général au moyen d’actes juridiques adaptés à la nature des services sociaux et aux spécificités de leurs acteurs.

Le Conseil économique et social propose la mise en place le plus rapidement possible d’un groupe de travail rassemblant tous les acteurs concernés : État, collectivités locales, parlementaires, partenaires sociaux, prestataires de services sociaux et juristes, en vue de proposer un outil juridique adapté au mandatement tel qu’une convention de SSIG définissant l’obligation de prêter en contrepartie d’engagements réciproques. Ce groupe de travail aura pour objectif de mettre tota-

lement en cohérence le droit français avec le droit européen, à l'occasion de la transposition de la directive services.

***Anticiper les conséquences en droit communautaire des réformes nationales en matière de services sociaux d'intérêt général***

Les services sociaux d'intérêt général sont en pleine mutation et cette évolution ne s'effectue pas seulement sous la pression du droit communautaire : elle est aussi le résultat de choix débattus, conçus et mis en œuvre aux niveaux national et local. Notre assemblée juge souhaitable que les exigences du droit communautaire soient intégrées aux débats nationaux au moment de la conception des réformes législatives, afin d'en évaluer correctement les effets potentiels. Les critères extrêmement précis développés par la Cour de justice pour définir un service « exclusivement social » devront être pleinement intégrés, s'il y a lieu, à toute démarche de réforme de notre système de sécurité sociale. Le Conseil économique et social estime donc qu'il est nécessaire d'éclairer les réformes nationales par une évaluation en amont des conséquences futures de ces choix au plan communautaire. Cette évaluation serait encore facilitée par l'adoption d'un cadre de droit positif européen sur les services sociaux d'intérêt général.

## **CONCLUSION**

La question du cadre juridique européen des SSIG est pendante depuis de longues années, bien qu'elle présente des enjeux majeurs de solidarité, de cohésion et d'efficacité économique pour ce secteur qui se situe au cœur de notre modèle social. Même s'il n'est pas aisé de concilier le respect des règles de la concurrence et celui des spécificités des services sociaux d'intérêt général quand ils se situent dans le champ économique, il devient urgent de traiter cette question aujourd'hui. Elle se trouve prise entre d'une part la transposition en cours de la directive services en France et dans les autres États membres, et la mise en œuvre du traité de Lisbonne en cours de ratification d'autre part.

La présidence française du Conseil de l'Union européenne, qui démarrera en juillet prochain, fournit au gouvernement français une occasion unique de donner une nouvelle impulsion politique au dossier des services sociaux d'intérêt général aux échelons national et communautaire. L'approche pragmatique que préconise le présent avis tend à favoriser un processus intelligible et bénéfique à l'ensemble des acteurs concernés par les SSIG.

À l'échelon national, la question des SSIG est directement liée à la transposition de la directive services dans le droit français. Pour celle-ci, le Conseil économique



et social préconise de retenir l'hypothèse selon laquelle les SSIG seraient exclus de la directive en raison du mandatement de leurs prestataires, en référence à leur encadrement en droit interne, et de clarifier les outils de ce mandatement.

À l'échelon européen, face au refus de la Commission de légiférer, il s'agit de rassembler les responsables politiques autour de la nécessité de concilier d'une part le respect des règles de la concurrence et du marché intérieur et de la subsidiarité et d'autre part celui des spécificités des SSIG, y compris lorsqu'ils se situent dans le champ économique. Il s'agit de réaffirmer solennellement l'importance des SSIG au sein de l'Union pour aboutir à l'élaboration d'un cadre juridique européen qui leur soit spécifique. Il faut en même temps en fixer les étapes en adoptant un agenda européen précis pendant la présidence française de l'Union.

À défaut de cadre juridique national et européen, le quotidien et l'avenir des acteurs sociaux continueront d'être soumis aux aléas de la jurisprudence risquant d'accroître ainsi leur vulnérabilité voire de remettre en cause leur existence même.

C'est pourquoi il est impératif de réserver un traitement spécifique et pertinent aux services sociaux. Un équilibre doit être trouvé entre les règles de l'espace économique fortement intégré et les missions d'intérêt général dans le cadre de la subsidiarité. En cas de conflit, comme l'indique l'article 86.2 du traité des communautés européennes, la primauté doit être accordée au bon accomplissement de l'intérêt général. L'initiative prise par le Conseil économique et social d'étudier cette question vise également à préparer l'après-Lisbonne en 2010 avec le nouveau Parlement et la nouvelle Commission. Il s'agit de refonder un modèle social européen, en parallèle avec la consolidation de la construction économique et monétaire, en intégrant les régulations nécessaires au bien-être des citoyens de l'ensemble de l'Europe.

L'Union européenne s'est dotée d'un marché unique, d'un espace de liberté et de droit. Il faut maintenant viser une nouvelle ambition, afin que la politique sociale devienne source de puissance productive et culturelle, au sein de l'Europe parce qu'elle porte les ferments de la cohésion sociale et du « mieux vivre ensemble ».