

N° 319

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2009-2010

Enregistré à la Présidence du Sénat le 23 février 2010

RAPPORT

FAIT

*au nom de la commission des affaires sociales (1) sur la proposition de loi de MM. Roland RIES, Jean-Pierre BEL, David ASSOULINE, Bertrand AUBAN, Claude BÉRIT-DÉBAT, Jean BESSON, Mme Maryvonne BLONDIN, MM. Yannick BOTREL, Didier BOULAUD, Martial BOURQUIN, Michel BOUTANT, Mmes Bernadette BOURZAI, Nicole BRICQ, Françoise CARTRON, Monique CERISIER-ben GUIGA, Jacqueline CHEVÉ, MM. Pierre-Yves COLLOMBAT, Roland COURTEAU, Yves DAUDIGNY, Mme Christiane DEMONTÈS, MM. Jean-Luc FICHET, Bernard FRIMAT, Jean-Noël GUÉRINI, Didier GUILLAUME, Claude JEANNEROT, Mmes Annie JARRAUD-VERGNOLLE, Bariza KHIARI, MM. Yves KRATTINGER, Jacky LE MENN, Mmes Claudine LEPAGE, Raymonde LE TEXIER, MM. François MARC, Gérard MIQUEL, Robert NAVARRO, Jean-Marc PASTOR, Mme Gisèle PRINTZ, MM. Daniel RAOUL, François REBSAMEN, Michel SERGENT, Mme Patricia SCHILLINGER, MM. Jean-Pierre SUEUR, Simon SUTOUR, Michel TESTON, Jean-Marc TODESCHINI et les membres du groupe socialiste, apparentés et rattachés, relative à la **protection des missions d'intérêt général imparties aux services sociaux** et à la **transposition de la directive services**,*

Par Mme Annie JARRAUD-VERGNOLLE,

Sénatrice

(1) Cette commission est composée de : Mme Muguette Dini, *présidente* ; Mme Isabelle Debré, M. Gilbert Barbier, Mme Annie David, M. Gérard Dériot, Mmes Annie Jarraud-Vergnolle, Raymonde Le Texier, Catherine Procaccia, M. Jean-Marie Vanlerenberghe, *vice-présidents* ; MM. Nicolas About, François Autain, Paul Blanc, Jean-Marc Juilhard, Mmes Gisèle Printz, Patricia Schillinger, *secrétaires* ; M. Alain Vasselle, *rapporteur général* ; Mmes Jacqueline Alquier, Brigitte Bout, Claire-Lise Champion, MM. Jean-Pierre Cantegrit, Bernard Cazeau, Mme Jacqueline Chevé, M. Yves Daudigny, Mme Christiane Demontès, M. Jean Desessard, Mme Sylvie Desmarescaux, M. Guy Fischer, Mme Samia Ghali, MM. Bruno Gilles, Jacques Gillot, Adrien Giraud, Mme Colette Giudicelli, MM. Jean-Pierre Godefroy, Alain Gournac, Mmes Sylvie Goy-Chavent, Françoise Henneron, Marie-Thérèse Hermange, Gélita Hoarau, M. Claude Jeannerot, Mme Christiane Kammermann, MM. Marc Laménie, Serge Larcher, André Lardeux, Dominique Leclerc, Jacky Le Menn, Jean-François Mayet, Alain Milon, Mmes Isabelle Pasquet, Anne-Marie Payet, M. Louis Pinton, Mmes Janine Rozier, Michèle San Vicente-Baudrin, MM. René Teulade, François Vendasi, René Vestri, André Villiers.

Voir le(s) numéro(s) :

Sénat : 193 (2009-2010)

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
AVANT-PROPOS	5
I. LE CONTEXTE GÉNÉRAL : UNE OPPOSITION ADOUCIE ENTRE LES APPROCHES FRANÇAISE ET EUROPÉENNE DU SERVICE PUBLIC	7
A. DEUX PHILOSOPHIES ANTAGONISTES.....	7
1. <i>La conception française</i>	7
2. <i>La conception européenne</i>	7
B. LA PROGRESSIVE ACCLIMATATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE AU SERVICE PUBLIC	8
1. <i>La reconnaissance des services d'intérêt économique général</i>	8
2. <i>L'évolution des traités</i>	9
C. VERS UNE DIRECTIVE-CADRE SUR LES SERVICES D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE GÉNÉRAL ?	10
1. <i>Directive ou règlement ?</i>	10
2. <i>Quelles chances d'adoption ?</i>	10
II. LA DIRECTIVE SERVICES : UN CONTENU ET DES ENJEUX PARFOIS MAL IDENTIFIÉS	12
A. UNE DIRECTIVE ATYPIQUE	12
1. <i>Un cheminement complexe</i>	12
2. <i>Un processus de transposition spécifique</i>	12
B. DIRECTIVE SERVICES ET DROIT DE LA CONCURRENCE	13
III. LA TRANSPOSITION DU TEXTE PAR LA FRANCE : UNE MISE À L'ÉCART ILLÉGITIME DU PARLEMENT	14
A. L'UTILITÉ RELATIVE D'UNE LOI-CADRE DE TRANSPOSITION	14
B. LES DROITS DU PARLEMENT À NOUVEAU IGNORÉS	15
C. DES CHOIX JURIDIQUES RAISONNABLES MAIS DÉNUÉS DE VISION POLITIQUE	16
1. <i>La délimitation du champ d'application de la directive</i>	16
2. <i>Des opportunités manquées</i>	17
IV. LA PROPOSITION DE LOI : UNE PROTESTATION CONTRE LA PASSIVITÉ DU GOUVERNEMENT DANS LA DÉFENSE DES SERVICES SOCIAUX EN EUROPE	18
A. AU NIVEAU COMMUNAUTAIRE, RIEN N'EST ENTREPRIS POUR FAIRE ÉVOLUER L'ENCADREMENT DES AIDES D'ÉTAT	18
1. <i>La réglementation en vigueur</i>	18
2. <i>Les aménagements concevables</i>	19
B. AU NIVEAU NATIONAL, RIEN N'EST ENGAGÉ POUR SÉCURISER LES SUBVENTIONS VERSÉES AUX SERVICES SOCIAUX	20

EXAMEN DES ARTICLES	21
• <i>Article 1^{er}</i> Exclusion des services sociaux du champ d'application de la directive services	21
• <i>Article 2</i> Définition des services sociaux d'intérêt général	23
• <i>Article 3</i> Exigence de mandatement	24
• <i>Article 4</i> Définition du mandatement et création d'une convention de partenariat d'intérêt général	25
• <i>Article 5</i> Principes encadrant les services sociaux	28
 TRAVAUX DE LA COMMISSION	 29
 LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES PAR LE RAPPORTEUR	 33

Mesdames, Messieurs,

D'inspiration libérale, le droit européen encadre si étroitement l'intervention de l'Etat et des collectivités territoriales dans la vie économique et sociale qu'on peut légitimement se demander s'il n'est pas susceptible d'entraîner un démantèlement des services publics, et notamment des services sociaux, de notre pays.

Pourtant, des marges de manœuvre juridiques et politiques existent : non seulement il est évidemment possible de réviser le droit communautaire en vigueur - bien que les procédures pour y parvenir soient difficiles à mettre en œuvre -, mais il revient en outre à chaque Etat membre de définir, en fonction du modèle de société qu'il entend promouvoir, un certain nombre de services d'intérêt économique général qui permettent d'aménager le droit de la concurrence dans les secteurs d'activité qu'il ne souhaite pas voir régis par les lois du marché.

Or, on peut s'étonner que le Gouvernement ne fasse aucun usage de ces facultés, ni au niveau des négociations européennes, ni au niveau national.

Il résulte de cette abstention singulière que la majeure partie des services sociaux, qui regroupent des centaines de milliers d'associations, de bénévoles et de salariés sont aujourd'hui confrontées à une situation d'insécurité juridique dommageable : au premier contentieux impliquant le droit ou les autorités communautaires, la légalité des subventions que ces services reçoivent pourrait être remise en cause.

Les auteurs de cette proposition de loi relative à la protection des missions d'intérêt général imparties aux services sociaux et à la transposition de la directive services, dont votre rapporteur fait partie, ont donc voulu saisir l'occasion de l'entrée en vigueur, en décembre dernier, de la directive services pour alerter les parlementaires et l'opinion publique sur l'état de précarité juridique des services sociaux en France.

A défaut d'apporter l'ensemble des réponses attendues, la proposition de loi et les débats qu'elle ne manquera pas de provoquer permettront, il faut l'espérer, de tracer les contours d'une solution globale au problème du statut juridique des services sociaux et de confirmer la place essentielle qu'elles occupent dans le modèle social français.

I. LE CONTEXTE GÉNÉRAL : UNE OPPOSITION ADOUCIE ENTRE LES APPROCHES FRANÇAISE ET EUROPÉENNE DU SERVICE PUBLIC

A. DEUX PHILOSOPHIES ANTAGONISTES

Héritières d'histoires et de philosophies antithétiques, les traditions juridiques française et communautaire s'opposent sur la place à donner aux services publics dans la société.

1. La conception française

Conçu dans un pays dont l'unité fut construite et assurée par l'Etat, le droit public français accorde un rôle central au service public, au point que ce dernier constitue, pour certains juristes, la justification même du droit administratif. Qu'il soit mis en œuvre, directement ou indirectement, par l'Etat ou les collectivités territoriales, le service public apparaît comme un élément du modèle social français largement fondé sur le principe d'égalité entre les citoyens. **Le droit administratif a donc favorisé l'intervention publique**, tant au niveau national que local, dans l'ensemble des sphères d'activités, non seulement sociales et économiques mais aussi sportives ou culturelles. En un sens, la clause de compétence générale vient consacrer cette conception du rôle des pouvoirs publics : dès lors qu'elle agit au nom de l'intérêt général, une collectivité peut, quel que soit son niveau de compétences, intervenir dans la vie de la société.

2. La conception européenne

La conception européenne du rôle de l'Etat, sur laquelle est bâti le droit communautaire, est radicalement inverse. Traumatisés par la crise des années trente et la Seconde Guerre mondiale, les rédacteurs du traité de Rome sont les héritiers d'une autre philosophie de l'Etat, selon laquelle celui-ci est en partie responsable de la crise, pour avoir permis l'essor du protectionnisme économique, et surtout potentiellement liberticide, pour avoir été l'instrument de l'embrigadement des âmes. **Le droit communautaire repose donc sur l'une des idées fondamentales de la pensée libérale** : c'est la limitation du rôle de l'Etat qui permet de favoriser au mieux la paix et la prospérité en Europe.

On mesure alors combien cette approche peut heurter la tradition juridique nationale française.

B. LA PROGRESSIVE ACCLIMATATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE AU SERVICE PUBLIC

La confrontation des droits communautaire et français sur le rôle de l'Etat et des services publics explique que la construction communautaire ait été vécue, par une partie de plus en plus large de l'opinion publique nationale, comme une dérégulation progressive des services publics, au moment même où la fin des Trente Glorieuses semblait au contraire renforcer le besoin de service public.

1. La reconnaissance des services d'intérêt économique général

Pourtant, à partir des années quatre-vingt-dix, parallèlement à l'ouverture des activités de réseau à la concurrence (transports aériens, postes et télécommunications, énergie), **le droit communautaire s'est prudemment rapproché de la notion française de service public, de deux manières :**

- d'abord, **la Cour de justice des communautés européennes** (CJCE) a précisé la notion de **service d'intérêt économique général** (Sieg), terme habituellement utilisé en droit communautaire pour désigner le service public. Ayant admis que des obligations de service public peuvent justifier, en faveur de l'organisme public ou privé qui en est chargé, des compensations financières publiques visant à compenser le surcoût qu'elles engendrent, elle a ensuite précisément défini les conditions dans lesquelles une aide financière publique ne saurait être assimilée à une aide d'Etat¹. En 2008, le tribunal de première instance a en outre indiqué que « *les Etats membres ont un large pouvoir d'appréciation quant à la définition de ce qu'ils considèrent comme des services d'intérêt économique général et [...] la définition de ces services par un Etat membre ne peut être remise en question par la Commission qu'en cas d'erreur manifeste*² » ;

- ensuite, **la Commission** a élaboré une nouvelle notion de droit communautaire, celle de « **service universel** », qu'elle a défini comme « *un ensemble minimal de services d'une qualité donnée auquel tous les utilisateurs et les consommateurs ont accès compte tenu des circonstances nationales spécifiques, à un prix abordable* ». Apparaissant comme un noyau incompressible de service public, le service universel est évoqué aussi bien par la loi du 26 juillet 1996, qui fait mention d'un « *service universel téléphonique* » que par la loi du 20 mai 2005, qui confie à La Poste une mission de « *service universel postal* ».

¹ CJCE, affaire C-280/00, dite *Altmark*, 24 juillet 2003. Ces conditions ont ensuite été précisées par une décision, une directive et un règlement de la Commission, qui forment ce que l'on appelle communément le paquet « *Monti-Kroes* », du nom de deux anciens commissaires européens chargés de la concurrence.

² Tribunal de première instance de la CJCE, affaire T-289/03, dite *Bupa*, considérant 166, 12 février 2008.

2. L'évolution des traités

Plus récemment, les partisans de la défense du service public en Europe, dont fait partie votre rapporteur, se sont félicités **de trois évolutions majeures des traités communautaires allant dans le sens d'une reconnaissance de la notion** :

• **l'article 14 du traité de Lisbonne**, entré en vigueur le 1^{er} décembre dernier, prévoit qu'« *eu égard à la place qu'occupent les services d'intérêt économique général parmi les valeurs communes de l'Union ainsi qu'au rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, l'Union et ses Etats membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application des traités, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, notamment économiques et financières, qui leur permettent d'accomplir leurs missions. Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à la procédure législative ordinaire, établissent ces principes et fixent ces conditions, sans préjudice de la compétence qu'ont les Etats membres, dans le respect des traités, de fournir, de faire exécuter et de financer ces services.* » Il existe donc désormais une base légale pour l'élaboration et l'adoption d'un règlement ou d'une directive promouvant les Sieg en Europe ;

• **l'article premier du protocole n° 26** sur les services d'intérêt général indique que « *les valeurs communes de l'Union concernant les services d'intérêt économique général au sens de l'article 14 [...] comprennent notamment* :

« - *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 ;*

« - *la diversité des services d'intérêt économique général et les disparités qui peuvent exister au niveau des besoins et des préférences des utilisateurs en raison de situations géographiques, sociales ou culturelles différentes ;*

« - *un niveau élevé de qualité, de sécurité et quant au caractère abordable, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs. »*

• enfin, **l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux**, consacré à « *l'accès aux services d'intérêt économique général* », précise 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.* »

Au vu de cette évolution juridique, la question de l'élaboration et de l'adoption d'une directive-cadre visant à promouvoir les services d'intérêt économique général en Europe peut être légitimement posée.

C. VERS UNE DIRECTIVE-CADRE SUR LES SERVICES D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE GÉNÉRAL ?

1. Directive ou règlement ?

L'article 14 du traité de Lisbonne évoque, on l'a vu, la possibilité pour le Parlement et les Etats membres d'adopter des « *règlements* » établissant les principes et les conditions nécessaires au bon fonctionnement des services d'intérêt économique général. Quel sens juridique faut-il donner à ce terme de « *règlements* », utilisé au pluriel ?

L'article 288 du traité de Lisbonne (ex-article 249 du traité instituant la communauté européenne, ou traité de Rome) distingue entre le règlement et la directive : alors que le premier a une portée générale et « *est obligatoire dans tous ses éléments* » et « *directement applicable dans tout Etat membre* », la seconde « *lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens* ».

Employé au pluriel, le terme « *règlements* » pourrait donc être entendu soit d'une manière extensive, au sens de règles ou de normes, ce qui laisserait au législateur européen le choix du support juridique précis (règlement ou directive), soit d'une manière restrictive, c'est-à-dire au sens de l'article 288 du traité, ce qui priverait le législateur de la possibilité de recourir à une directive.

Cette question d'interprétation juridique est loin d'être secondaire : si le terme « *règlement* » devait finalement être entendu au sens strict, la probabilité d'adopter un texte encadrant les Sieg serait particulièrement faible, car on imagine mal les vingt-sept pays de l'Union, dans un domaine où les traditions nationales sont si différentes et sensibles, aboutir à un accord sur des règles « *directement applicables* » dans chaque Etat membre.

2. Quelles chances d'adoption ?

Une analyse lucide et réaliste de la conjoncture politique européenne oblige à reconnaître, par ailleurs, que **l'adoption d'une norme communautaire en matière de Sieg ne sera pas aisée, du moins à moyen terme.**

• **D'abord, il faudrait que la Commission présente un texte en ce sens au Conseil et au Parlement**, car elle seule détient le pouvoir de l'initiative législative.

Or, les services de la Commission ont indiqué à votre rapporteur qu'une telle action n'était pas envisagée, l'institution considérant, comme le rappelle régulièrement son Président, José Manuel Barroso, qu'une directive-cadre est inutile puisque le protocole n° 26 propose déjà une définition communautaire des Sieg. Ceci étant, lors de son audition devant le Parlement européen le 13 janvier dernier, Michel Barnier, commissaire en charge du marché intérieur, n'a pas exclu de proposer des initiatives législatives en matière de Sieg, les jugeant probablement utiles à certains secteurs d'activité déterminés.

• Ensuite, à supposer même qu'un texte soit proposé par la Commission, **il faudrait encore qu'un consensus se dégage sur le sujet au Parlement et au Conseil**. Sur cette possibilité, les avis des personnes auditionnées par votre rapporteur divergent :

- soulignant que les pays de tradition libérale, comme le Royaume-Uni ou l'Irlande ainsi que les nouveaux pays membres, sont hostiles à une législation européenne en matière de Sieg, les fonctionnaires du secrétariat général aux affaires européennes et ceux de la représentation permanente estiment que la probabilité d'aboutir à un compromis final est faible et craignent même qu'en cas d'accord, celui-ci se fasse au détriment des intérêts français ;

- à l'inverse, la députée européenne Pervenche Bérès, membre du parti socialiste européen (PSE), considère qu'il est possible de construire une majorité au Parlement européen pour adopter une directive-cadre qui permettrait de faire des Sieg un élément fondamental d'un modèle social européen. Elle rappelle en ce sens que la commission « emploi et affaires sociales » qu'elle préside au Parlement européen a confié, en novembre dernier, un rapport d'initiative sur les services sociaux d'intérêt général à Françoise Castex, députée européenne, et qu'un groupe de travail rassemblant des députés de sensibilités politiques différentes s'est constitué sur le même sujet.

II. LA DIRECTIVE SERVICES : UN CONTENU ET DES ENJEUX PARFOIS MAL IDENTIFIÉS

A. UNE DIRECTIVE ATYPIQUE

1. Un cheminement complexe

Initialement proposée par la Commission européenne le 13 janvier 2004 dans le but de favoriser l'émergence d'un marché intérieur des services, la directive services a été profondément remaniée par le Parlement européen, qui a notamment supprimé le principe, tant controversé, du pays d'origine. La directive n° 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur a finalement été adoptée par le Conseil et le Parlement européens le 12 décembre 2006.

Afin d'encourager le développement des services, qui représentent 70 % du PIB de l'Union européenne, la directive établit un cadre juridique commun à tous les Etats membres. Elle poursuit précisément **quatre objectifs** :

- faciliter la liberté d'établissement et la liberté de prestation de services au sein de l'Union, notamment grâce à des mesures de simplification des formalités administratives qui bénéficieront en particulier aux PME ;
- renforcer les droits des usagers des services ;
- promouvoir la qualité des services ;
- établir une coopération administrative entre les Etats membres.

Pour assurer la transposition de la directive, les Etats membres disposaient d'un délai de trois ans à compter de la publication, soit jusqu'au 28 décembre 2009.

2. Un processus de transposition spécifique

Concrètement, l'obligation de transposition comporte **quatre volets principaux** auxquels doit se soumettre chaque Etat membre :

- recenser, de manière exhaustive, les régimes d'autorisation applicables aux activités de services et vérifier leur conformité aux exigences de la directive. En effet, celle-ci ne supprime pas systématiquement les régimes d'autorisation mais conditionne leur maintien au respect de trois critères : nécessité, proportionnalité, caractère non discriminatoire ;
- transmettre à la Commission un ensemble de fiches et un rapport de synthèse justifiant les choix effectués en matière de régimes d'autorisation ;

- instaurer des « guichets uniques » chargés de fournir des informations sur les droits et les formalités à accomplir pour exercer une activité de service ;

- mettre en œuvre le système d'information du marché intérieur : cet outil électronique, qui prend la forme d'une plate-forme d'échanges d'informations traduites, devrait faciliter, à partir du 1^{er} janvier 2010, la coopération entre les Etats membres en matière d'examen des autorisations d'exercer une activité de service.

Ne créant **aucun droit nouveau pour les citoyens ou les entreprises** mais visant simplement à **soumettre la législation existante des Etats membres à un certain nombre de principes**, la directive services est donc profondément originale dans sa conception.

B. DIRECTIVE SERVICES ET DROIT DE LA CONCURRENCE

Les débats relatifs à la transposition du texte en droit français ont parfois été nourris par le malentendu qui s'est constitué sur ses enjeux.

Il ne s'agit pas de soumettre ou de soustraire certains secteurs, notamment sociaux, au droit de la concurrence, c'est-à-dire à la législation sur les aides d'Etat. En vertu de la jurisprudence de la CJCE en effet, **tous les services publics, y compris les services sociaux, sont soumis au droit de la concurrence¹**.

L'enjeu de la transposition de la directive n'est donc pas d'inclure ou d'exclure tel ou tel service du champ d'application du droit de la concurrence.

La discussion se situe sur un autre terrain et doit permettre de répondre aux deux questions suivantes : quelles sont les activités de service qui ne doivent pouvoir être exercées qu'après autorisation des pouvoirs publics ? Parmi ces activités, quelles sont celles dont la légalité du régime d'autorisation est soumis aux critères de la directive (nécessité, proportionnalité, caractère non discriminatoire) ?

Inclure ou exclure un secteur du champ d'application de la directive ne revient donc pas à le subordonner ou le préserver du droit de concurrence, mais à décider si son régime d'autorisation doit ou non répondre aux critères posés par la directive.

¹ *Seules les activités régaliennes (affaire C-164/92, dite Eurocontrol, 19 janvier 1994) et les services assurant « une fonction de caractère exclusivement social », comme la sécurité sociale (affaires C-159/91 et C-160/91, dite Poucet et Pistre, 17 février 1993), échappent au droit de la concurrence, au sens de l'interdiction des aides d'Etat.*

III. LA TRANSPOSITION DU TEXTE PAR LA FRANCE : UNE MISE À L'ÉCART ILLÉGITIME DU PARLEMENT

A. L'UTILITÉ RELATIVE D'UNE LOI-CADRE DE TRANSPOSITION

Contrairement à la France, plusieurs pays de l'Union ont choisi d'adopter une loi-cadre pour assurer la transposition de la directive services¹.

Ce mode de transposition y a permis la tenue d'un débat général sur la directive services et ses implications. Surtout, il a souvent fourni l'occasion de rassurer certains acteurs encore inquiets du contenu de l'ancienne « directive Bolkestein ».

Ceci étant, il faut reconnaître que, pour ce qui concerne cette directive, le vote d'une loi-cadre ne constitue pas, en soi, un gage de sécurité juridique accrue, *a fortiori* lorsque la loi en question a consisté simplement, à peu de choses près, en une copie de la directive².

En effet, l'adoption d'une loi-cadre ne dispense pas les Etats membres qui y recourent de passer en revue leur législation relative à l'exercice des activités de services pour examiner sa conformité aux exigences de la directive et, le cas échéant, de la modifier.

Le mode de transposition adopté par la France a donc consisté à analyser l'ensemble de la législation en cause et, le cas échéant, à procéder secteur par secteur aux modifications jugées nécessaires. C'est la raison pour laquelle plusieurs lois comportent des dispositions visant à mettre la législation nationale en conformité avec la directive : c'est le cas notamment de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires ou de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

Les services de la Commission ont indiqué à votre rapporteur qu'ils considéraient, à première vue³, le travail effectué par la France comme « sérieux et de qualité ».

¹ Selon certains, vingt-cinq pays sur vingt-sept se seraient engagés dans cette voie. La direction générale de l'action sociale (DGAS) a cependant indiqué à votre rapporteur que cette affirmation était inexacte, estimant que seul un nombre limité d'Etats membres a adopté une loi-cadre. La liste de ces pays n'a toutefois pas été communiquée à votre rapporteur. En raison des délais impartis, votre commission n'a pu analyser la législation de l'ensemble des Etats membres pour connaître avec précision le nombre des pays concernés par une loi-cadre.

² Tel est le cas, par exemple, du Royaume-Uni (Statutory instruments, 2009 n° 2999, provision of services, the provision of services regulations 2009) et de l'Espagne (Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio).

³ Ayant reçu les fiches concernant les régimes d'autorisation et le rapport de synthèse quelques semaines seulement avant d'être auditionnés par votre rapporteur, ils ne disposaient pas encore du recul nécessaire pour se prononcer définitivement.

B. LES DROITS DU PARLEMENT À NOUVEAU IGNORÉS

Le Gouvernement a récemment transmis à la Commission européenne la liste des régimes d'autorisation qu'il juge à la fois nécessaires de maintenir et conformes aux exigences de la directive. Celle-ci va donc examiner le document et engager une discussion avec la France sur les éventuels régimes d'autorisations qui lui sembleraient injustifiés.

Or, et cette position n'est pas défendable, le Gouvernement refuse de communiquer cette liste au Parlement¹ alors que les régimes d'autorisations comportent, au moins pour une partie d'entre eux, des dispositions législatives.

Faudrait-il donc admettre que le Gouvernement se charge de débattre et, vraisemblablement, de trouver un accord avec la Commission européenne, qui entraînera nécessairement des modifications législatives, sans même que le Parlement n'ait été consulté ? Tout au plus, devra-t-il, dans quelques mois, entériner, en bloc, le paquet normatif négocié par les autorités françaises à Bruxelles.

Cette pratique n'est ni légale, puisqu'aucun texte communautaire ou national ne donne cette faculté de négociation au Gouvernement une fois la directive votée, **ni légitime**, car elle aboutit à bafouer les prérogatives politiques du Parlement.

Votre commission a déjà eu l'occasion d'affirmer **son opposition résolue à cette méthode²** et souhaite y mettre un terme en exerçant, de manière encore plus vigilante, son pouvoir de contrôle.

Elle espère donc vivement que, d'ici à la discussion de la présente proposition de loi en séance publique, le Gouvernement, respectueux du pouvoir législatif, lui transmette la liste des régimes d'autorisation présentée à la Commission.

¹ *Le député rapporteur de la proposition de loi identique à celle-ci, déposée à l'Assemblée nationale par le groupe socialiste, Jean-Patrick Gille, s'est vu opposer une fin de non-recevoir de la part des fonctionnaires du SGAE. La commission des affaires sociales du Sénat n'a pas eu plus de succès. A l'inverse, la DGAS a, pour ce qui relève de son domaine de compétences, communiqué à votre commission les modifications législatives et réglementaires rendues nécessaires par la transposition de la directive.*

² *Voir notamment le rapport Sénat n° 253 (2007-2008) de Muguette Dini, au nom de la commission des affaires sociales, relatif au projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, ainsi que le compte rendu des débats de la séance du 28 avril 2009 consacrée au contrôle du suivi par le Gouvernement des résolutions européennes du Sénat.*

C. DES CHOIX JURIDIQUES RAISONNABLES MAIS DÉNUÉS DE VISION POLITIQUE

1. La délimitation du champ d'application de la directive

Faute de connaître les choix du Gouvernement en matière de régime d'autorisation, votre commission est évidemment dans l'incapacité de se prononcer sur leur compatibilité avec la directive ainsi que sur leur opportunité.

Néanmoins, le rapport de synthèse sur la transposition de la directive, rendu public le 20 janvier dernier, indique que plusieurs services sociaux ont bien été inclus dans le champ d'application de la directive, dont l'accueil collectif des jeunes enfants et l'aide à domicile.

L'article 2, paragraphe 2, point j, de la directive services exclut de ce champ d'application « *les services sociaux relatifs au logement social, à l'aide à l'enfance et l'aide aux familles et aux personnes se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin qui sont assurés par l'Etat, par des prestataires mandatés par l'Etat ou par des associations caritatives reconnues comme telles par l'Etat* ».

En l'état actuel du droit¹, peut-on considérer que l'autorisation nécessaire pour ouvrir un établissement d'accueil des jeunes enfants (EAJE), comme l'autorisation ou l'agrément requis pour proposer un service d'aide à domicile, sont assimilables à un mandatement au sens de la directive ?

La réponse à cette question est particulièrement délicate dans la mesure où **la directive se garde bien de définir ce que recouvre la notion de mandatement**. Certes, le manuel relatif à la mise en œuvre de la directive services élaboré par la Commission définit le mandatement comme l'obligation donnée par la collectivité au mandataire de fournir un service. Cependant, ce document, à caractère pédagogique, n'a aucune valeur juridique.

La mission relative à la prise en compte des spécificités des services d'intérêt général dans la transposition de la directive services et l'application du droit communautaire des aides d'Etat, présidée par Michel Thierry, définit le mandatement comme « *la délégation de prestations de services d'intérêt général pour le compte d'une autorité publique* ». Cette conception, assez proche de celle de la Commission européenne, conduit à inclure les régimes d'autorisation des EAJE et de l'aide à domicile dans le champ d'application de la directive, les autorisations de prêter n'étant pas accompagnées d'obligations de services publics. Tel est, *in fine*, le raisonnement suivi par le Gouvernement.

¹ Article L. 2324-1 du code de la santé publique pour les établissements d'accueil des jeunes enfants et articles L. 313-1-1 du code de l'action sociale et des familles et L. 7231-1 du code du travail pour l'aide à domicile.

Au total, on peut considérer que l'interprétation retenue par le Gouvernement pour l'application de la directive aux secteurs des EAJE et de l'aide à domicile est la plus prudente et la mieux à même d'éviter à la France de futurs contentieux avec la Commission.

2. Des opportunités manquées

Le choix du Gouvernement témoigne, néanmoins, d'une **absence de stratégie politique** concernant la promotion des services publics, et notamment sociaux, dans l'Union.

En effet, autant on peut estimer qu'en l'état actuel du droit, les EAJE comme l'aide à domicile, pour ne prendre que ces deux exemples, ne sont pas exclus du champ d'application de la directive, autant il faut souligner que **rien n'empêchait le Gouvernement de modifier les régimes légaux** en cause pour les intégrer au domaine des secteurs non soumis à la directive.

Il n'aurait pas été difficile, par exemple, de définir un nouveau régime d'autorisation des EAJE, combinant des exigences de santé et de sécurité avec des obligations de service public, relatives notamment à la modulation des tarifs en fonction du revenu des parents.

Une telle modification législative aurait d'ailleurs pu, bien sûr, faire l'objet d'une initiative parlementaire : encore aurait-il fallu que le Parlement ait connaissance de la liste des régimes d'autorisation élaborée par le Gouvernement...

L'avantage politique d'une telle démarche aurait consisté, au moment de la négociation d'un règlement ou d'une directive-cadre relative aux Sieg, à engager les discussions avec la Commission européenne et les autres Etats membres dans une position plus confortable. La France aurait pu, en effet, faire valoir de manière crédible qu'elle considérait les services d'accueil collectif des jeunes enfants et d'aide à domicile comme des Sieg, puisqu'elle les avait déjà exclus du champ d'application de la directive services au nom des obligations de service public qu'elle impose aux opérateurs de ces secteurs.

IV. LA PROPOSITION DE LOI : UNE PROTESTATION CONTRE LA PASSIVITÉ DU GOUVERNEMENT DANS LA DÉFENSE DES SERVICES SOCIAUX EN EUROPE

A. AU NIVEAU COMMUNAUTAIRE, RIEN N'EST ENTREPRIS POUR FAIRE ÉVOLUER L'ENCADREMENT DES AIDES D'ÉTAT

1. La réglementation en vigueur

Du point de vue du droit communautaire, le problème des Sieg est en réalité, pour l'essentiel, celui des aides d'Etat. En effet, la mise en place d'un service public, notamment dans le domaine social, se traduit dans la majorité des cas par le versement d'une subvention publique à l'opérateur qui en est chargé.

Or, la légalité de ces subventions est contrôlée par la Commission et la CJCE, qui ne les acceptent que si celles-ci remplissent des conditions strictement définies.

On l'a vu, ces conditions, communément dénommées paquet « Monti-Kroes », sont fixées par plusieurs décisions et règlements de la Commission inspirés de la jurisprudence de la CJCE.

Les aides dont le montant est inférieur à 200 000 euros sur trois ans, c'est-à-dire les aides dites « *de minimis* », ne font l'objet d'aucun encadrement particulier. En revanche, celles d'un montant supérieur doivent, pour ne pas être considérées comme contraires au traité et donc illégales, satisfaire aux trois exigences suivantes :

- la structure bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public clairement définies ;

- les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis, de façon objective et transparente ;

- la compensation ne peut pas dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public ;

Or, force est de constater que cette réglementation est **inadaptée à la vie associative et économique de la majorité des communes** : son respect requiert des compétences juridiques et la mise en place d'une comptabilité analytique qui ne sont accessibles qu'aux opérateurs et collectivités de taille moyenne ou au-delà.

En outre, **les coûts engendrés par la réglementation** sont, de l'avis de l'association des maires de France (AMF) et de l'assemblée des départements de France (ADF), à la fois **élevés et absurdes** : les fonds mobilisés en frais administratifs viennent en déduction des subventions

versées aux associations, alors que le respect de la procédure ne change rien, de fait, aux choix et pratiques des communes et départements.

Le Gouvernement lui-même semble conscient de ces difficultés, puisque dans son rapport triennal sur les conditions de mise en œuvre des règles du paquet « Monti-Kroes » en mars 2009, il signalait à la Commission « *le décalage extrêmement important qui existe entre les préoccupations des collectivités publiques lorsqu'elles organisent les ressorts de leur compétence et la façon dont le droit européen appréhende ces services* ». Il indiquait même que les incompréhensions entre les pouvoirs publics français et les autorités communautaires sur ce sujet « *sont source d'insécurité juridique, mais également de coûts importants* ».

Pourtant, depuis un an et demi, **cette fermeté de ton dans les propos ne s'est traduite par aucune action concrète**. D'après l'ensemble des personnalités auditionnées par votre rapporteur, **le Gouvernement n'a entrepris aucune démarche, ni officielle ni officieuse, pour faire évoluer la réglementation des aides d'Etat en Europe**.

2. Les aménagements concevables

Deux pistes pourraient être explorées avec succès.

- D'une part, **le seuil des aides de minimis pourrait être significativement relevé**. La députée européenne allemande, Evelyne Gebhardt, précédemment rapporteur de la directive services au Parlement, a ainsi indiqué à votre rapporteur que les collectivités allemandes rencontrent le même problème de surcoût de gestion que les pouvoirs locaux français. Une alliance entre la France et l'Allemagne sur ce sujet semblerait donc opportune et envisageable.

- D'autre part, **la conception des aides d'Etat pourrait être utilement précisée**. Il s'agirait d'introduire, parmi les critères de compatibilité d'une aide avec le respect du droit de la concurrence, l'impact sur les échanges communautaires. L'article 107 (ex-87 TCE) du traité de Lisbonne stipule en effet que les aides accordées par les Etats membres sont incompatibles avec le marché intérieur « *dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres* ». Or, une grande partie des aides accordées par les communes aux associations et services sociaux n'ont aucun impact sur les échanges communautaires, car le « marché » sur lequel elles peuvent avoir un effet reste strictement circonscrit géographiquement. La prise en compte du critère de l'impact permettrait donc sans doute de sécuriser juridiquement la majeure partie des subventions versées par les communes.

Afin d'inciter le Gouvernement à agir sur ces sujets si fondamentaux pour le modèle social français, votre commission considère qu'il serait utile de déposer **une proposition de résolution européenne** en ce sens.

B. AU NIVEAU NATIONAL, RIEN N'EST ENGAGÉ POUR SÉCURISER LES SUBVENTIONS VERSÉES AUX SERVICES SOCIAUX

On l'a vu, l'arrêt Bupa du tribunal de première instance de la CJCE a confirmé que les Etats membres disposent d'un large pouvoir d'appréciation pour définir ce qu'ils considèrent comme des Sieg.

Or, ce travail de définition est indispensable pour sécuriser les subventions publiques dans un certain nombre de secteurs : c'est le cas, par exemple, du soutien scolaire gratuit ou des activités assurées par les centres sociaux, les centres de loisirs ou les centres de vacances :

- dans le premier cas, en l'absence de définition d'un Sieg relatif au soutien scolaire, les subventions versées par l'Etat aux associations bénévoles pourraient valablement être contestées par la Commission qui pourrait les considérer comme des aides d'Etat illégales affectant l'activité des entreprises du secteur du soutien scolaire ;

- de même, dans le second, les modalités d'octroi des subventions, qui sont réservées aux associations ou aux fédérations, ne répondent pas aux critères du paquet « Monti-Kroes » et pourraient facilement être remises en cause par une entreprise considérant que ces aides publiques constituent une entrave au principe de libre concurrence.

A nouveau, on ne peut manquer de s'étonner de la placidité, **face à des problèmes juridiques mais surtout politiques d'une telle ampleur, du Gouvernement.**

Un travail de recensement des services sociaux dont le financement est menacé par le droit communautaire et une réflexion sur les moyens de sécuriser celui-ci sont urgents. Votre commission pourrait utilement s'y employer.

*

* *

Conformément à l'accord politique passé entre les présidents de groupes pour ce qui concerne l'examen des textes inscrits à l'ordre du jour du Sénat sur proposition d'un groupe d'opposition ou minoritaire, votre commission des affaires sociales a décidé de ne pas adopter de texte pour cette proposition de loi afin qu'elle soit débattue, en séance publique, dans la rédaction initiale voulue par ses auteurs

EXAMEN DES ARTICLES

Article 1^{er}

Exclusion des services sociaux du champ d'application de la directive services

Objet : Cet article vise à exclure l'ensemble des services sociaux du domaine d'application de la directive services.

I - Le dispositif proposé

Cet article se propose d'exclure la totalité des services sociaux du champ d'application de la directive en distinguant **trois types de services sociaux** :

- les services sociaux à caractère exclusivement social ;
- les services sociaux relevant de l'article 2, paragraphe 2, point j de la directive ;
- les autres services sociaux.

• **Les services sociaux à caractère exclusivement social** sont définis à l'article 2, paragraphe 2 de la présente proposition de loi et énumérés à l'annexe III. Les auteurs s'appuient ici sur une **jurisprudence** de la CJCE en vertu de laquelle des organismes qui « *remplissent une fonction de caractère exclusivement social* » peuvent ne pas être considérés comme des entreprises, c'est-à-dire ne pas être soumis au droit de la concurrence¹.

Ceci étant, **la définition du périmètre d'application de la directive services est indépendante de la réglementation relative aux aides d'Etat**. Autrement dit, au regard du droit communautaire, un service peut être considéré comme remplissant une fonction de caractère exclusivement social et être inclus dans le champ d'application de la directive ; à l'inverse, un service social peut être exclu de ce champ et en même temps soumis au droit de la concurrence. La directive ne faisant aucune référence explicite au statut

¹ *Affaires C-159/91 et C-160/91, dites Poucet et Pistre, 17 février 1993.*

des services à caractère exclusivement social, il est délicat de se prononcer, de manière certaine, sur leur inclusion dans son champ d'application.

• En revanche, **les services sociaux relevant de l'article 2, paragraphe 2, point j, de la directive** ne relèvent pas, par définition, de la directive. Ce point j prévoit en effet que la directive ne s'applique pas aux *« services sociaux relatifs au logement social, à l'aide à l'enfance et à l'aide aux familles et aux personnes se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin qui sont assurés par l'Etat, par des prestataires mandatés par l'Etat ou par des associations caritatives reconnues comme telles par l'Etat »*. Pour cette catégorie, la proposition de loi reprend mot à mot les dispositions de la directive. Les services sociaux concernés sont énumérés, à titre indicatif, à l'annexe I.

• Enfin, selon les quatrième et cinquième paragraphes du texte, **les services sociaux qui ne sont pas exclus du champ d'application de la directive** au titre des deux rubriques précédentes doivent néanmoins **déroger aux règles relatives aux régimes d'autorisation et à la libre prestation de services** si une mission d'intérêt général leur est impartie.

Ces dispositions sont également conformes à la directive. L'article 15 prévoit en effet que le régime d'autorisation ne s'applique *« à la législation dans le domaine des services d'intérêt économique général que dans la mesure où [il] ne fait pas échec à l'accomplissement, en droit ou en fait, de la mission particulière qui leur a été confiée »*. L'article 17 précise par ailleurs que le principe de libre prestation de services ne s'applique pas aux services d'intérêt économique général.

II - La position de votre commission

Votre commission comprend la démarche qui a animé les auteurs de la proposition de loi. Ceci étant, **la valeur normative de cet article n'est pas assurée.**

Sauf en ce qui concerne les services à caractère exclusivement social, il reproduit, en effet, les dispositions de la directive. L'essentiel de son apport juridique consiste donc dans les annexes, qui dressent des listes indicatives de services sociaux correspondant aux catégories de services que la directive exclut de son champ d'application.

Or, ce choix est juridiquement contestable pour **deux raisons** :

- **sur la forme d'abord**, en vertu de la décision n° 2002-460 du 22 août 2002 du Conseil constitutionnel, le contenu de l'annexe d'une loi est dépourvu de valeur normative¹ ;

¹ Voir le considérant 21 de la décision évoquée : *« Considérant que [...] les orientations présentées dans le rapport figurant à l'annexe 1 de la loi déférée ne relèvent en revanche d'aucune des catégories de textes législatifs prévues par la Constitution et ne sont dès lors pas revêtues de la valeur normative qui s'attache à la loi [...] »*.

- **sur le fond ensuite**, mentionner un service particulier en annexe ne suffit pas, en soi, à l'exclure du champ d'application de la directive. En effet, il ne peut l'être que si ses caractéristiques propres sont conformes aux exigences posées à ce titre par la directive.

L'adoption de l'article n'empêcherait donc nullement la Commission européenne ou la CJCE de constater qu'un service, pourtant mentionné en annexe, ne satisfait pas aux critères d'exclusion du champ d'application de la directive.

Votre commission n'a pas adopté de texte pour cet article.

Article 2

Définition des services sociaux d'intérêt général

Objet : Cet article propose de définir les services sociaux d'intérêt général.

I - Le dispositif proposé

Cet article caractérise les services sociaux d'intérêt général comme les activités auxquelles « *des missions d'intérêt général sont imparties à des fins de protection sociale, de cohésion sociale, de solidarité nationale et de mise en œuvre des droits fondamentaux* ».

Deux catégories de services sociaux sont ensuite distinguées :

- **les services ou activités de nature économique** « *au sens du traité et de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne* » : sont ici visés les services d'intérêt économique général. Les auteurs considèrent que ces services « *relèvent des dispositions protectrices* » des articles 14 et 106 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Une liste indicative des activités concernées est présentée à l'annexe II de la proposition de loi ;

- les services « *assurant une fonction à caractère exclusivement social au sens de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne* ». Ces services « *ne sont pas fournis contre rémunération mais à titre gratuit* » et « *sont assurés par des entités sans but lucratif à gestion désintéressée ne maîtrisant pas le niveau des recettes qui est défini par l'autorité publique* ». Il s'agit, en réalité, des caractéristiques utilisées par la CJCE pour définir un service remplissant « *une fonction à caractère exclusivement social* »¹.

¹ Affaires C-159/91 et C-160/91, dite *Poucet et Pistre*, 17 février 1993.

II - La position de votre commission

Votre commission salue l'effort de définition des services sociaux accompli par les auteurs du texte. Ceci étant, pour les mêmes raisons évoquées à l'article 1^{er}, **la valeur normative de cet article ne semble pas bien établie.**

Dans un souci légitime de conformité au droit communautaire, le texte de la proposition de loi reprend, pour définir ces deux catégories de services sociaux, les définitions de la CJCE.

Par conséquent, ici encore, l'apport juridique principal de l'article réside dans ses annexes, dont on a vu la double fragilité juridique, au regard non seulement de la Constitution mais également du droit communautaire.

Votre commission n'a pas adopté de texte pour cet article.

Article 3

Exigence de mandatement

Objet : Cet article précise que les entités en charge de la gestion de services sociaux doivent être mandatées à cet effet.

I - Le dispositif proposé

En vertu de la réglementation communautaire des aides d'Etat, dite paquet « Monti-Kroes », toute subvention doit, pour ne pas être illégale, satisfaire aux trois exigences cumulatives suivantes :

- la structure bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public clairement définies ;

- les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis, de façon objective et transparente ;

- la compensation ne peut pas dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public.

Le présent article dispose donc que les autorités publiques, nationales ou territoriales, ont l'obligation de définir les missions des services sociaux au moyen d'un acte officiel de mandatement.

En instaurant une obligation de mandatement, la première condition du paquet « Monti-Kroes », mais elle seule, serait ainsi automatiquement satisfaite.

II - La position de votre commission

Si votre commission comprend l'intention des auteurs, elle s'interroge sur la réalité de la sécurité juridique apportée par cet article.

En effet, celui-ci ne peut être lu sans se référer à l'article 4 de la proposition de loi, qui définit un l'acte de mandatement comme « *tout acte opposable de nature législative, réglementaire, contractuelle ou internationale, obligeant l'entité à fournir les services sociaux conformément aux obligations spécifiques découlant de la mission particulière impartie* ».

Or, cette définition ne reprend pas les deuxième et troisième exigences du paquet « Monti-Kroes ».

Combiné avec l'article 4, le présent article laisse ainsi entendre que les pouvoirs publics ont l'obligation de mandater les services sociaux, mais qu'un mandatement portant uniquement sur la définition des missions imparties suffit à justifier l'octroi d'une éventuelle subvention, ce qui n'est pas conforme au droit communautaire.

Votre commission n'a pas adopté de texte pour cet article.

Article 4

Définition du mandatement et création d'une convention de partenariat d'intérêt général

Objet : Cet article propose de définir la notion de mandatement et de créer un nouveau type de convention, la convention de partenariat d'intérêt général.

I - Le dispositif proposé

En droit communautaire, **la notion de mandatement recouvre en réalité deux sens juridiques différents**, mais qui se recoupent partiellement.

• **Le terme est utilisé dans la directive services sans être défini** : son article 2, paragraphe 2, point j évoque ainsi, à propos des services sociaux exclus du champ d'application de la directive, ceux « *assurés par l'Etat, par des prestataires mandatés par l'Etat ou par des associations caritatives reconnues comme telles par l'Etat* ». Le manuel relatif à la mise en œuvre de la directive services élaboré par la Commission européenne, dont il faut rappeler qu'il n'a aucune valeur juridique, précise que les prestataires mandatés par l'Etat sont ceux « *qui ont donc par conséquent l'obligation de fournir de tels services¹* ».

¹ Manuel relatif à la mise en œuvre de la directive services, Communautés européennes, 2007, version française page 13.

• **La notion de mandat est également employée dans la décision de la Commission du 28 novembre 2005 concernant la réglementation des aides d'Etat**, qui fait partie du paquet « Monti-Kroes ». L'article 4 définit le mandat en reprenant, en les étoffant, les critères dégagés par la CJCE pour qualifier un service d'intérêt économique général : nature et durée des obligations de service public, entreprises et territoires concernés, nature des droits exclusifs ou spéciaux éventuels octroyés à l'entreprise, paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation, modalités de remboursement des éventuelles surcompensations et moyens d'éviter ces surcompensations.

Ainsi, **le mandat au sens de la réglementation des aides d'Etat englobe, en quelque sorte, le mandat au sens de la directive services**, mais les deux notions ne sont pas identiques.

En France, le risque de confusion entre ces deux acceptions est d'autant plus fort qu'elles sont rendues par le même mot, ce qui n'est pas le cas dans la langue d'autres Etats membres¹.

• **Le premier paragraphe** de cet article reprend la définition communautaire du mandatement au sens de la réglementation des aides d'Etat. Il prévoit ainsi que l'acte officiel de mandatement doit préciser, notamment, la nature de la mission particulière impartie au service social, la nature et la durée des obligations spécifiques qui en découlent, le territoire concerné, les droits spéciaux ou exclusifs octroyés et les paramètres de calcul de la juste compensation.

• Cependant, de manière assez étrange et d'ailleurs contradictoire, **le deuxième paragraphe** procède à une autre définition du mandatement, qui recouvrirait « *tout acte opposable de nature législative, réglementaire, contractuelle ou internationale, obligeant l'entité à fournir les services sociaux conformément aux obligations spécifiques découlant de la mission particulière impartie* ». Sont ainsi évacués les exigences communautaires concernant la nature des droits exclusifs ou spéciaux éventuels octroyés à l'entreprise, les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation, les modalités de remboursement des éventuelles surcompensations et les moyens d'éviter ces surcompensations. Cette deuxième définition apparaît donc **non conforme au droit communautaire**.

¹ En anglais par exemple, la directive services évoque, s'agissant des prestataires mandatés, des « providers mandated », alors que, dans la décision du 28 novembre 2005, c'est le terme « entrustment » qui traduit la notion de mandat. En revanche, en allemand, le mandat au sens de la réglementation des aides d'Etat est rendu par l'expression d'« öffentlicher Auftrag », littéralement « commande publique », et la directive services mentionne, à propos des prestataires mandatés, les « beauftragte Dienstleistungserbringer », les « prestataires de services qui ont reçu commande ». La langue allemande est donc à la source de la même confusion que la langue française.

• **Le troisième paragraphe**, cohérent avec le premier mais en contradiction avec le deuxième, prévoit ensuite que, s'agissant des services sociaux, les marchés publics, les contrats de délégation de service public et les conventions de subvention constituent des actes de mandatement dès lors qu'ils sont conformes aux conditions posées par le premier paragraphe, c'est-à-dire aux exigences communautaires.

• **Le quatrième paragraphe** soumet les actes de mandatement à un « avis de publicité préalable adéquate ». L'application de ce principe apparaît cependant délicate : comment, par exemple, soumettre les subventions versées aux associations à une publicité préalable, alors que, par définition, l'octroi d'une subvention ne nécessite pas le détour par une procédure de marché public ?

• Enfin, **le cinquième paragraphe** crée une convention de subvention spécifique à la gestion des services sociaux, dite « convention de partenariat d'intérêt général », permettant de sécuriser, vis-à-vis du droit communautaire, les subventions versées aux services sociaux. L'article répond ainsi à une préconisation du rapport Thierry, selon laquelle il serait utile de donner « une base légale à la notion de convention de partenariat d'intérêt général, englobant les conventions pluriannuelles d'objectifs et les systèmes de conventionnement sectoriels déjà organisés par le législateur, mais avec une assiette de portée générale offrant un outil pour des secteurs moins structurés et permettant de mieux régler les problèmes que peut poser en droit interne le recours à la subvention ».

II - La position de votre commission

Votre commission reconnaît l'effort de définition de la notion de mandatement entrepris par la proposition de loi. Néanmoins, elle ne peut approuver un texte qui, sur certains points (deuxième paragraphe), est **contraire au droit communautaire**.

Par ailleurs, en ce qui concerne la convention de partenariat d'intérêt général, on peut rappeler que le Gouvernement a récemment élaboré, conjointement avec les fédérations associatives, **un nouveau modèle de convention pluriannuelle d'objectifs**¹ qui devrait assurer la conformité des aides versées par les collectivités aux associations en charge de services sociaux.

L'adoption de cet article pourrait ainsi donner le sentiment aux acteurs concernés que la nouvelle convention n'apporte pas toutes les garanties nécessaires, ce qui risquerait d'entraîner une confusion inutile.

Votre commission n'a pas adopté de texte pour cet article.

¹ Cette convention a été transmise par le Premier ministre à l'ensemble du Gouvernement par la circulaire du 18 janvier 2010.

Article 5

Principes encadrant les services sociaux

Objet : Cet article définit les principes applicables aux services sociaux.

I - Le dispositif proposé

Rappelant que les services sociaux ont un objectif de protection sociale, de cohésion sociale, de solidarité nationale et de mise en œuvre des droits fondamentaux, le présent article les soumet à **cinq principes fondamentaux**, qui seraient :

- l'**accès universel** : obligation d'accueillir l'ensemble des utilisateurs éligibles et de leur apporter une réponse adaptée à leur besoin ;

- l'**accessibilité tarifaire** : soumission des services sociaux à une tarification spécifique qui permet à l'ensemble de la population d'y accéder ;

- la **continuité** : absence d'interruptions d'activité des services sociaux qui priveraient régulièrement les utilisateurs de leur usage ;

- la **qualité** : exigence d'évaluation de la satisfaction des besoins des utilisateurs et d'adaptation des services aux évolutions de la demande ;

- la **protection des utilisateurs** : diffusion aux utilisateurs des informations nécessaires à leur choix de service et définition des voies de recours en cas de non-satisfaction.

On constatera que les principes d'accessibilité et de qualité sont deux critères utilisés par la Commission européenne pour caractériser un **service universel**.

II - La position de votre commission

Votre commission considère que les précisions apportées par cet article sont utiles, dans la mesure où elles fixent un cadre protecteur pour les usagers de services sociaux. En outre, l'article est parfaitement compatible avec les exigences du droit communautaire.

Considérant toutefois que son contenu est indissociable des autres dispositions de la proposition de loi, et par cohérence avec la position prise sur les articles précédents, **votre commission n'a pas adopté de texte pour cet article.**

TRAVAUX DE LA COMMISSION

Réunie le **mardi 23 février 2010** sous la présidence de **Muguette Dini, présidente**, la commission a procédé, sur le **rapport d'Annie Jarraud-Vergnolle**, à l'examen des amendements et à l'élaboration de son texte pour la **proposition de loi n° 193 (2009-2010)**, présentée par **Roland Ries** et les membres du groupe socialiste, apparentés et rattachés, relative à la **protection des missions d'intérêt général** imparties aux **services sociaux** et à la **transposition de la directive services**.

Annie Jarraud-Vergnolle, rapporteur, a indiqué que cette proposition de loi organise la transposition de la directive services dans le secteur social. Le texte poursuit trois objectifs : exclure l'ensemble des services sociaux du champ d'application de la directive, inscrire la notion de service social dans la loi, tenter de sécuriser la relation entre les pouvoirs publics et les prestataires de services sociaux.

Une proposition de loi identique ayant déjà été examinée et rejetée par l'Assemblée nationale le mois dernier, il n'est pas utile que la discussion au Sénat reproduise celle du Palais Bourbon. Il serait plus judicieux de déplacer le débat sur deux points insuffisamment abordés jusqu'ici : le respect des prérogatives du Parlement en matière de transposition des directives européennes et la promotion des services sociaux en Europe.

Pour ce qui concerne la transposition de la directive, elle a considéré que le problème ne tient pas à l'absence de loi-cadre mais à la mise à l'écart du Parlement dans ce débat, alors que les négociations se poursuivent entre le Gouvernement et la Commission européenne sans qu'il soit consulté. L'article 9 de la directive services prévoit en effet que les Etats membres doivent faire parvenir à la Commission une liste des services pour lesquels ils estiment nécessaire de maintenir un régime d'autorisation, que le prestataire soit national ou pas. Conformément à la directive, cette liste a été remise à la Commission le mois dernier et comporte plus de quatre cents autorisations. Or, le Gouvernement refuse de communiquer cette liste au Parlement alors que les régimes d'autorisations comportent, au moins pour une partie d'entre eux, des dispositions législatives : il va donc débattre et trouver un accord avec la Commission européenne qui entraînera nécessairement des modifications législatives sans que le Parlement y ait été associé. Cette pratique n'est pas admissible, aucun texte communautaire ou national ne donnant cette faculté de négociation au Gouvernement une fois la directive votée.

Pour ce qui concerne la défense et la promotion des services publics, et plus particulièrement des services sociaux, en Europe, il faut rappeler que la directive services, dans sa version définitive, n'a paradoxalement aucun rapport avec le droit de la concurrence : inclure ou exclure certains services du champ d'application de la directive ne modifie pas leur statut au regard du droit de la concurrence. En effet, en vertu du droit communautaire, tous les services publics, y compris les services sociaux, sont soumis au droit de la concurrence, qu'ils soient ou non inclus dans le champ d'application de la directive. Il est donc urgent d'adapter le droit de la concurrence dans le secteur social, ce dont malheureusement, d'après les responsables des principales fédérations associatives, mais également le secrétariat général des affaires européennes, le Gouvernement ne se préoccupe pas, ni au niveau communautaire ni au niveau national.

La réglementation communautaire des aides d'Etat est pourtant inadaptée : toute subvention d'un montant supérieur à 200 000 euros sur trois ans doit répondre à un certain nombre de conditions comme la définition d'obligations de service public, l'évaluation a priori, sur des critères transparents et objectifs, du coût de ces obligations ou la vérification a posteriori de l'absence de surcompensation. Ces conditions sont disproportionnées par rapport aux moyens humains des collectivités territoriales et entraînent des surcoûts de gestion élevés et absurdes. Par exemple, est-il raisonnable de soumettre une commune, qui subventionne un foyer pour femmes battues employant deux permanents ou une association de lutte contre l'illettrisme, à de telles exigences ? N'est-ce pas céder à la frénésie bureaucratique au détriment des initiatives et de la vie locales ? Cependant, alors même que des alliances objectives seraient possibles avec d'autres Etats membres influents, comme l'Allemagne, pour relever les seuils et infléchir la définition des aides d'Etat, le Gouvernement n'a rien entrepris en ce sens, y compris lors de la présidence française de l'Union en 2008. Une résolution européenne du Sénat pourrait le contraindre à sortir de l'inertie sur ce sujet.

Enfin, on peut également juger trop passive l'attitude du Gouvernement face aux problèmes de sécurité juridique qui touchent le financement de nombreux services sociaux en France : par exemple, aucune mesure n'a été prise ou envisagée pour sécuriser, au regard du droit de la concurrence, les subventions versées par les caisses d'allocations familiales aux centres de loisirs, aux centres de vacances et aux centres sociaux. Or, ces aides pourraient être contestées sans difficulté à l'occasion d'un contentieux avec une entreprise ou la Commission européenne.

Il serait donc particulièrement utile que la commission des affaires sociales se saisisse du sujet et recense l'ensemble des services sociaux dont le financement est menacé par le droit communautaire afin de proposer des solutions visant à le sécuriser.

Pour conclure, Annie Jarraud-Vergnolle, rapporteur, a rappelé les termes de l'accord politique selon lequel les propositions de loi déposées par

les groupes d'opposition ont vocation, sauf accord de leurs auteurs, à être discutées en séance publique dans leur forme initiale. C'est la raison pour laquelle elle ne présente pas d'amendements, la commission étant susceptible de choisir de n'adopter aucun texte pour respecter les termes de cet accord.

***Catherine Procaccia** a considéré très pertinent le fait d'évoquer d'autres questions que celles précédemment discutées à l'Assemblée nationale et d'éviter de reproduire le débat qui a conduit à rejeter la proposition de loi. Sur le fond des sujets abordés, la présentation qui en a été faite laisse entendre qu'il existe, en effet, des problèmes réels, bien qu'elle n'ait pas l'expertise suffisante pour en apprécier l'ampleur.*

***Guy Fischer** a regretté que, jusqu'à présent, la directive services ait été transposée par tronçons, ce qui a empêché la tenue d'une discussion globale : la loi de modernisation de l'économie, la loi « Hôpital, patients, santé, territoires » ou encore la loi de simplification du droit ont ainsi été l'occasion, pour le Gouvernement, de transposer certaines dispositions de la directive. La proposition de loi a peut-être le mérite de susciter un débat sur une question particulièrement sensible, mais elle est malheureusement de faible portée : en vertu des traités de l'Union européenne, c'est la Cour de justice des communautés européennes, et non le législateur français, qui décidera in fine si une activité peut être considérée comme un service social. C'est pourquoi le groupe CRC-SPG votera contre ce texte.*

***Christiane Demontès** a fait valoir que les questions juridiques évoquées cachent des enjeux essentiellement politiques, qui concernent la vie quotidienne des citoyens : égalité d'accès aux établissements d'accueil des jeunes enfants, aux services d'aide à domicile, prise en charge de qualité de la dépendance... La discussion de cette proposition de loi doit être l'occasion pour chacun de se prononcer sur cette question fondamentale : faut-il, ou non, soumettre l'ensemble des activités de services, et notamment les services sociaux, au droit de la concurrence ?*

***Alain Vasselle** a souhaité, avant que la commission ne se prononce sur le texte, connaître la position de la commission des affaires européennes sur la proposition de loi. Elle devrait légitimement s'en être saisie pour avis dès lors que ce texte concerne la révision d'une directive européenne.*

***Muguette Dini, présidente,** a expliqué qu'en application de la Constitution et du règlement du Sénat, il relève de la commission des affaires européennes d'expertiser les textes communautaires en cours de discussion au Conseil ou au Parlement européen, et d'attirer l'attention des parlementaires sur certaines évolutions qui lui paraissent problématiques. Pour autant, s'agissant en l'espèce d'une proposition de loi, et non d'une proposition de résolution européenne, cette commission n'est pas appelée à émettre un avis sur un texte de droit interne.*

***Françoise Henneron** a rappelé que lors du débat à l'Assemblée nationale, Nora Berra, secrétaire d'Etat aux aînés, a jugé la même proposition de loi inutile. Pour ce qui concerne les services d'aide à domicile,*

le maintien d'une autorisation nécessaire à leur exercice est justifié pour des raisons impérieuses d'intérêt général. Il faut donc rassurer les associations de ce secteur, dont on peut cependant comprendre l'inquiétude.

***Raymonde Le Texier** s'est interrogée sur les raisons qui expliquent la passivité du Gouvernement dans la défense des services sociaux face aux exigences européennes.*

***Muguette Dini, présidente,** s'est alors demandé si cette situation est due à une absence d'instructions des fonctionnaires qui représentent la France à Bruxelles de la part du Gouvernement. Elle a pu elle-même mesurer, sur d'autres sujets, que la conduite efficace des négociations suppose que les autorités politiques fixent une feuille de route claire et impérative, qui tienne compte, le cas échéant, des résolutions votées par le Parlement. Or, en matière de lutte contre les discriminations, il a été démontré qu'aucun compte n'a été tenu des positions du Sénat, ce qui a valu au ministre en charge des affaires européennes d'être interpellé sévèrement en séance publique pour qu'il en explique les raisons.*

***Gisèle Printz** a déploré que, sur des questions aussi importantes que la préservation des services sociaux, ce soit aux fonctionnaires de définir la position de la France.*

***Annie Jarraud-Vergnolle, rapporteur,** a alors apporté les éléments de réponse suivants :*

- il est vrai que d'autres pays, sans doute une majorité au sein de l'Union européenne, ont adopté une loi-cadre de transposition de la directive services, permettant ainsi une approche globale de ses enjeux. Ceci étant, il ne faut pas exagérer l'intérêt de l'exercice, beaucoup d'Etats membres, comme le Royaume-Uni ou l'Espagne, s'étant contentés d'en recopier les termes ;

- il n'est pas exact que le législateur français ne dispose d'aucune marge de manœuvre pour définir des services d'intérêt économique général. La jurisprudence communautaire reconnaît elle-même aux Etats membres la faculté de créer de tels services. C'est la raison pour laquelle la passivité du Gouvernement est inacceptable : des outils, certes imparfaits, sont déjà disponibles, et pourtant il ne s'en saisit pas ;

- il est à la fois nécessaire et urgent de recenser l'ensemble des services sociaux dont le financement est menacé par le droit communautaire. Ces services doivent en effet être sécurisés, par exemple via des propositions de loi - à défaut de projet de loi - qui aménageront, dans le respect des exigences européennes, le droit de la concurrence dans les secteurs concernés.

A l'issue de ce débat, la commission a décidé de ne pas établir de texte pour la proposition de loi. En conséquence, le débat portera, en séance publique, sur le texte tel que déposé par ses auteurs.

LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES PAR LE RAPPORTEUR

- **Pervenche Bérès**, députée européenne, présidente de la commission de l'emploi et des affaires sociales
- **Marie-Claude Serres-Combourieu**, responsable du département de l'action sociale, éducatif, culturel et sportif, et **Nathalie Fourneau**, chargée d'études au service juridique, à l'association des maires de France (AMF)
- **Guy Janvier**, directeur de projet, et **Marie-Claire Keirle**, administrateur civil, chef du bureau des affaires européennes et internationales, à la direction générale de la cohésion sociale (DGCS)
- **Cornélia Federkeil-Giroux**, responsable du département Europe de la Mutualité française
- **Jean-Louis Destans**, président de la commission Europe de l'assemblée des départements de France (ADF)
- **Corinne Bord** et **Jacques Henrard** de la conférence permanente des coordinations associatives
- **Michel Thierry**, inspecteur à l'inspection générale des affaires sociales (Igas)
- **Marie-Laure Meyer**, conseillère régionale d'Ile-de-France à l'assemblée des régions de France (ARF)
- **Carole Salères**, conseillère technique du pôle « Europe », et **Catherine Métayer**, conseillère technique du pôle « Enfance, jeunesse, famille » de l'Union nationale interfédérale des œuvres et des organismes privés sanitaires et sociaux (Uniopss)
- **Marie-José Palasz**, chef de la mission pour la transposition de la directive service au ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi
- **Muriel Lacoue-Labarthe**, chef de secteur, secrétaire général aux affaires européennes (SGAE)
- **Maria Martin-Prat**, chef de l'unité « libre circulation des services et établissements, directive services », **Géraldine Fages** et **Cécile Helmryd**, administratrices, à la Commission européenne
- **Emmanuel Puisais-Jauvin**, conseiller « coordination politiques internes, compétitivité, directive services, marchés publics » à la Représentation permanente de la France auprès de l'Union européenne
- **Vincent Merle**, professeur au Cnam