

N° 95

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2010-2011

Enregistré à la Présidence du Sénat le 8 novembre 2010

PROPOSITION DE RÉSOLUTION

PRÉSENTÉE EN APPLICATION DE L'ARTICLE 34-1 DE LA CONSTITUTION,

*relative à la **directive services**,*

PRÉSENTÉE

Par Mme Annie DAVID, M. Michel BILLOUT, Mmes Nicole BORVO COHEN-SEAT, Éliane ASSASSI, M. François AUTAIN, Mme Marie-France BEAUFILS, M. Jean-Claude DANGLLOT, Mmes Michelle DEMESSINE, Évelyne DIDIER, MM. Guy FISCHER, Thierry FOUCAUD, Mmes Brigitte GONTHIER-MAURIN, Gélita HOARAU, M. Robert HUE, Mme Marie-Agnès LABARRE, M. Gérard LE CAM, Mmes Josiane MATHON-POINAT, Isabelle PASQUET, MM. Jack RALITE, Ivan RENAR, Mmes Mireille SCHURCH, Odette TERRADE, MM. Bernard VERA et Jean-François VOGUET,

Sénateurs

EXPOSÉ DES MOTIFS

Mesdames, Messieurs,

Le « Service public à la française » est depuis l'origine de la construction communautaire, « ignoré », « contesté », voire même « stigmatisé ». En effet, la conception française du Service public a longtemps été rejetée par l'Europe communautaire, et ce au nom de la libre concurrence.

Face aux réclamations incessantes de certains États, le Service public a enfin été pris en compte, puis « timidement » consacré par le traité d'Amsterdam sous la dénomination de « Service d'intérêt général » (SIG). En réalité, le service d'intérêt général est resté largement éloigné de la notion française de Service public. Ainsi, alors même que la notion européenne de Service d'intérêt général reste compatible avec la logique marchande, **le Service public dit « à la française » repose au contraire sur l'idée que les activités d'intérêt général doivent échapper, en raison de leur nature et des intérêts qu'elles mettent en jeu, à l'application de la logique marchande et à la recherche du profit.** En effet, la France est attachée à une gestion de ses services publics guidée par des principes garantissant à tous, à la fois **l'accès à certains biens et services et le respect des droits et libertés fondamentaux.**

En outre, malgré la reconnaissance par l'Union européenne d'une nécessaire conciliation entre libre concurrence et service public, l'Europe semble à tout prix vouloir étendre le champ des Services d'intérêt général soumis à concurrence. Après l'ouverture à la libre concurrence des marchés de l'énergie, des télécommunications, des postes... aujourd'hui, ce sont nos « services sociaux » qui sont menacés, comme en témoigne la très controversée « directive Services ».

En effet, cette directive souhaite soumettre aux règles de la concurrence et notamment à la liberté de circulation, l'ensemble des services, quel que soit leur secteur d'activité, y compris les services intervenant dans le secteur social, pourtant éloigné de la logique marchande.

D'ailleurs, malgré la possibilité offerte aux États membres d'exclure certains Services sociaux d'intérêt général (SSIG) du champ d'application de la directive, ces services sociaux restent potentiellement soumis à cette dernière en raison du contrôle exercé par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE).

Alors certes, certains, les plus optimistes, rétorqueront que le récent protocole 26, annexé au traité de Lisbonne et consacré aux « Services d'intérêt général », constitue une véritable avancée pour la protection de notre service public puisque les États disposent désormais d'un « rôle essentiel et d'un large pouvoir discrétionnaire... pour fournir, faire exécuter et organiser les Services d'intérêt économique général (SIEG) ».

À ces derniers, il convient de répondre que la réalité de cette avancée doit être relativisée. En effet, ce protocole 26 se borne à réaffirmer ce que les traités antérieurs et la jurisprudence avaient déjà admis, à savoir que seuls les Services d'intérêt général non économiques (SIGNE) font l'objet d'une exception de principe, en matière d'application de règles de la concurrence. Les SIEG, dont font partie la quasi-totalité des services sociaux, demeurent quant à eux, potentiellement soumis à la libre concurrence.

De plus, et malgré le symbole que peut représenter l'insertion du protocole 26 dans le traité de Lisbonne pour la reconnaissance d'une compétence de principe des États en matière d'organisation des Services d'intérêt général, la portée juridique et pratique de ce protocole dépendra à la fois de l'application qu'en feront la Commission et la CJUE, et de la « bonne volonté » des autorités nationales, qui accepteront ou non, de mettre en œuvre ce « large pouvoir discrétionnaire » qui leur est « théoriquement reconnu ».

Une « bonne volonté » dont on peut douter, eu égard à l'attitude récente du Gouvernement quant à la transposition de la directive services. En effet, ce dernier, loin de souhaiter un débat public sur la transposition de la « directive services », a clairement décidé de tenir le Parlement à l'écart des travaux de transposition, en se livrant à une transposition en catimini de la directive. **Cette opacité dans la transposition est contraire à la démocratie**, notamment lorsqu'elle conduit à dissimuler aux parlementaires eux-mêmes, que certaines dispositions des projets de loi sont destinées à transposer la directive Services.

De la même manière, l'absence de débat public en ce qui concerne les acteurs du secteur social, inquiète les professionnels de ce secteur qui s'interrogent alors sur les intentions du Gouvernement, spécialement lorsque celui-ci refuse d'utiliser la large marge de manœuvre qui lui est offerte pour exclure le plus de Services sociaux d'intérêt général (SSIG) du champ d'application de la directive.

Dans ce contexte, **il semble légitime de s'interroger sur l'avenir de notre modèle social**, et plus largement sur l'avenir de notre Service public « à la française », que tant d'autres États européens nous envient et qui constitue, à n'en pas douter, un véritable rempart face aux conséquences de la crise économique et financière.

Devons-nous laisser notre Service public progressivement disparaître au gré des avancées de la législation communautaire ? Devons-nous nous résigner à subir une harmonisation vers le bas de notre système social ? Et ce alors même que la crise économique et financière, dont est victime l'Union européenne, met en évidence la nécessité d'aider les citoyens dans un contexte de restrictions budgétaires considérables.

Alors même que l'Union européenne s'était engagée, il y a maintenant dix ans, à œuvrer pour l'élimination de la pauvreté et l'exclusion sociale, il semble, à l'aune de l'année européenne de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale, que son action en matière de Services d'intérêt général contredise cette volonté. Ces « bonnes intentions » semblent être restées lettre morte...

Enfin, si notre ambition première est de demander une révision du Traité de Lisbonne, afin d'exclure l'ensemble des Services sociaux d'intérêt général (SSIG), qu'ils soient économiques ou non économiques, du jeu de la concurrence libre et non faussée, le contexte juridique et politique actuel nous contraint à formuler une proposition plus pragmatique.

En effet, nous souhaitons soumettre au Sénat la présente résolution, afin de proposer au Gouvernement d'œuvrer au niveau européen, pour l'adoption d'une directive cadre dédiée aux Services sociaux d'intérêt général (SSIG), mais aussi pour lui demander d'exploiter le pouvoir d'appréciation que lui laisse la directive services, pour exclure de son champ d'application une majorité de SSIG et pour préciser la notion de mandatement.

PROPOSITION DE RÉSOLUTION

- ① Le Sénat,
- ② Vu l'article 34-1 de la Constitution,
- ③ Vu le préambule de la constitution de 1946 qui souligne son attachement aux services publics,
- ④ Vu le protocole 26 du traité de Lisbonne, qui réaffirme le principe de subsidiarité et le large pouvoir des États pour organiser leurs services d'intérêt économique et général, et qui reconnaît la spécificité et la diversité de ces derniers,
- ⑤ Vu l'article 14 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui rappelle le rôle que jouent les Services d'intérêt économique et général dans la promotion de la cohésion sociale en Europe,
- ⑥ Vu la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur,
- ⑦ **Sur la nécessaire sécurisation juridique des Services sociaux d'intérêt général au niveau européen :**
- ⑧ Considérant que l'Union européenne affirme dans l'article 14 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, l'importance que revêtent les Services sociaux d'intérêt général (SSIG) dans « la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union » ;
- ⑨ Considérant que le droit de l'Union européenne reconnaît la diversité et la spécificité des Services sociaux d'intérêt général, que ce soit à travers le protocole 26 annexé au traité de Lisbonne ou que ce soit à travers la directive précitée qui, tout en affirmant qu'elle constitue une directive cadre destinée à englober tous les services échangés sur le marché, a pris le soin de prévoir des dispositions particulières à certains Services sociaux d'intérêt général,
- ⑩ Considérant que les Services sociaux d'intérêt général sont, toujours selon la directive services, « essentiels pour garantir le droit fondamental à la dignité et à l'intégrité humaines et sont une manifestation des principes de cohésion sociale et de solidarité »,
- ⑪ Considérant que les Services sociaux d'intérêt général présentent une réelle spécificité, en ce sens qu'ils ne sont pas exclusivement sociaux, comme les Services d'intérêt général non économique, et ne peuvent pas non plus ou difficilement être qualifiés de « marchands » car ils jouent un rôle essentiel en matière d'assistance et de cohésion sociale,

- ⑫ Considérant dès lors, qu'eu égard à leur spécificité, à leur large vocation et à leur caractère fondamentalement non marchand, les Services sociaux d'intérêt général devraient échapper au jeu de la concurrence libre et non faussée, telle que mise en œuvre par les traités européens,
- ⑬ Considérant toutefois que la définition communautaire d'une « activité économique » ne permet pas de mettre à l'abri du jeu de la libre concurrence le secteur social, en ce sens que pour la jurisprudence communautaire la quasi-totalité des services à caractère social constitue une activité économique et est, par voie de conséquence, soumise aux règles de la concurrence,
- ⑭ Constatant que le protocole 26 annexé au Traité de Lisbonne se borne à réaffirmer ce que les traités antérieurs avaient déjà consacré, à savoir que seuls les Services d'intérêt général non économique bénéficient d'une exception de principe en matière d'application de règles de la concurrence et que les Services d'intérêt économique général, dont fait partie la quasi-totalité des Services sociaux d'intérêt général, demeurent soumis, par principe aux règles de la concurrence,
- ⑮ Considérant au regard de ce qui précède que ni le protocole 26, ni les traités, ni la jurisprudence communautaire ne permettent réellement de protéger les Services sociaux d'intérêt général, d'une application trop rigide des règles de la concurrence,
- ⑯ Considérant, d'autre part, que l'article 2.2.j de la directive services, ménageant la possibilité aux États d'exclure du champ de la directive « les services sociaux relatifs au logement social, à l'aide à l'enfance et aux familles et à l'aide aux personnes en situation de besoin », ne permet pas non plus de soustraire la globalité des services sociaux du jeu de la concurrence libre et non faussée,
- ⑰ Considérant en effet que le risque d'une interprétation restrictive par la Cour de justice de l'Union européenne, des services sociaux exclus du champ de la directive existe toujours et qu'il en résulte une incertitude quant à la protection des Services sociaux d'intérêt général par l'article 2.2.j,
- ⑱ Considérant par ailleurs que les Services sociaux d'intérêt général qui ne sont pas, en application de l'article 2.2.j, exclus du champ de la directive demeurent, quant à eux, toujours soumis à la libre concurrence, et ce, alors même qu'ils sont éloignés de toute logique marchande,
- ⑲ Estimant alors que la spécificité, la diversité, le caractère non marchand et le rôle joué par les Services sociaux d'intérêt général dans la promotion de la cohésion sociale, ainsi que le manque de cohérence de la jurisprudence communautaire en matière d'application des règles de la

concurrence aux Services sociaux d'intérêt général, nécessitent l'adoption par l'Union européenne d'une directive cadre dédiée aux Services sociaux d'intérêt général permettant de les définir plus clairement en les distinguant des autres Services d'intérêt économique général et de les soustraire dans leur ensemble du jeu de la concurrence libre et non faussée,

⑳ Sur l'interprétation restrictive retenue par le Gouvernement de l'article 2.2.j de la directive services :

㉑ Considérant que le Gouvernement français semble retenir une interprétation restrictive de l'article 2.2.j, relatif à l'exclusion de certains Services sociaux d'intérêt général du champ de la directive, en ce sens qu'il subordonne l'application de cet article à la réunion de deux critères cumulatifs que sont l'appartenance du service aux domaines du logement social, de l'aide à l'enfance et aux familles d'une part, et d'autre part l'exigence d'un service qui s'adresse à des personnes en situation de besoin particulier,

㉒ Considérant que le rapporteur de la directive services au Parlement européen a elle-même admis que ces deux critères étaient alternatifs et non pas cumulatifs, comme le prétend le Gouvernement français,

㉓ Rappelant également que les Services sociaux d'intérêt général, en tant que services sociaux de proximité, ont une « large vocation », notamment en France, et que ces derniers s'adressent à toutes les personnes et non pas uniquement à celles disposant de ressources insuffisantes ou à celles se trouvant en situation de précarité ; ces services sociaux occupent une place essentielle dans le quotidien des citoyens européens, quels que soient leurs revenus,

㉔ Considérant d'autre part que, malgré « le rôle essentiel et le large pouvoir discrétionnaire » laissé aux États pour organiser et définir les Services d'intérêt économique général, le gouvernement français semble peu disposé à exploiter cette marge de manœuvre puisqu'il explique vouloir inclure dans le champ de la directive le secteur de la petite enfance, en invoquant l'argument selon lequel ce secteur ne s'adresse pas exclusivement à des personnes en situation de besoin, et ce, alors même que d'autres États, dont l'Allemagne, ont exclu du champ de la directive les crèches et les gardes d'enfants, qui ne s'adressent pourtant pas uniquement à un public en difficulté,

㉕ Estimant par conséquent que l'interprétation restrictive retenue par le gouvernement de l'article 2.2.j, qui conduit à exclure du champ de la directive uniquement les services sociaux s'adressant à un public en difficulté, remet en cause les principes de solidarité, de mixité sociale ainsi que le principe d'accès universel qui fondent pourtant le modèle social de la France,

②6 Sur l'insécurité juridique que fait courir l'absence de définition claire du mandatement :

- ②7 Considérant que « seuls les services sociaux relatifs au logement social, à l'aide à l'enfance et aux familles, à l'aide aux personnes en situation de besoin, et pris en charge par l'État, par les prestataires mandatés par l'État, ou par des associations caritatives reconnues comme telles par l'État » sont susceptibles d'être exclus du champ d'application de la directive services,
- ②8 Constatant que malgré l'importance que revêt la notion de « mandatement » pour pouvoir exclure du champ de la directive services, les services sociaux énumérés par l'article 2.2.j, cette notion n'a pas été clairement définie par la directive services,
- ②9 Considérant que l'absence de définition claire de la notion de « mandatement » est source d'insécurité juridique, en ce sens que cette lacune pourrait conduire à appliquer la définition du mandat, telle que retenue dans la réglementation relative au financement des Services d'intérêt général dans le Paquet Monti Kroes, à savoir une définition stricte, susceptible de limiter la marge de manœuvre des associations dans la prise en charge des missions d'intérêt général,
- ③0 Considérant que transposer telle quelle, la notion de mandatement en droit interne, sans plus de précisions, risque d'apporter une grande insécurité juridique, et ce d'autant plus que toute définition légale du mandatement en application de la directive n'empêchera pas l'intervention de la Cour de justice de l'Union européenne pour apprécier au cas par cas et au gré de sa saisine ce critère de mandatement,
- ③1 Constatant d'autre part que le seul élément de définition donné par la Commission européenne, dans son Manuel de mise en œuvre de la directive services, est que le « mandat implique une obligation de prester ces services »,
- ③2 Considérant que si le mandatement constitue une « obligation de prester » un service social et non pas, comme c'est encore le cas actuellement, une demande d'autorisation de prester un service formulée auprès de la puissance publique, il rompt avec le modèle traditionnel français de prise en charge des services sociaux et est de nature à porter atteinte à l'initiative associative,
- ③3 Rappelant, en effet, que les Services sociaux d'intérêt général sont le plus souvent assurés par le secteur associatif et que les organismes prestataires sont bien souvent amenés à prendre des initiatives qui ne peuvent pas toujours être rigoureusement définies en amont,
- ③4 Estimant, en conséquence, que le mandatement tel que prévu par la directive services devrait bénéficier d'une définition plus souple que celle

retenue par la Commission européenne ou celle prévue dans le Paquet Monti Kroes,

- ③⑤ Demande en conséquence au Gouvernement de bien vouloir œuvrer au niveau de l'Union européenne pour l'adoption d'une directive cadre sur les Services sociaux d'intérêt général ;
- ③⑥ Souhaite en outre que le Gouvernement, par souci de cohérence, renonce à subordonner l'exclusion de certains Services sociaux d'intérêt général du champ d'application de la directive à la réunion des deux critères cumulatifs précédemment cités ;
- ③⑦ Demande enfin au Gouvernement d'adopter, lors de la transposition de l'article 2.2.j de la directive, une définition du mandatement qui soit plus souple que celle retenue par la commission ou le Paquet Monti-Kroes ;
- ③⑧ Propose, pour ce faire, la mise en place d'un mandatement sous forme de contrat précisant les objectifs et les contreparties aux subventions versées aux associations tout en laissant une large marge de manœuvre à chacun des opérateurs missionnés sur les modalités de leur action.