

DIRECTIVE « SERVICES » ET SSIG : RÉTROACTES ET ENJEUX



Analyse

Mai 2011
Luca Ciccia
Chargé de projets

La construction européenne est un processus permanent. Tandis que l'Europe s'élargit à l'Est, les politiques de l'Union s'amplifient. Cette dynamique vient des « pères fondateurs », traumatisés par la seconde guerre mondiale, qui se disaient « *déterminés à établir les fondements d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens* »¹. Dès 1957, le traité de Rome qui institue la Communauté économique européenne a pour objectif de réunir les peuples européens en créant un marché unique européen. « *Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée* »². Pour remplir cet objectif, « *les États membres et l'Union agissent dans le respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre, favorisant une allocation efficace des ressources* »³.

Il faudra pourtant attendre la directive « services » votée par le parlement européen en novembre 2006 pour que les services soient soumis à cette « union sans cesse plus étroite » et organisée à l'aune de la « libre-concurrence ». Le projet de directive dite « Bolkestein », adopté par la Commission en janvier 2004, fit couler beaucoup d'encre⁴. Les nombreuses contestations ont permis de modifier le projet initial de manière importante et de retarder sa mise en œuvre. Fin 2009, les États membres devaient transposer cette directive dans leurs législations nationales. Curieusement, alors que les oppositions furent très fortes avant l'adoption de la directive par le parlement européen, le processus de transposition au sein des pays s'est déroulé dans une grande discrétion. Le temps est venu de tirer un premier bilan et d'être attentif aux perspectives qu'offrent ces transpositions⁵. Mais auparavant, cette analyse reviendra sur les enjeux et les contours de cette directive.

L'enjeu de la directive « services » : préserver notre modèle social et l'économie sociale

Pourquoi s'intéresser à cette directive européenne ? Tout simplement parce que la manière dont l'Europe construit le marché unique peut avoir pour effet de détricoter, voire de détruire l'Europe sociale que des générations ont construite dans la lutte. Soumettre tous les services à la libre-concurrence pourrait menacer l'existence d'une part importante des services publics, non-marchands, et plus globalement le secteur de l'économie sociale. Le risque est réel de voir ces services considérés comme « économiques » par l'Union et, dès lors, soumis aux règles de concurrence (et donc aux réglementations en matière d'aides d'Etat), à la concurrence avec des opérateurs marchands, nationaux et éventuellement d'autres pays européens ! La définition de ce que sont les services est

¹ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, Préambule, Version consolidée du 1^{er} décembre 2009.

² Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, article 26-2, Version consolidée du 1^{er} décembre 2009.

³ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, article 120, Version consolidée du 1^{er} décembre 2009.

⁴ Saw-B contribua à ces débats en publiant deux analyses. Voir FONTENELLE A., « L'impact de la libéralisation des services sur le secteur de l'économie sociale », SAW-B, 2007. <http://www.saw-b.be/EP/2007/A0705.pdf> Voir également FONTENELLE A., « Le rôle des autorités publiques dans la protection des SSIG », SAW-B, 2008. <http://www.saw-b.be/EP/2008/A0808.pdf>

⁵ C'est l'objet d'une seconde analyse : CICCIA L. « Transposition de la directive services et SSIG : évaluation et perspectives »

dès lors devenue un combat politique. L'enjeu revient à soustraire à la libre-concurrence un maximum d'activités de services considérées comme d'intérêt général.

Pourquoi l'Union voudrait-elle mettre ces services en concurrence avec les opérateurs marchands ? Tout d'abord, parce que l'objectif de croissance économique passe, selon la Commission, par un fonctionnement libre et non faussé des marchés. Cette idée repose sur le concept de la « main invisible » qui voudrait qu'en laissant les forces du marché jouer leurs rôles, les besoins des populations seraient mieux rencontrés. Ensuite, les « services » représentent par ailleurs une part importante de l'activité économique. Alors que l'industrie décline, les services pèsent près de 70% de l'activité économique et de l'emploi. La Commission espère donc qu'avec davantage de libre-concurrence dans ces secteurs, croissance et emplois seront au rendez-vous.

En outre, lors du dépôt de la proposition de Directive « Bolkestein », l'Europe souhaitait mettre les pays en concurrence et favoriser la pratique du « dumping social » par le biais du principe dit du « pays d'origine », selon lequel les lois du pays d'origine de l'entreprise s'appliquent, quelque soit le lieu où est exercé l'activité. La peur du « plombier polonais » fit irruption dans le débat public et suscita une large mobilisation. Si le principe a disparu entre le premier projet et la directive adoptée, le risque reste présent.

Que veulent les « marchés » ? Les « marchés » ont sans cesse besoin d'étendre leurs sphères d'activités pour alimenter leurs croissances. Il est difficile pour les entrepreneurs-investisseurs-spéculateurs de laisser en dehors de leurs champs d'activités des secteurs qui brassent tant d'argent. Car les services, ce sont les services aux entreprises, mais ce sont aussi les services aux personnes. Ces services remplissent bien souvent des missions de service public ou d'intérêt général : éducation, formation, petite enfance, soins de santé, logement social, transport collectif, culture, etc. Compte tenu des missions exercées, ces services bénéficient souvent de financement public et de subventions sous formes diverses. Du point de vue des marchés, la libre-concurrence n'est donc pas « libre et non faussée ». Ces aides sont régulièrement considérées par l'Europe –poussée dans le dos par les « marchés » avides de nouvelles sources de profit- comme faussant la concurrence et donc contraire aux principes fondateurs des traités européens : libre circulation des biens, des personnes et des services. Néanmoins, grâce entre autres aux débats autour de la directive « services », des exceptions au principe de libre-concurrence existent et les services ne sont pas encore, pour tous du moins, « un oiseau pour le chat ».

De la directive « Bolkestein » ...

Pour comprendre la directive « services » et les débats sur les Services Sociaux d'Intérêt Général (SSIG), il faut revenir sur le projet du commissaire Bolkestein. Le projet initial repose sur un préalable – la simplification administrative- et deux grands principes : la liberté d'établissement et le principe du « pays d'origine ». Enfin, il s'agissait de libéraliser tous les services, de manière horizontale, sans distinction sectorielle entre, par exemple, les maisons de repos et les cabinets d'audit.

Simplification administrative

La simplification administrative est l'objectif ultime de la directive car, pour la commission très « conservatrice » et « libérale », il importe de « laisser-aller et laisser-faire ». Tout son projet, maintenu dans le cadre de la directive « Services » visait donc à lever autant que possible toutes contraintes au développement des entreprises. Mais c'est oublier que l'administration publique exécute les lois et règlements des peuples souverains... Outre les principes expliqués ci-dessous, pour simplifier « administrativement » la création d'un marché unique des services, il s'agit principalement de créer des guichets uniques dans chaque pays (et de développer les procédures électroniques).

Ces guichets permettront aux entrepreneurs de passer par un lieu unique pour bénéficier de l'information utile au développement de leurs activités dans un pays européen. Dans ce guichet, ils pourront de manière centralisée remplir les démarches demandées. Les Etats membres doivent aussi simplifier les procédures et limiter au maximum les formalités nécessaires qui pourraient entraver inutilement l' « esprit d'entreprendre ».

Cette question de la limitation peut poser problème car derrière les procédures se cachent des enjeux publics importants. Prenons l'exemple de la « loi Ikéa » en Belgique. Cette loi de 2004 régit les règles d'implantations commerciales. Elle permet aux pouvoirs publics de limiter l'implantation des grandes surfaces en tenant compte de la réalité du territoire, de l'emploi, de l'offre de commerce existante, etc. Tant en termes de préservation de l'emploi des PME qu'en termes de sauvegarde de l'environnement, cette loi donne des possibilités d'action concrètes aux pouvoirs publics, et permet parfois de s'opposer aux projets d'un grand groupe commercial. La simplification administrative - et le triple critère d'évaluation du bien-fondé des procédures (voir ci-dessous) - vont nuire à cette loi. Les gouvernements devront utiliser des stratagèmes pour maintenir le contrôle sur les implantations commerciales, tout en respectant les règles européennes⁶.

Liberté d'établissement

Selon la Commission, la liberté d'établissement suppose que n'importe quelle entreprise européenne puisse s'installer ou exercer ses activités aussi facilement que possible dans les Etats de l'Union. Mais comment faciliter celle-ci et à quoi les Etats devront-ils renoncer pour permettre cette liberté d'établissement ? Car actuellement, n'importe qui ne peut pas créer une entreprise, exercer une profession, sans respecter des règles. Ces règles ont été votées par nos élus dans nos parlements, ou constituées dans le cadre de la concertation sociale. Derrière les « entraves administratives » à la liberté d'installation se cachent bien souvent des règles de vie collective décidées de manière démocratique pour organiser une profession, son exercice, ou encore les conditions de travail liées à telle ou telle activité.

Afin de juger de la bonne opportunité des entraves à la liberté d'établissement, la directive prévoit ce qui est justifiable, ou non. Un triple critère d'évaluation est proposé par la commission : non-discrimination, nécessité et proportionnalité⁷. Ceci laisse une grande liberté d'interprétation. En Europe, comme en Belgique, quand le flou persiste, ce sont les tribunaux qui tranchent. Au niveau européen, c'est la Cour de justice européenne qui joue ce rôle. Ce qui attise les craintes des progressistes au vu de ses décisions régulièrement orientées vers la défense du « marché ».

Principe du « pays d'origine »

A ce principe de liberté d'établissement s'ajoute celui dit du « pays d'origine ». Il est loin le temps où une entreprise avait son siège social et d'exploitation en une seule et unique adresse. A présent, une société peut avoir son siège social en une adresse, tandis qu'elle aura plusieurs sièges d'exploitations, plusieurs entreprises en plusieurs endroits différents. Le principe du « pays d'origine » s'appuie sur cette distinction entre siège social et siège d'exploitation et fait primer le siège social sur le siège d'exploitation. Selon ce principe, une entreprise ayant son siège social à Malte – où les conditions de travail sont nettement moins avantageuses - pourrait soumettre ses travailleurs exerçant en Belgique aux lois du pays d'origine et proposer dès lors des services beaucoup moins chers que ceux des entreprises belges.

Sous pression syndicale, l'Union Européenne avait pourtant adopté en 1996 une directive sur le détachement des travailleurs qui garantit que toute personne travaillant dans un Etat membre

⁶ L'impact de la directive « Service » sur la loi sur les implantations commerciales fut notamment abordé en région bruxelloise. Voir le compte-rendu intégral de la séance plénière du 8 avril 2011 (matinée) disponible sur le site du parlement régional bruxellois. <http://www.parlbruparl.irisnet.be/content/view/318/100/lang.fr/>

⁷ - La non discrimination : traitement égal pour les prestataires des différents états, sans différence, directe ou induite du fait de la nationalité, ou du lieu de résidence.

- La proportionnalité : une exigence doit être propre à garantir l'objectif visé, sans aller au delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre.

- La nécessité évoque le fait qu'il est demandé aux pouvoirs publics d'évaluer si des exigences demandées à des opérateurs sont vraiment nécessaires, indispensables. La directive prévoit de manière spécifique que la nécessité doit pouvoir être évaluée au regard des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de protection de l'environnement. La nécessité fut avantageusement définie dans le cadre de la directive « Service » et fait appel à la notion de : « raison impérieuse d'intérêt général » (développée plus loin dans cette analyse). Ces raisons reconnues comme telle par la jurisprudence de la Cour de Justice sont : l'ordre public, la santé publique, la sécurité publique, la préservation de l'équilibre financier du système de sécurité sociale, la protection des consommateurs, la lutte contre la fraude, la loyauté des transactions commerciales, la protection de l'environnement et de l'environnement urbain, la santé des animaux, la propriété intellectuelle ... (art.4 de la directive).

bénéficie des conditions de travail et du droit social de cet Etat. La simplification administrative combinée au principe du pays d'origine bat en brèche les acquis sociaux nationaux et organise le dumping social intra-européen. Car le projet Bolkestein prévoyait qu'il revenait au pays d'où provenait l'entreprise de contrôler les réglementations et non au pays d'accueil. En clair, l'entreprise de construction maltaise pouvait embaucher des travailleurs belges sous conditions maltaises pour les faire travailler en Belgique. Et il revenait aux services d'inspection maltais de contrôler le travail effectué en Belgique... L'Europe serait devenue une énorme zone franche ! La contestation syndicale s'est donc fortement orientée sur ce point, non sans succès.

Champ de compétence : quels services ?

La libéralisation des services visait tous les services, sans distinction ! Puisque l'objectif est de laisser œuvrer le « marché », cela signifiait que les pouvoirs publics ne pouvaient plus mettre en œuvre une politique publique ou d'intérêt général sans permettre aux opérateurs privés à but de lucre de pouvoir les prester voire de bénéficier des mêmes conditions et avantages que les services publics, non-marchand, ou que l'économie sociale. Ainsi, toute aide des pouvoirs publics pour ce type de services tombait sous le champ des règles en matière d'aides d'Etat existant pour les entreprises commerciales, règles totalement inadaptées au soutien de missions de service public ou d'intérêt général. L'autre option restant pour les pouvoirs publics est de financer ce type de services par le biais de la commande publique, soit les règles de marchés publics (construites elles-aussi au départ de réalités marchandes). En toile de fond plane la privatisation des services publics et la marchandisation des services non-marchands. L'économie sociale aurait été directement concernée puisque, bien souvent, elle bénéficie d'aides, de subventions, d'avantages fiscaux et sociaux. Ces moyens lui permettent d'exercer ses missions, considérées par les pouvoirs publics comme d'intérêt général.

Par exemple en matière de formation professionnelle pour des chômeurs peu qualifiés. Aujourd'hui, des ASBL mettent en œuvre cette formation, financées pour partie par les pouvoirs publics qui délèguent ainsi leurs missions. Après Bolkestein, les pouvoirs publics auraient dû ouvrir au marché cette délégation de missions, et offrir à n'importe quel opérateur qui exercerait cette mission les mêmes avantages, alors que les opérateurs à but de lucre ne s'imposent pas nécessairement les mêmes contraintes⁸.

Le risque pour les opérateurs de formation ne réside toutefois pas tant dans la concurrence en termes d'offre de services. Ils ont en effet prouvé leur savoir-faire depuis longtemps. Mais, ils n'ont pas toujours les moyens pour répondre aux appels à projets, souvent très lourds du point de vue administratif, que suppose la mise en concurrence. Ils pourraient dès lors être défavorisés par rapport à de gros opérateurs privés comme l'intérim. De surcroît, une telle mise en concurrence est tout sauf souhaitable du point de vue des résultats, de l'atteinte des objectifs d'intérêt général relatifs à la mission. En effet, la performance sociale, indispensable à la réalisation correcte des missions d'intérêt général n'est pas la force des opérateurs privés. Pour le dire plus simplement, les opérateurs privés ne disposent pas de l'expérience, de la connaissance fine des publics et de leurs besoins, des techniques de formation et d'accompagnement des acteurs de la formation professionnelle de l'économie sociale.

Les maisons de repos offrent un bel exemple des conséquences de la commercialisation des services: dualisation de l'offre de service aux personnes ; pression sur les conditions de travail et d'hébergement par des opérateurs qui sont parfois cotés en bourse, et qui sont donc soumis à des impératifs de profit incompatibles avec les services offerts.

L'enjeu des champs de compétence de la libéralisation des services porte donc sur la garantie que doit avoir le pouvoir politique national d'exercer des missions considérées comme relevant de l'intérêt général. Il s'agit également de garantir aux opérateurs, dont le but principal n'est pas le profit, de

⁸ C'est déjà ce que l'on peut observer dans le secteur des Titres-Services par exemple, où les avantages publics sont identiques quel que soit l'opérateur, tandis que les entreprises d'économie sociale qui s'engagent davantage auprès de leurs salariés ont beaucoup de difficultés à supporter la concurrence des opérateurs commerciaux. Voir l'étude du Ceresis : DEFOURNY J., HENRY A., NASSAUT S. et NYSSSENS M., « *Les titres-services : quelle qualité d'emploi et d'organisation du service ?* », Regards Economiques N° 69, avril 2009.

pouvoir exercer des missions déléguées par les pouvoirs publics. Enfin, pour l'économie sociale de manière plus large, le pouvoir politique doit garder la possibilité de faire appel à certains opérateurs qui, par les finalités qu'ils poursuivent et la manière dont ils les mettent en œuvre, proposent des expérimentations concrètes face aux problématiques de notre époque : démocratie restreinte et domination, inégalités et exclusion, environnement dégradé menaçant jusqu'à la survie de l'espèce humaine, etc. Le pouvoir public doit pouvoir poser son choix sur des entreprises dont la finalité rejoint la mission d'intérêt général qu'ils veulent sous-traiter. Cette finalité sociale des entreprises d'économie sociale constitue la meilleure garantie que la prestation du service d'intérêt général primera toujours sur les bénéfices financiers.

... à la directive « Services »

Face aux contestations syndicales essentiellement - et « altermondialistes » -, et craignant un refus lors du référendum sur la constitution européenne (qui se produisit néanmoins), le président français Jacques Chirac et le chancelier allemand Gérard Schröder ont demandé à la Commission de revoir leur copie. Après de longues négociations, la directive « Services » était votée⁹. Les modifications intervenues ne modifient pas l'objectif général. Le préalable est la simplification administrative. Nous verrons ci-dessous que des exigences pourront être imposées si elles respectent certains critères (au triple critère d'évaluation s'ajoute les raisons impérieuses d'intérêt général.). Le principe de la liberté d'établissement demeure. Les modifications essentielles sont relatives au principe du « pays d'origine » et au champ d'application de la directive – quels services sont couverts, exclus et sous quelles conditions. C'est là qu'intervient le débat sur les services sociaux d'intérêt général, les fameux « SSIG ».

Zéro contrainte sauf « raisons impérieuses d'intérêt général » !

La directive « services » prévoit que, pour maintenir des formalités et des contraintes administratives qui mineraient l'installation et l'exercice d'activité dans un autre Etat membre, les exigences des pays devront respecter le triple critère de non-discrimination, de nécessité et de proportionnalité. Outre que ces critères laissent une large place à l'interprétation (et donc renforce le pouvoir de la Cour de justice européenne), ils permettent déjà d'exclure toute une série de conditions que poseraient les pouvoirs publics. Un Etat ne pourra plus : exiger d'un fournisseur qu'il soit de la nationalité du pays, qu'il réside dans ce pays, qu'il y ait un établissement (si bien qu'un opérateur peut fournir un service même s'il n'a pas d'implantations « physiques » dans un pays), qu'il soit soumis à un test permettant de définir si son projet d'activité répond à une demande économique réelle, qu'il constitue une garantie financière ou souscrive à une assurance, qu'il soit inscrit à un ordre professionnel, qu'il soit constitué sous une forme juridique donnée, etc. L'Etat ne pourra plus fixer des limites quantitatives ou territoriales, ni imposer des tarifs obligatoires minimum ou maximum, ou encore contraindre à exercer conjointement à son service d'autres services spécifiques, etc. C'est donc le règne du « laisser-faire, laisser-aller ». Néanmoins, une modification importante est intervenue. Outre que certains services sont exclus du champ de la directive, des conditions pourront continuer à être posées pour autant qu'elles soient motivées par des « raisons impérieuses d'intérêt général ».

Ces « raisons impérieuses d'intérêt général » n'ont pas de définition légale en droit européen. Elles sont uniquement le fruit de la jurisprudence de la Cour européenne de justice. Elles peuvent donc encore évoluer, vers un mieux, ou vers un pire... Actuellement, cette notion permet les justifications suivantes : l'ordre public, la sécurité publique, la santé publique, le maintien de l'ordre social, des objectifs de politique sociale, la protection des consommateurs, des travailleurs et des animaux, la lutte contre la fraude et la concurrence déloyale, la protection de l'environnement et de la propriété intellectuelle, la préservation du patrimoine historique et artistique national, etc¹⁰. Ces raisons

⁹ Directive « Service » officiellement nommée : « Directive 2006/123/CE, du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur » [Journal officiel L 376 du 27.12.2006]. Voir :

http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/job_creation_measures/l33237_fr.htm

¹⁰ Considérant n° 40 de la directive « Service » [Journal officiel L 376 du 27.12.2006]. Voir :

http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/job_creation_measures/l33237_fr.htm

impérieuses peuvent donc justifier bon nombre de procédures administratives¹¹. C'est un atout important pour l'Etat membre qui pourra justifier ses politiques grâce à cette notion d'intérêt général.

Principe du pays d'origine supprimé, quoi que...

Attaquant de front les intérêts du monde du travail, le principe du pays d'origine fut fort logiquement supprimé après de nombreuses et imposantes manifestations européennes¹². Mais en réalité, cette disposition est remplacée par une autre : la disposition générale sur la liberté de prestation des services. La distinction entre le siège social et le siège d'exploitation est maintenue. Néanmoins, le droit du travail échappe à présent à la directive. Une entreprise installée à Malte mais exerçant à Bruxelles ne pourra donc pas faire travailler des Belges sous conditions maltaises. Mais, la définition du prestataire de service permet que l'opérateur soit limité à une personne physique (un indépendant). De plus, la directive interdit de limiter les prestations à titre indépendant. La pratique des « faux-indépendants » va donc certainement s'étendre et si le droit du travail n'est pas directement touché, il est suffisamment contourné pour permettre le dumping social. Enfin, le contrôle de l'application des règles reste partagé entre le pays d'accueil et le pays d'origine et laisse à penser que si la victoire est à ce stade réelle, elle n'est pas définitive...

Le principe du pays d'origine n'existe donc formellement plus (certainement plus en matière de droit du travail, mais encore faudra-t-il pouvoir le vérifier !). Néanmoins, la distinction entre le siège social et le siège d'exploitation combinée à la pratique des faux-indépendant – encouragée par la directive – le fait, pour partie, revenir par la porte de derrière...

Les « services » sous l'angle européen

Au niveau européen, tous les services seraient donc de nature économique, même les services publics. Pas tout à fait. L'Europe admet l'existence des Services d'Intérêt Général (SIG). Au sein des SIG on distingue deux types de services : les Services d'Intérêt Economique Général (SIEG) et les Services d'Intérêt Général Non-Economiques (SIGNE). L'Europe ne définit cependant pas les Services Sociaux d'Intérêt Général (SSIG).

Nos habitudes nationales nous feraient croire que les SSIG relèvent davantage des services publics et non-marchand (SIGNE) tandis que les SIEG seraient des services marchands bien que rendus dans le cadre de missions d'intérêt général. Il n'en est rien... Les services publics sont ainsi présents dans les Traités sous la forme des « Services d'Intérêt Economique Général ». Mais les SIEG ne sont pas pour autant des services publics... Selon la Commission, « *les SIEG s'étendent des services commerciaux s'adressant à un large public (industrie de réseau, telles que les services postaux, l'approvisionnement énergétique, les services de communication électronique ou les services de transport public) à une vaste gamme de services sanitaires et sociaux (services d'aide sociale aux personnes âgées et handicapées, par exemple)* »¹³. Les SIGNE peuvent relever des services de protection sociale, de santé publique, d'éducation primaire, etc.

L'Europe distinguera les SSIG par la nature des services offerts. Car ces SSIG peuvent aussi bien être non-économiques (SIGNE), qu'économiques (SIEG)... Il s'agira encore une fois de savoir si la contrepartie économique est suffisante que pour considérer le service comme devant subir les règles de la libre-concurrence, et de la directive « services ». Dans sa communication de 2006 sur les SSIG, la Commission a réduit les SSIG aux services prestés dans le cadre des régimes légaux et des régimes complémentaires de protection sociale et les autres services essentiels prestés directement à la

¹¹ Mais il reviendra encore à la Cour d'estimer si les exigences posées en vertu de ses principes concordent avec le triple critère de respect de la non-discrimination, de la nécessité et de la proportionnalité. La directive prévoit de manière spécifique que la nécessité doit pouvoir être évaluée au regard des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de protection de l'environnement.

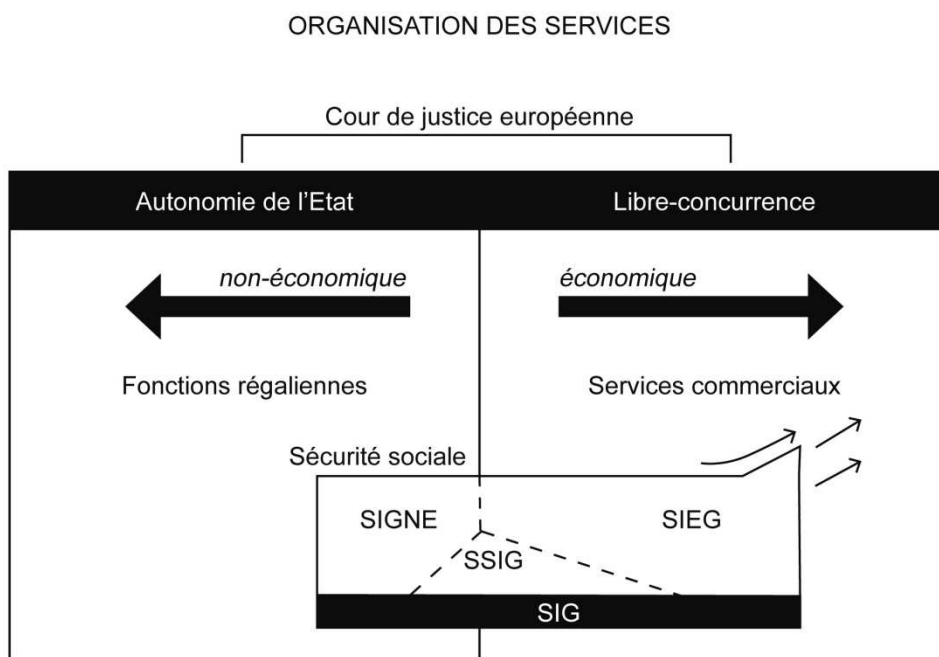
¹² 50.000 manifestants défilèrent devant le parlement de Strasbourg le 14 février 2006, alors que se négociait le compromis entre la Commission et le Parlement, avec la Confédération Européenne des Syndicats qui œuvrait en coulisses.

¹³ Communication de la Commission Européenne : « *Réforme des règles de l'UE en matière d'aides d'Etat applicables aux services d'intérêt économique général* ». COM(2011) 146 final. 23 mars 2011.

personne¹⁴. Les caractéristiques essentielles des SSIG seraient le principe de solidarité, l'absence de but lucratif, la participation de volontaires et de bénévoles, un ancrage marqué dans une tradition culturelle ou locale et, enfin, une relation asymétrique entre prestataires et bénéficiaires¹⁵. Mais une communication n'est pas une directive. Les SSIG restent donc mal définis au niveau européen. L'insertion, l'hébergement, les services aux personnes ou encore la lutte contre l'exclusion pourraient relever de ces SSIG.

Enfin, L'Europe (et pour ce qui nous occupe la directive « Services ») conçoit la possibilité qu'il existe des « Services d'Intérêt Général Non Economique » (SIGNE). Ces services sont « non économiques » car la contrepartie économique rendue pour le service est soit inexistante soit très limitée (C'est le cas des frais scolaires dans le cadre de l'enseignement obligatoire par exemple). Ces « SIGNE » viennent donc compléter l'étendue des « SIG » jusqu'ici limités aux SIEG et aux SSIG.

Pour simplifier, on peut considérer que tous les services sont de nature économiques et donc soumis aux règles de la libre-concurrence, sauf les services de nature non économique, soit les Services d'Intérêt Général (SIGNE). Dans cette logique, le Service Social d'Intérêt Général (SSIG) est soit « économique », soit « non-économique ». **Ce qui importe est donc dans la distinction entre l'économique et le non économique.** Or, à l'heure actuelle, cette distinction n'existe que selon la jurisprudence de la Cour Européenne de Justice. Jurisprudence qui limite sa définition sur base de l'existence ou non d'une contrepartie économique et qui, au mieux, intègre tout de même l'idée d'une participation aux frais de fonctionnement, pour autant que les pouvoirs publics assurent l'essentiel du coût du service offert... (C'est l'exemple de l'enseignement expliqué plus haut, où le paiement du service scolaire se limitera aux fournitures tandis que la collectivité payera la quasi-totalité des frais de scolarité).



Tout ceci explique la demande pressante d'une définition des SSIG fréquemment revendiquée par l'économie sociale, les organisations syndicales, les partis progressistes, ou encore par les partisans des services publics qui vont jusqu'à réclamer une directive sur les services publics. Car pour peu que les services actuels rendus par l'économie sociale bénéficient d'une contrepartie économique, la seule solution pour continuer à bénéficier du soutien des pouvoirs publics serait un dispositif d'aide construit

¹⁴ Communication de la Commission Européenne : « Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne : les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne » COM(2006) 177.

¹⁵ FONTENELLE A., « L'impact de la libéralisation européenne des services sur le secteur de l'économie sociale », septembre 2008, SAW-B. Voir <http://www.saw-b.be/EP/2007/A0705.pdf>

sur base des règles d'aides d'Etat applicables aux entreprises ou le mandatement (sauf pour les secteurs spécifiquement exclus de la directive « Service »), ou dans une très faible mesure, par le biais des associations caritatives. Une définition claire des SSIG permettrait à une vaste gamme de services de se préserver définitivement des affres de la libre-concurrence. Mais également de bénéficier, sans craindre les remontrances de la Commission, d'avantages publics divers tels que des aides d'Etat, des subventions, des avantages fiscaux, etc. Peut-être également que cette définition permettrait d'établir des règles propres et plus adaptées en matière de marché unique (et de libéralisation des services), d'aide état, de marché public, etc.

Une libéralisation qui ne vise plus tous les services

Alors que la libéralisation devait viser tous les services, la bataille fut rude pour en sauver quelques uns. Certains services ont pu être exclus de manière spécifique mais de façon plus ou moins certaine. L'enjeu de la définition des services a été crucial et très difficile à réaliser car les réalités sont fort différentes selon les pays. La notion de service public ou non-marchand n'existe pas au niveau européen. L'économie sociale n'a pas non plus de définition européenne sur laquelle s'appuyer pour faire valoir ses spécificités.

Le principe général de la directive suppose que la libéralisation s'applique à tous les services fournis en échange d'une contrepartie économique (par des entreprises ou des indépendants). Il s'agit alors de services économiques. Que la rémunération du service offert soit payée par le destinataire ou par un tiers est indifférent¹⁶. Ce qui importe, c'est que le service soit fourni contre rémunération. Si l'on prend la peine d'y réfléchir, tous les services sont fournis contre rémunération : le ticket de train est payant, le docteur est payant, l'aide familiale est payante, la formation professionnelle est payante (même si ce n'est pas le chômeur qui la paye nécessairement directement), la crèche est payante, la justice est payante, etc. Heureusement, la Cour de justice a tout de même spécifié que, dans le cas des services d'éducation, la participation aux frais de fonctionnement ne constituait pas une rémunération en tant que telle lorsque le financement du système est assuré pour l'essentiel par des fonds publics. La complexité atteint ici son paroxysme... La définition des services reste très large, et cette nuance introduite par la Cour de Justice européenne ne pouvait satisfaire les contestataires. *In fine*, la directive prévoit que certains services peuvent ne pas être couverts par la directive, si les Etats le souhaitent et le précisent à l'occasion de la transposition dans leurs lois nationales.

Les services préservés de la directive « services » sont :

- Les Services d'Intérêt Général Non Economiques (SIGNE), soit les services qui ne sont pas fournis en échange d'une contrepartie économique (enseignement primaire et secondaire par exemple). Les Services d'Intérêt Economique Général (SIEG) comme ceux qui relèvent des secteurs de l'énergie, étant des services fournis en échange d'une contrepartie économique, sont soumis à la directive et à la libre-concurrence. La difficulté réside dans ce qu'un service comme l'enseignement n'est pas entièrement à considérer comme un SIGNE. En effet, certains domaines particuliers de l'enseignement pouvant être prestés contre rémunération, ils tombent alors dans le champ de la directive puisqu'ils sont alors des SIEG.
- Certains Services Sociaux d'Intérêt Général sont explicitement exclus du champ d'application de la directive. Il s'agit des « *services sociaux relatifs au logement social, à l'aide à l'enfance et à l'aide aux familles et aux personnes se trouvant dans une situation de besoin* ». Ces services peuvent être fournis par l'Etat ou par le biais de prestataires mandatés par l'Etat (qui ont donc l'obligation de fournir de tels services) ou par le biais d'associations caritatives (que l'Europe définit comme comprenant les Eglises et les organisations religieuses poursuivant des

¹⁶ Ceci signifie que la contrepartie économique pour le service rendu ne doit pas nécessairement provenir du bénéficiaire du service. Par exemple, si une entreprise donne des vélos gratuitement à certaines personnes, et qu'une autre entreprise paye ce fournisseur pour ce service, on considérera qu'il y a échange économique et que la libéralisation s'applique à toutes ces entreprises-activités. Cette précision de la directive est à lire à l'aune des services rendus par des associations et entreprises, à titre quasi-gratuit pour les usagers, avec compensation de pouvoirs publics. Mais il est encore trop tôt pour savoir l'étendue de l'application que cette règle aura...

fins charitables et bénévoles). Le mandatement et la notion d'association caritative prennent ici toute leur importance¹⁷. Cependant, si ces services sont également prestés par des opérateurs privés, ils tombent alors sous le coup de la directive. C'est là toute la perversité de la directive qui ne se préoccupe pas des entreprises mais des secteurs d'activité et qui se base sur la présence du marchand dans un secteur pour définir le marché¹⁸. C'est jusqu'ici la situation d'une grande part des services offerts dans le cadre de l'économie sociale ou du non-marchand. Pensons à l'aide aux familles et aux personnes, aux services aux chômeurs, aux services privés d'aide familiale et ménagère à domicile, etc.

De plus, la politique menée doit être ciblée sur les personnes en situation de besoin. Ce critère peut restreindre les marges de manœuvre politique. C'est le cas en matière de logement social par exemple. Ainsi, les Pays-Bas qui ont une politique volontariste en matière de logement public, ont été rappelés à l'ordre par la Commission européenne. Leur système permet à 43% des habitants de prétendre à un logement social, ce qui semblait être trop élevé pour le commissaire Laszlo¹⁹.

- Les activités liées à l'exercice de l'autorité publique (administrations publiques, armée, police, justice, etc.), si ce n'est qu'il revient à la Cour européenne de justice d'en juger. D'autant que la Cour estime que cette exception peut couvrir des activités spécifiques tandis qu'elle ne peut couvrir les activités purement « *auxiliaires et préparatoires à l'exercice de l'autorité publique* »²⁰.
- Les soins de santé qui couvrent « *les services de soins de santé et pharmaceutiques fournis par des professionnels de la santé aux patients pour évaluer, maintenir ou rétablir leur état de santé lorsque ces activités sont réservées à une profession de santé réglementée dans l'Etat membre dans lequel les services sont fournis* »²¹. Les services de comptabilité, d'administration ou liés aux fournitures en matière de santé sont donc couverts par la directive, de même que les activités liées au « bien-être » ou à la relaxation.
- Les services des agences de travail intérimaire, dans leurs activités d'intérim, mais pas pour leurs autres activités comme les services de placement ou de recrutement.
- Les services dans le domaine des transports, soit le transport aérien, maritime et de navigation intérieure, le transport routier et ferroviaire, le transport urbain, les ambulances, etc. Par contre, les services d'auto-école, de déménagement, de location de voiture ou encore les services funéraires sont soumis à la directive.
- Les services financiers soit l'ensemble des services bancaires, les services concernant le crédit, les titres, fonds d'investissement, assurance, pensions, etc. ; les services et réseaux de communication électroniques (qui sont par ailleurs régis par le « paquet télécoms ») ; les services audio-visuels et de radiodiffusion ; les services fournis par les notaires et les huissiers

¹⁷ Mandatement et association caritative sont abordés plus longuement dans l'analyse consacrée à la directive service transposée en Belgique. Il y apparaît que certaines conditions doivent être remplies pour que les pouvoirs publics puissent mandater une entreprise ou une association afin d'exercer une mission précise, d'intérêt général. Apparaît également que les pouvoirs publics belges ont préféré laisser le flou régner quant à la définition du mandatement et de l'association caritative en droit belge. Voir : CICCIA Luca, « *Transposition de la directive « services » et SSIG : évaluation et perspectives* ». SAW-B, Mai 2011.

¹⁸ Szoc E., « *Libéralisation des services en Belgique : gare au match retour !* ». in Revue Démocratie, 1^{er} avril 2009. Voir <http://www.revue-democratie.be/index.php?p=art&id=571>. Evoquant les services sociaux exclus, il écrit que « *dans la mesure où ce ne sont pas des prestataires qui sont exclus du périmètre de la directive « en vertu, par exemple, de leur nature juridique (publique ou sans but lucratif)* », mais bien les services eux-mêmes, il faudrait pour pouvoir exclure les services sociaux repris dans la liste que ceux-ci soient fournis exclusivement par des opérateurs publics ou « *caritatifs mandatés* ». D'une certaine manière les opérateurs privés commerciaux agissent par contamination : leur présence dans un secteur d'activités donné ferait de facto entrer ce secteur dans le périmètre de la directive. Ou, dit encore autrement, c'est à l'existence du marchand — même isolé et minoritaire — qu'on reconnaît le marché ! » Il faut néanmoins noter qu'intervient également la définition du service. Apporter un repas à domicile et apporter un repas à domicile, ce n'est pas toujours le même service ! Outre la question prix, il est aussi question de l'esprit dans lequel le service est rendu, et toute sa dimension sociale en somme !

¹⁹ Lien vers compte-rendu du débat au parlement européen <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubref=-//EP//TEXT+CRE+20100518+ITEM-016+DOC+XML+V0//EN&language=EN>

²⁰ Arrêt du 13 juillet 1993 dans l'affaire 42/92, *Thijssens*, et arrêt du 21 juin 1974 dans l'affaire 2/74, *Reyners*.

²¹ Considérant 22 de la directive « Service ».

de justice, nommés par les pouvoirs publics ; les activités de jeux d'argent et les services de sécurité privée, tous deux soumis à un contrôle strict des pouvoirs publics nationaux.

Transposition, en guise de conclusion ?

Cette analyse a pour objectif de saisir les enjeux et les contours de la directive Services et, dans ce cadre, de mieux comprendre les débats sur les Services Sociaux d'Intérêt Général. Cette longue explication démontre par elle-même que les enjeux européens sont certes complexes, mais vitaux pour tous les progressistes, et plus particulièrement pour ceux qui sont attachés au développement de l'économie sociale. Et si le vote au parlement européen sonnait la fin des débats houleux au niveau européen, la bataille continue. Car l'Europe est avant tout un processus, et donc en évolution constante. Chaque étape peut orienter vers un mieux, vers un pire, le contexte dans lequel l'économie sociale va pouvoir s'épanouir, ou étouffer.

Dans le cadre de la transposition de la directive en Belgique, le secteur de l'économie sociale a été très attentif et actif pour préserver ses possibilités d'action. Certaines opportunités semblent même pouvoir être utilisées telles que le « mandatement ». Pour autant, si le pire semble avoir été évité, le processus est toujours en cours. De même que le vote n'était pas la fin du processus, la transposition n'était elle aussi qu'une étape. L'évaluation de la transposition est déjà programmée. A l'occasion de la présidence belge de l'Union du second semestre 2010, s'est tenu le troisième Forum sur les SSIG. Les recommandations formulées par le secteur de l'économie sociale ne seront pas nécessairement entendues par la Commission qui souhaite développer davantage le « marché unique » et qui a déjà de nouveaux projets dans ses cartons... C'est sur ces développements que l'analyse axée sur la transposition vous invite à réfléchir.