

ESS ET INTÉRÊT GÉNÉRAL

SOUS LE REGARD DE L'UNION EUROPÉENNE

JM Lucas et Doc Kasimir Bisou

Octobre 2012

Je reprends ici quelques textes de références de la législation européenne concernant les activités d'intérêt général et j'interroge leurs rapports à l'Economie sociale et solidaire (ESS).

1 - En premier lieu, je voudrais observer qu'il va nous falloir accepter de modifier nos manières de raisonner : on est habitué en France à parler de « service public » et beaucoup d'organisations se revendiquant de l'ESS estiment en faire partie via les subventions et les missions de service public qui leur sont confiées par les collectivités ou l'Etat. Or, cette approche qui place d'un coté l'activité « publique » et, de l'autre, l'activité « privée » n'a aucun sens du point de vue de la législation européenne !

Je vais le montrer en citant des extraits des textes de références de la Commission Européenne. Je lis ainsi : *« Service public: La notion de service public est utilisée à l'article 93 du Traité sur le fonctionnement de l'union européenne (TFUE) dans le domaine des transports. En dehors de celui-ci, toutefois, il arrive qu'elle soit appliquée de façon ambiguë: elle peut désigner l'offre d'un service au grand public et/ou dans l'intérêt du public ou être utilisée pour caractériser les activités d'entités du secteur public. Pour éviter toute ambiguïté, la présente communication n'utilise pas cette expression, mais bien les termes «service d'intérêt général» et «service d'intérêt économique général».*¹

Autrement dit, se référer aujourd'hui à la notion de « service public » n'a plus grand sens sauf à imaginer recommencer toutes les négociations avec les 27 pays de l'Union. On peut toujours rêver, mais à ce jour il est naïf, et à coup sur, pas très malin, de vouloir négocier au niveau européen en se revendiquant d'une catégorie qui a été éliminée de la discussion par nos partenaires. En conséquence, il me semble préférable de chercher à comprendre la logique de raisonnement en cours pour mieux se situer dans les négociations, toujours longues et difficiles, au sein de l'Union.

2 - Je partirai donc de la notion de « **services d'intérêt général** ». Cette notion n'est pas du tout juridique. Elle est politique et elle a un rapport étroit avec les valeurs de l'ESS, mais pas forcément dans le bon sens. En effet, l'idée de service d'intérêt général recouvre deux conceptions totalement opposées : i) l'une concerne les « **services d'intérêt économique général** » dits « SIEG ». Je vais m'y intéresser en premier pour montrer que cette conception de l'intérêt général conduit à nier toute valeur politique à l'ESS. ii) L'autre entrée est celle des « **Services d'intérêt général non économiques** » qui répondent parfaitement, à mon sens, aux valeurs de solidarité de l'ESS. Le seul problème est que la Commission européenne résiste autant qu'elle peut à favoriser leur développement.

3 – Commençons par les SIEG (Services d'intérêt économique général). Pour en comprendre la légitimité, il faut d'abord s'intéresser à la valeur politique accordée au marché libre, c'est à dire au libre échange de

¹ Voir Bruxelles, le 20.12.2011, COM(2011) 900 final, COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN, AU CONSEIL, AU COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL EUROPÉEN ET AU COMITÉ DES RÉGIONS : Un cadre de qualité pour les services d'intérêt général en Europe

marchandises (sans entrave publique) : pour répondre aux besoins des européens, il est admis dans le Traité de l'Union que l'avenir de l'Europe nécessite le développement de marchés concurrentiels, avec une règle d'or très bien formulée par l'article 107 : « *les aides publiques sont « incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres »*, c'est à dire faussent la concurrence. La Directive « Services » de 2006 a rappelé ce credo politique : la limitation des interventions publiques permet la « *libéralisation des échanges qui est un moyen essentiel pour renforcer l'intégration entre les peuples européens et pour promouvoir le progrès économique et social équilibré et durable* »². J'insiste : vive le marché libre (concurrentiel) pas seulement pour l'augmentation des chiffres d'affaires des entreprises privées et des emplois, mais surtout pour parvenir au progrès social et durable pour tous !

4 – Les conséquences de cette conception politique du progrès (humain) sont lourdes : les activités qui ne peuvent pas atteindre la rentabilité sur les marchés concurrentiels sont à comprendre comme des exceptions malheureuses. Dans la logique libérale, elles n'ont plus d'utilité pour la société. Si elles doivent perdurer, c'est seulement à titre **d'exceptions**. Il arrive évidemment que les responsables politiques considèrent que ces exceptions sont inévitables et chacun voit bien qu'il ne manque jamais de situations où la règle du marché concurrentiel n'est pas satisfaisante. Pour autant ces activités bénéficiaires de subventions sont des pis aller, elles ne répondent pas à l'idéal du progrès durable. Or, c'est uniquement dans ce régime « d'exception » que l'ESS trouve sa place, dans le Traité et particulièrement dans la directive « services » !

Je voudrais prendre le temps de préciser ce positionnement marginal de l'ESS.

Démonstration en deux temps.

5 – Quelles sont les activités humaines qui doivent se soumettre à la règle du marché libre, ou pour le dire autrement, quelles sont les activités qui sont soumises à l'obligation de réaliser un profit, sans aide publique sous peine de ne plus contribuer au progrès durable ? La réponse étonne parfois mais elle est bien établie : tous les organismes ayant des « **activités économiques** » doivent respecter cette logique concurrentielle.

Reste à savoir quand une activité est « économique », car on sent bien que cette catégorie est redoutable par ses conséquences politiques. Examinons la réponse en détail pour en mesurer la portée par rapport aux valeurs de l'ESS.

On pourrait penser qu'une association – non lucrative et non rentable – revendiquant son attachement à l'ESS, a une valeur pour la société du fait de son activité « sociale » de relations avec ses « publics », (ses populations, ses bénéficiaires, ses usagers, ses adhérents...). On pourrait croire que cette association - qui ne cherche en rien à gagner plus qu'elle ne dépense et encore moins à rétrocéder le surplus de recettes aux associés - échappe à la catégorie des « activités économiques » placée sous l'emprise de la règle concurrentielle !

Pourtant, il faut le croire : la volonté de l'association de se revendiquer de l'ESS n'a aucune espèce d'importance au regard de l'enjeu collectif du progrès de l'Union ! Quelles que soient les intentions des partisans de l'ESS, leurs activités sont, a priori, pour l'Union, des « activités économiques » ! Tous les textes de la Commission sont clairs à cet égard.

On lit par exemple : « *Quand une activité est-elle qualifiée comme économique au sens des règles de concurrence ? Toute activité consistant à l'offre des biens et/ou des services sur un marché donné est une activité économique* »³. C'est dit ! On peut aussi lire : « *Pour qu'un service donné soit qualifié d'activité économique soumise aux règles du marché intérieur (libre circulation des services et liberté*

2 Voir DIRECTIVE 2006/123/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.

3 Voir Bruxelles, 7.12.2010 SEC(2010) 1545 final DOCUMENT DE TRAVAIL DES SERVICES DE LA COMMISSION, Guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État, de "marchés publics" et de "marché intérieur

d'établissement), il doit présenter la caractéristique essentielle d'être fourni contre rémunération. »⁴ Ainsi, vous avez beau déclarer que votre association relève de l'ESS, qu'elle est non lucrative, vous exercez une « activité économique » parce que les services que vous proposez sont fournis « contre rémunération ». Si vous n'avez pas bien saisi, la suite le confirme : « *Le seul fait qu'une entité ne poursuit pas un but lucratif ne signifie pas que les activités qu'elle exerce ne sont pas de nature économique* »⁵. L'association est donc une « entreprise », comme toutes les autres entreprises privées, qu'elle le veuille ou non !! Pas de traitement particulier pour l'ESS !

Sans doute, allez vous penser qu'il ne faut pas exagérer car vos « publics » qui utilisent vos services associatifs (la fameuse utilité sociale!) ne payent pas le prix réel des services puisque vous êtes subventionnés ! On ne peut pas sérieusement les prendre pour des consommateurs de supermarchés concurrentiels... Mais, c'est là, l'erreur : le service solidaire que vous proposez reste et demeure une « activité économique » même s'il n'est pas payé par ceux qui en bénéficient ! Relisons attentivement : « *Pour qu'un service donné soit qualifié d'activité économique soumise aux règles du marché intérieur (libre circulation des services et liberté d'établissement), il doit présenter la caractéristique essentielle d'être fourni contre rémunération. Il ne doit cependant pas nécessairement être payé par ceux qui en bénéficient.* »⁶ Alors, ESS ou pas, subventionné ou pas, c'est le même régime : vous faites sens pour le progrès de l'Europe parce que vous êtes une « entreprise » ayant des « activités économiques ».

La conséquence est immédiate, inexorable : vous devez respecter les règles de la libre concurrence, exactement comme les entreprises privées lucratives, les grosses comme les petites, les artisanales comme les industrielles. Même régime pour tous, pour la bonne cause, celle du progrès social et économique durable !

Cette vérité est d'autant plus puissante qu'elle vient de la Cour européenne de justice ! Ni les fonctionnaires de la Commission, ni les politiques ne sont responsables de ce traitement du « non lucratif » à valeur égale au « lucratif » pour le progrès en Europe. Je lis : « *Dans le domaine du droit de la concurrence, la Cour de justice estime que ce n'est pas le secteur ou le statut d'une entité assurant un service (par exemple le fait qu'il s'agisse d'une entreprise publique ou privée, d'une association d'entreprises ou d'un organisme d'administration publique), ni son mode de financement, qui déterminent si ses activités sont considérées comme économiques ou non économiques, mais la nature de l'activité elle-même.* »⁷

Vous avez bien lu : vous avez choisi des statuts juridiques et exprimé votre volonté solidaire, mais remballez votre idéal . Pour la législation sur la concurrence, quoique vous en pensiez, vous avez le même sens qu'une multinationale capitaliste !

6 – Passons au deuxième temps de la démonstration qui nous amène aux **Services d'intérêt économique général (SIEG)**. Il est beaucoup plus subtil car il autorise, au final, à financer avec des ressources publiques les organisations non lucratives de l'ESS. Chaque acteur de l'ESS peut donc négocier son développement singulier, mais au prix d'une restriction qui me paraît trop lourde à accepter : l'absence de reconnaissance

4 Voir Bruxelles, le 20.11.2007, COM(2007) 725 final, COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN, AU CONSEIL, AU COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL EUROPÉEN ET AU COMITÉ DES RÉGIONS, accompagnant la communication intitulée "Un marché unique pour l'Europe du 21e siècle", Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen.

5 Voir Guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État, de "marchés publics" et de "marché intérieur"

6 Ibidem.

7 Voir COMMUNICATION DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN, AU CONSEIL, AU COMITÉ ÉCONOMIQUE ET SOCIAL EUROPÉEN ET AU COMITÉ DES RÉGIONS accompagnant la communication intitulée "Un marché unique pour l'Europe du 21e siècle", les services d'intérêt général, y compris les services sociaux

collective, donc politique, des valeurs de l'ESS .

Suivons l'argument : on comprend vite que le marché libre ne permet pas de parvenir au progrès durable tant espéré par l'Union ! Il reste beaucoup d'activités qui ne sont pas rentables pour les entreprises privées et qui pourtant doivent être fournies à la société « *dans l'intérêt public* ». On peut même dire que l'Union a une conception très ouverte de toutes ces activités relevant de « l'intérêt public » puisqu'elle laisse une grande latitude aux Etats et aux collectivités locales pour décider quelles activités peuvent légalement être prises en compte à ce titre. Cette perspective de développer des activités en dehors du marché réjouit d'avance les amateurs de l'ESS qui deviennent alors des acteurs de l'intérêt général, du moins des « services d'intérêt économique général. »

Mais il faut bien comprendre le piège de cette reconnaissance des SIEG dans un monde où l'idéal du progrès se bâtit sur le marché libre. Je le formulerai ainsi : vous vous dites, sans doute, que ce monde de « l'intérêt public » est bien pour vous car il reconnaît la valeur sociale de votre activité solidaire. Erreur !⁸ Car, ce monde de l'intérêt public reste, lui aussi, sous l'emprise politique de la règle concurrentielle.

7 – Revenons sur l'idée première de la Commission : ces activités d'intérêt public ne sont légitimes que pour la raison que le marché ne s'y intéresse pas. C'est dit sans fioriture : « *Les SIEG sont des activités économiques remplissant des missions d'intérêt général qui ne seraient pas exécutées (ou qui seraient exécutées à des conditions différentes en termes de qualité, de sécurité, d'accessibilité, d'égalité de traitement ou d'accès universel) par le marché en l'absence d'une intervention de l'État.* »⁹ Le marché ne sait pas faire, (lire : il ne sait pas faire des profits avec ces activités). Alors l'élu prend sa place et apporte les ressources publiques nécessaires pour pouvoir disposer des services souhaités.

Autrement, et moins gentiment, formulé, si une collectivité voulait subventionner des associations ESS alors que le marché estimerait que ces activités sont rentables, elle ferait une « *erreur manifeste d'appréciation* » et devrait cesser son aide pour cause de concurrence déloyale !! Comme le disent sobrement les textes sur les SIEG : « *Il y a lieu de noter que la large marge de manoeuvre que les États membres ont dans la définition de leurs missions de service public est toujours soumise au contrôle pour erreur manifeste fait par la Commission et la Cour de justice.* »¹⁰

Ainsi, l'ESS n'est qu'une roue de secours que l'on sort pour permettre au marché concurrentiel de continuer sa route alors qu'il est à plat ! **Les valeurs humaines de l'ESS passent toujours après la valeur marchande concurrentielle qui reste la priorité à respecter pour le progrès de l'Europe, même en cas de panne.** Et ce n'est pas « *le guide des appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale* » de 2010 qui peut atténuer cette conclusion. Ce document dit dans un premier temps qu'il s'impose de prendre en compte les situations sociales les plus larges (dont « *la promotion du «travail décent» , concept universel qui repose sur la conviction que les personnes ont droit à un emploi productif dans des conditions de liberté, d'égalité, de sécurité et de respect de la dignité humaine* »). Mais il n'oublie pas de rappeler les acteurs publics à la raison en leur signifiant la nécessité de respecter nécessairement les règles de concurrence. « *Le choix d'un produit, d'un service ou de travaux spécifiques peut provoquer une distorsion de la libre concurrence des entreprises de l'UE dans le domaine des marchés publics* » Il faut donc mettre des gardes fous à la prise en compte du social : « *Certains garde-fous s'imposent. Ces garde-fous résident tout d'abord dans le fait que les dispositions du TFUE sur la non-discrimination, la libre prestation de services et la libre circulation des marchandises s'appliquent en toutes circonstances, et donc aussi aux marchés publics...* » Il faut donc garder les « fous » du social par les agents de la raison

8 - L'un des documents officiels qui peut faire illusion est le guide « Acheter social, guide sur les appels d'offres publics avec clauses de responsabilité sociale qui définit une longue liste de préoccupations sociales à prendre en compte mais dans le cadre d'appels d'offres publics concurrentiels...

9 Voir : Un cadre de qualité pour les services d'intérêt général en Europe, op.cit.

10 Voir : Guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État, de "marchés publics" et de "marché intérieur". Op.cit.

concurrentielle. Drôle de monde !

8 – Précisons maintenant ce qui arrive lorsque le marché ne sait pas rentabiliser une activité souhaitée par une collectivité. Pour pouvoir proposer cette activité aux habitants, il est nécessaire que la collectivité contribue à son financement. Elle crée alors un SIEG.

On aimerait croire que ces activités « d'intérêt public » avec « financement public » sont le domaine des organisations non lucratives, pétries de valeurs de solidarité ! Point du tout : pour fournir ce service « public » devenu « d'intérêt économique général », il suffit que la collectivité apporte une **compensation** par rapport à la non- rentabilité du service qu'elle demande. Du coup, et c'est pour cela que le nom de « service d'intérêt économique général » est juste, il s'agit uniquement d'équilibrer les comptes économiques du producteur, non de donner une valeur « publique », humaniste, solidaire, interpersonnelle ou autre, à l'activité ! Dans ces conditions, Il n'est d'aucune importance que la réponse à cette demande publique soit faite par un privé multinational, un artisan local, une coopérative ou une association de quartier ! La règle concurrentielle ne connaît que la valeur monétaire et ignore les autres ! Tous les offreurs sont pareils car ils produisent des services marchands devenus « rentables » grâce à l'argent public, lequel a transformé une demande non solvable en demande lucrative grâce aux financements publics. Le raisonnement est parfait : le privé rentable peut parfaitement répondre à l'intérêt public puisque il reçoit une compensation par rapport au coût du marché. *« Le coût de l'obligation de service public correspond à la différence entre le coût net supporté par une entreprise pour assurer un SIEG et le coût net supporté par la même entreprise n'assurant pas l'obligation de service public. »*¹¹

On peut avoir du mal à comprendre cette histoire quand on est habitué à raisonner en disant qu'il y a d'un coté le « privé », de l'autre le « public ». Mais, ici, il faut réussir à admettre que le service d'intérêt économique général peut être exécuté par une entreprise privée sous la seule contrainte que l'aide apportée par la collectivité ne fausse pas la concurrence. Avec la menace que *« si une aide octroyée dans le cadre d'un SIEG est susceptible de créer de graves distorsions de concurrence, la Commission procédera alors à une appréciation approfondie de son impact sur la concurrence. »*¹²

C'est clair : il est tout à fait possible pour un maire de subventionner des structures ESS, et tant mieux. Mais cette aide n'est pas justifiable par les valeurs collectives qu'elles portent car, je le répète, l'enjeu du progrès équilibré et durable pour l'Union n'est pas le « service public » mais le bon fonctionnement de la concurrence qui ne doit jamais être perturbée, même par la sphère de la responsabilité publique !

Il n'y a donc pas de place particulière pour les valeurs solidaires, pas de mission spécifique pour l'ESS au regard des valeurs politiques fondatrices de l'Union. Avec les SIEG, ce que font les structures de l'ESS, des entreprises privées lucratives peuvent le faire tout aussi bien et au nom même de l'intérêt général !

Un récent mémo de la commission nous le redit avec la douceur du langage diplomatique : *« Compte tenu des contraintes budgétaires auxquelles les administrations publiques sont actuellement confrontées et de la nécessité de procéder à un assainissement budgétaire, il convient de veiller à ce que des services de qualité soient fournis d'une manière aussi efficace et rentable que possible. »*¹³ Rentable, inévitablement ! Humaine ? On peut en douter.

9 – Une fois assimilé le poids de cette logique du progrès par la marchandise, il ne faut pas pour autant désespérer et déduire que les organisations ESS n'ont pas de place dans le modèle européen. Il existe, je crois, deux raisons politiquement opposées pour permettre à l'ESS de résister à la puissance de la logique concurrentielle, instituée par les SIEG.

11 Voir MEMO/11/929, Bruxelles, le 20 décembre 2011, Aides d'État: la Commission adopte le nouveau paquet de règles en matière d'aides d'État relatives aux services d'intérêt économique général (SIEG) – foire aux questions

12 Ibidem.

13 Voir Un cadre de qualité pour les services d'intérêt général en Europe, op.cit

10 - La première ligne de résistance consiste à se faufiler dans les mailles du filet de la règle du marché libre. Être pragmatique et profiter des failles du système ! Ainsi, vos juristes vous expliqueront comment il vous est possible d'échapper dans le quotidien à l'argumentation concurrentielle. Il y a mille possibilités dont la plus visible est celle de la règle « de minimis ».

On peut la résumer ainsi : votre activité ESS (toujours appréciée dans sa dimension économique) est si petite à l'échelle de l'Union qu'elle n'affecte pas la concurrence entre les Etats. (La formule diplomatique dit « *n'affecte pas les échanges entre Etats membres* »). Alors, l'Union vous considère tellement comme quantité négligeable qu'elle ne s'intéresse plus à votre activité et aux financements publics dont elle bénéficie. C'est globalement le cas si les aides publiques ne dépassent pas 500 000 euros sur trois ans.

¹⁴Beaucoup d'organisations ESS sont loin de ce seuil et, par conséquent, elles peuvent remercier l'Union de les laisser tranquilles. Elles pourront continuer d'exister et de **se développer dans la limite de leur invisibilité politique**. En somme, chacun pourra vivre dans son coin, affirmer chaque matin son attachement aux valeurs solidaires puisque l'activité est si petite qu'elle ne perturbe en rien l'ordonnement du progrès social et économique résultant du bon fonctionnement du marché !

Il est certes fort séduisant de pouvoir vivre tranquillement avec ses valeurs. Pragmatiquement, la situation est bonne puisque l'argent public fait vivre la structure ESS, mais, à mon sens, elle est peu glorieuse pour l'avenir de l'économie solidaire, ...et de l'Union réunies.

Pour inciter à la réflexion collective sur ces limites du pragmatisme, je rappelle un texte de la Commission qui explique ce jeu de dupes : une compagnie de théâtre basque peut elle recevoir des subventions publiques ? La réponse est « oui », mais la justification est telle qu'on préférerait que la compagnie refuse de toucher un euro pour d'aussi mauvaises raisons ! : « *Dans le cas des productions de théâtre basques, il a été considéré que le financement de ces productions n'affectait pas les échanges entre Etats membres, dans la mesure où il s'agissait des productions à petite échelle de micro ou petites entreprises d'une nature locale, leur audience potentielle était limitée à une région géographique et linguistique spécifique, et elles ne pouvaient pas attirer un tourisme transfrontalier.* » ¹⁵ Vous avez bien lu : voici les artistes basques, transformés en « micro entreprises » de « loisir » local qui ont droit aux subventions uniquement parce que leur culture est quantité négligeable. Puisque leurs créations théâtrales vivent en circuit fermé, dans la bulle close de leur identité linguistique, séparée de toutes les autres langues de l'Europe et du monde, ils ont droit à une aide publique. La politique culturelle publique réduite à l'éloge du ghetto culturel ! Reconnaissons que le raisonnement est étrange dans une société de liberté ! Je ne parviens à comprendre cet argument de l'enfermement linguistique quand il faudrait, au contraire, justifier l'argent public par la capacité des acteurs à entrer en relations suivies avec d'autres langues, à s'interconnecter, à interagir pour engendrer de nouvelles relations culturelles, sans attendre que le marché en voit la rentabilité ! L'argent public arrive, mais à quel prix !!!!!

Je vous laisse méditer cette apologie de l'aide publique conditionnée au maintien du ghetto linguistique et culturel, en observant que, sauf erreur, je n'ai vu aucune organisation de l'ESS réagir à cette pitoyable explication de la Commission !

Il y a d'autres façons de bénéficier d'argent public mais les solutions que les juristes trouveront pour telle ou telle organisation ESS ne changent rien au fond : l'Europe des services d'intérêt économique général n'a que faire des valeurs de l'ESS pour parvenir au progrès dans l'Union. Elle laisse seulement la liberté aux acteurs de devenir des entreprises comme les autres ! Le pragmatisme est, ici, une solution en trompe l'oeil, que l'on doit accepter sous peine de mort, mais dans le renoncement à ses valeurs, faute d'autres solutions politiques.

14 Voir pour les détails le paquet almunia dans l'article de Colin Amblard : PAQUET ALMUNIA » : LA NOUVELLE DONNE EUROPÉENNE, dans juris association 1 mars 2012

15 Voir le Guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État, de "marchés publics" et de "marché intérieur"

11 – Pourtant, il existe une autre approche possible. Elle est déjà présente au sein de l'Etat de droit de l'Union. Il n'y a même pas à l'inventer ! Elle est déjà écrite et il suffit de l'investir politiquement pour que les valeurs de l'économie solidaire soient reconnues indispensables pour le progrès humain en Europe. Il s'agit des « **services d'intérêt général non économiques** » (SIG non économiques) .

Il n'est pas facile de déterminer où commencent et où finissent de tels services. On comprend seulement que leur seule caractéristique commune est d'être « non économique ». Conséquence : les organisateurs de ces activités ne sont plus soumis à la règle concurrentielle. Ils mobilisent des ressources, ils les transforment pour les mettre à la disposition de la société mais le modèle marchand ne s'applique pas à eux. L'intérêt général qui leur est attaché ne s'apprécie pas par le volume d'une offre, l'intensité d'une demande, la contrepartie d'un prix. L'idée même de « marché » ou de « SIEG » perd son sens. L'approche de ces activités d'intérêt général est totalement différente et l'on imagine son intérêt pour les acteurs de l'économie sociale et solidaire.

12 _ Le problème pratique est que cette alternative demeure très mystérieuse dans les textes qui en évoquent la nécessité.

Je regarde les guides expliquant à quoi ressemblent les activités non économiques pour la Commission. Je trouve d'abord une catégorie d'activités « *liées à l'exercice des prérogatives de puissance publique* ». ¹⁶A bien y regarder, ¹⁷ devenir un tel SIG non économique pour raison de prérogatives de puissance publique est plutôt aléatoire. Les activités possibles forment une liste à la Prévert qui se décline en fonction de rapports de forces politiques, historiquement situés.

Autrement dit, la Commission n'a pas cherché à énoncer le principe général de ces services d'intérêt général et, puisque la règle n'est pas fixée, il est tout à fait légitime de revendiquer qu'elle le soit.

13 - Les prérogatives de puissance publique ne sont pas tout. La Commission indique aussi que des activités relèvent de l'intérêt général « non économique » parce qu'elles sont « *purement sociales* ».

Du coup, le mystère est entier. Quelle signification politique l'Europe peut-elle donner à cette catégorie d'activités « purement sociales » ? On serait bien en peine de trouver la réponse car elle supposerait qu'en Europe on puisse distinguer les activités « sociales pures » des activités « sociales impures » et des activités « pas du tout sociales » ! L'ironie est de mise car l'expression « activités purement sociales » cache mal la volonté de la Commission de ne pas approfondir le sujet des SIG non économiques.

De surcroît, la Commission se défile une fois de plus en renvoyant l'appréciation de la pureté sociale à la Cour de justice, comme si l'existence ou non de ces services d'intérêt général ne relevait pas de la responsabilité des instances politiques de l'Union !

14 - Pour se convaincre de la faiblesse de la position de la Commission sur ce point , il suffit de s'interroger sur trois exemples qui tentent de donner du sens à cette catégorie de services d'intérêt général. Le premier

16 Voir Guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État, de "marchés publics" et de "marché intérieur.

17 Les exemples suivants sont indiqués : « *Des activités relatives à l'armée ou à la police. Le maintien et l'amélioration de la sécurité de la navigation aérienne, la sûreté, le contrôle aérien, les douanes, le contrôle de la circulation maritime et la sécurité maritime. La surveillance antipollution qui est une mission d'intérêt général qui fait partie des fonctions essentielles de l'État en matière de protection de l'environnement du domaine maritime . Des activités de normalisation ainsi que des activités de recherche et de développement connexes. L'organisation, le financement et l'exécution des mesures pénitentiaires afin d'assurer la mise en oeuvre du système pénal. Le financement et la surveillance de la construction des infrastructures de chemin de fer. La fermeture de mines de charbon et la gestion des actifs, ainsi que l'allocation de fonds pour les travaux de réadaptation et de surveillance des sites et pour l'éradication des conséquences de l'activité minière. »*

concerne les « *prestations d'enseignement public financées, en règle générale, par le budget public et accomplissant une tâche de l'État vers la population dans les domaines social, culturel et éducatif* ». Il est clair que le texte n'évoque pas la mission éducative de l'Etat comme mission politique qui justifierait une autre logique économique que celle de la marchandise ! L'argument ne s'intéresse qu'aux « prestations » des services, nullement à leur finalité. Ainsi, chacun l'aura noté, ces prestations sont considérées d'intérêt général « non économique » parce qu'elles « *accomplissent une tâche de l'Etat vers la population* »¹⁸ ! La formule est trop floue pour que l'on s'y trompe ! Elle révèle que la Commission ne tient pas poser la question des finalités politiques de tels services d'intérêt général non économiques. Du coup, pour savoir si l'activité est « non économique », il ne reste qu'un critère pertinent : le type de financement de ces prestations ! La Commission fait silence sur les valeurs politiques des actions d'intérêt général, elle ne s'intéresse qu'à l'origine de l'argent public !

15 - Allons un peu plus loin pour montrer que la Commission devrait reprendre un peu plus sérieusement le chantier de l'intérêt général.

On peut lire dans son guide des SIEG que les activités deviennent « non économiques » « *si elle sont financées par l'Etat dans le cadre de ses missions dans le domaine social* ». ¹⁹

Mais cette justification n'a pas de sens puisque la Commission fait valoir, par ailleurs, que le « domaine social » se compose tout autant « d'activités économiques » que « d'activités non économiques ». Dire « domaine social » peut aussi bien conduire à des SIEG qu'à des prestations marchandes concurrentielles ou à des SIG non économiques. Du coup, la catégorie « sociale » ne peut pas justifier l'existence spécifique de services d'intérêt général non économiques. Il ne reste de l'argumentation que la catégorie folklorique du « social pur » qui me paraît être une sémantique administrative européenne faite pour se moquer du monde !

16 - Un autre exemple confirme que l'on ne peut se satisfaire de cet argumentaire bidon du « social pur ». Regardons la directive « services ». Elle nous dit au point 35 que les activités sportives non lucratives faites par des amateurs ne relèvent pas des activités économiques parce qu'elles répondent à des objectifs « *entièrement sociaux* » ! (le texte rajoute « ou de loisir » comme si la catégorie loisir était par nature non rentable!). Il faut prendre le temps de lire cet argumentaire surréaliste : « *Les activités sportives non lucratives pratiquées à titre amateur revêtent une importance sociale considérable. Elles poursuivent souvent des objectifs entièrement sociaux ou de loisir. Elles ne constituent donc pas des activités économiques au sens du droit communautaire et ne devraient pas relever du champ d'application de la présente directive* »

N'importe quel citoyen européen ajouterait que le raisonnement vaut tout autant pour la danse en amateur, comme pour les chorales en amateur ou le théâtre en amateur, etc... Mille autres activités ont les caractéristiques du sport en amateur et devraient être classées dans le non économique alors que l'approche des SIEG les place de force sous la coupe de la logique marchande (privée ou publique !)

17 – D'ailleurs la question de la distinction entre activités économiques et activités non économiques est si confuse que la Commission a fini par reconnaître que « *la réponse à cette question ne peut être donnée a priori et nécessite une analyse au cas par cas* ». ²⁰

Fin du round : au lieu d'ouvrir le chantier des valeurs politiques pouvant justifier des services d'intérêt général indépendants de la logique marchande, la Commission minimise l'enjeu collectif pour affirmer qu'il ne s'agit que de traiter des cas particuliers, au jour le jour, sans nul doute en attendant des décisions de

¹⁸ Ibidem ;

¹⁹ (la formulation exacte est la suivante : *Il découle de la jurisprudence de la Cour que les activités qui sont accomplies sans contrepartie économique, par l'Etat ou pour le compte de l'Etat, dans le cadre de ses missions dans le domaine social, par exemple, ne constituent pas une activité économique au sens des règles du traité sur le marché intérieur et de la directive "services"*)

²⁰ Voir Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général: un nouvel engagement européen

justice, qui évitent ainsi toute discussion politique.

18 - On dira donc que l'entrée par le « social » n'ayant aucune pertinence pour justifier des services d'intérêt général, il faut probablement suggérer aux acteurs de l'ESS de laisser tomber les négociations autour des « services sociaux d'intérêt général », ou de « l'utilité sociale » des actions !²¹ Par contre, il faut exiger des responsables politiques que la négociation sur les services d'intérêt général devienne politiquement sérieuse. Pour cela, il n'y a qu'une seule possibilité : **que la définition des services d'intérêt général soit fondée sur les valeurs politiques de progrès défendues par le Traité.** On ne peut pas imaginer autre chose que des services qui, en pratique, appliqueront les principes fondateurs de l'Union.

19 - Ce raisonnement conduit à renoncer à l'entrée par les activités « sociales » pour exiger que s'ouvre le chantier des activités qui répondent à la **valeur de dignité.**

Pourquoi vouloir mettre la respect de la dignité au centre des négociations sur les services d'intérêt général ? Pour la raison élémentaire que la valeur de dignité est inscrite dans l'article 2 du Traité et qu'elle est restée orpheline de tout dispositif d'application ! *« L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme ».*

La valeur de liberté a fait l'objet de tous les soins de la Commission avec la domination accordée depuis l'Acte Unique aux règles de fonctionnement du marché intérieur. Par contre, la valeur de dignité a été négligée dans ses applications concrètes.

Pourtant, l'affaire est fondamentale pour qui observe la réalité des effets d'indignité dans notre société européenne.

Surtout, l'enjeu de dignité est universel puisqu'il est constitutif de l'idée même du genre humain. On le retrouve, faut-il le rappeler, affirmé solennellement dans l'article premier de la Déclaration Universelle des droits de l'Homme de 1948 : *« Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits ».*

Peut-on, au nom du pragmatisme, oublier ces valeurs et se contenter d'un intérêt général gérant des « activités économiques » quand l'enjeu d'humanité devrait d'abord exiger le respect de l'égalité de dignité des personnes ?

Je crois que les acteurs de l'ESS devraient se porter garants du respect de cette valeur de dignité prônée par le Traité lui-même. Ils devraient revendiquer auprès des élus que la réflexion sur les services d'intérêt général s'engage sur la base de cette valeur de dignité comme valeur politique fondatrice de l'Union, au lieu de s'épuiser dans le mauvais sort fait à la dimension « sociale » de leurs activités.

21 - Le pire, pourrais-je dire, est que la Commission a déjà validé cette nécessité de mettre en place des services répondant à la valeur de dignité : elle reconnaît ainsi dans le point 27 de la directive « services » que l'Union ne peut pas se passer d'organiser des « services de dignité ». *« Ces services sont 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 et ne devraient pas être affectés par la présente directive. »* Alors, pourquoi s'en priver ? Leur légitimité est parfaitement établie sur la base des valeurs politiques du Traité.

Mais avec son habileté coutumière, la Commission minimise la portée politique de ces services de dignité pour le progrès en Europe en positionnant ces services comme des sous produits des services marchands : c'est parce que les personnes ne sont plus capables d'affronter le marché du travail salarié qu'elles perdent

²¹ Je l'ai dit plus haut ; le social parvient, certes, à s'inscrire dans les appels d'offre publics mais comme « pratiques » soumises en toute hypothèse à la règle concurrentielle, et non l'inverse ! Voir le guide des appels d'offres publics avec clauses de responsabilités sociales ! 2010.

leur dignité !

Lisons l'argument : « (27) *La présente directive ne devrait pas couvrir les services sociaux dans les domaines du logement, de l'aide à l'enfance et de l'aide aux familles et aux personnes dans le besoin qui sont assurés par l'État au niveau national, régional ou local, par des prestataires mandatés par l'État ou par des associations caritatives reconnues comme telles par l'État avec pour objectif d'assister les personnes qui se trouvent de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin particulière en raison de l'insuffisance de leurs revenus familiaux, ou d'un manque total ou partiel d'indépendance et qui risquent d'être marginalisées.* »

Pour ma part, cette réduction de l'enjeu de la dignité me paraît politiquement indigne. Je considère que l'enjeu de dignité se pose à chaque instant entre les personnes et doit donc être considéré comme un droit humain fondateur des relations entre les personnes. Il est inconcevable de le limiter à quelques situations objectives d'exclusion du marché car le droit à l'égal respect de sa dignité appartient à chaque personne, en tant que telle dans toutes les situations de sa vie avec les autres. (C'est la condition préalable du « Vivre ensemble »). La dignité des êtres humains ne peut pas s'apprécier uniquement par la capacité des personnes à savoir vendre leur force de travail !

21 - Il faudrait alors considérer que la valeur de dignité des personnes, pour être universelle comme l'exige la Déclaration de 1948, devrait s'appliquer à toutes les activités humaines et en particulier à toutes ces activités économiques qui doivent nous conduire au progrès durable (au sens du marché libre). Toutes ces activités devraient être interrogées pour savoir si elles contribuent (ou non) à renforcer la dignité de la personne. Si la réponse est positive tant mieux pour ces services économiques et le système marchand libre. Mais, si la réponse est négative, alors, la discussion politique sur la perte de dignité doit s'ouvrir.

C'est le chantier que les acteurs de l'ESS devraient revendiquer en priorité : en quoi leurs activités sont-elles porteuses de plus de dignité pour les personnes ? En quoi sont elles facilitatrices de relations de personnes à personnes qui dépassent les simples échanges de marchandises contre de la monnaie ? En quoi ces relations solidaires de personnes à personnes, faites de réciprocités et de démocratie, répondent-elles, avec pertinence, aux valeurs de dignité, d'égalité et de liberté de l'article 2 du Traité de l'Union ? En quoi permettent-elles d'engager l'Union européenne dans une approche du progrès basée sur le développement humain fait de plus de liberté pour les personnes, plus de capacités et plus de responsabilités vis à vis des autres ?

22 - Voilà des questions politiques qui sont en phase avec les valeurs défendues par le Traité de l'Union mais que la Commission a mis en marge des négociations sur l'intérêt général pour se focaliser sur les seuls SIEG, qui, par définition, les ignorent.

Pour relancer la négociation, il faudrait évidemment, que les acteurs de l'économie solidaire, eux mêmes, refusent que leurs activités soient réduites à des activités économiques, puisque l'Union traduit « économie » par « échanges marchands rentables » et transforme l'intérêt public en une simple affaire de marchandises à produire avec un complément d'argent public ! Or, il n'échappe à personne que cette réduction du progrès aux seules relations marchandes a quelque chose de ridicule tant elle fait abstraction de la complexité des relations entre les humains, dans une société de liberté. Dans la mesure où les acteurs de l'Ess se revendiqueraient clairement de cette complexité des relations entre les personnes, au delà de leur position d'offres de services à des demandeurs, dans la mesure, aussi, où ils se sentiraient en mesure d'en assumer quotidiennement les contraintes éthiques, il serait préférable qu'ils se positionnent au sein de l'Union comme des facilitateurs de dignité plutôt que comme des offreurs de services.

Alors les faiblesses politiques de l'argumentation de la Commission sur les services d'intérêt général non économiques obligeraient à reprendre le débat public pour, enfin, fonder les actions d'intérêt général sur les valeurs humanistes du Traité de l'Union.

11/11

Jean Michel Lucas et Doc Kasimir
Bisou
le 6 octobre 2012