

Services sociaux

La délicate question du financement

Le financement des services sociaux mis en œuvre par des tiers, bien souvent par des associations, demeure une source d'insécurité juridique pour les collectivités territoriales.

LES AUTEURS

AUDE LOCKHART,
élève-avocate

ALOÏS RAMEL,
avocat à la cour,
SCP Seban et associés

Dans le rapport «Influence du droit communautaire des aides d'Etat sur le financement des services sociaux par les collectivités territoriales», les parlementaires Annie Jarraud-Vergnolle, André Lardeux et Paul Blanc ont dénoncé l'incohérence de l'enchevêtrement de normes de droit communautaire et de droit français en matière de financement des services sociaux (1).

1. Droit communautaire : l'importance du critère de l'activité économique

Les services sociaux susceptibles d'être mis en œuvre ou financés par une collectivité territoriale ne font pas l'objet d'une définition uniforme en droit communautaire.

Si le droit communautaire identifie les services d'intérêt général (SIG), considérés comme présentant un intérêt général par les Etats membres et soumis, de ce fait, à des obligations spécifiques de service public. Cette notion est elle-même subdivisée en plusieurs catégories, selon que le service considéré présente le caractère d'une activité économique : les services d'intérêt économique général (SIEG), ou non : les services non économiques d'intérêt général.

S'y ajoutent les services sociaux d'intérêt général (SSIG) qui, mis à part les services de santé, se répartissent en deux groupes. D'une part, les régimes légaux et complémentaires de protection sociale couvrent les risques fondamentaux de la vie. D'autre part, les « autres services essentiellement prestés directement à la personne », recouvrent les activités de prévention, de cohésion sociale, d'insertion des personnes ou encore les activités leur garantissant l'accomplissement des droits fondamentaux, les actions d'insertion des personnes ayant des besoins à long terme liés à un handicap ou un problème de santé, ainsi que le logement social. Les SSIG se divisent eux-mêmes en SSIG économiques et SSIG non économiques.

Ces notions sont néanmoins délicates à manier et peu éclairantes dans la pratique. En premier lieu, aucune liste de services par catégorie n'est établie à l'échelle communautaire : il faut systématiquement s'en remettre à un examen au cas par cas et à la jurisprudence et doctrine communautaires.

En deuxième lieu, en application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, les Etats membres jouissent d'un large pouvoir d'interprétation dans la définition des règles applicables aux différents services. Ce pouvoir doit toutefois respecter les règles communautaires, notamment celles établies dans les secteurs harmonisés (télécommunications par exemple) et est soumis au contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), qui sanctionne toute éventuelle erreur manifeste d'appréciation. En dernier lieu, ce n'est pas tant la catégorie (SIG, SIEG, SSIG, etc.) à laquelle appartient le service concerné qui détermine les règles qui lui sont applicables, que sa qualification d'activité économique ou non. En effet, seul un service dépourvu de caractère économique et insusceptible d'affecter le marché communautaire échappera aux règles de mises en concurrence et de libre circulation des services de l'Union.

Les services sociaux, une notion aux contours mal définis

Or, même en matière sociale, le nombre de services susceptibles d'être analysés comme une activité économique est important, d'une part parce que le simple qualificatif de « sociale » donnée à une activité ne préjudice en rien de son caractère économique ou non (2); d'autre part parce que la nature juridique de l'entité exerçant l'activité ainsi que son mode de financement sont indifférents en l'occurrence (3). Il est donc possible qu'une association, bénéficiant de subventions publiques, soit considérée comme exerçant une activité économique. A titre d'exemple, ont été considérés comme une activité économique « des services, moyennant rétribution des utilisateurs, sur le marché du transport d'urgence et du transport de malades » (4), certaines aides au logement de personnes en difficulté ou la fourniture d'infrastructures auxiliaires aux logements sociaux, des services de repas et soins à domicile (5).

En définitive, seules les activités régaliennes, liées à l'exercice de prérogatives de puissance publique, telles que l'armée, la police, le système pénitentiaire, les activités de gestion des régimes d'assurances sociales obligatoires ou la simple distribution d'allocations publiques à leurs bénéficiaires paraissent échapper d'emblée à la qualification d'activité économique. Pour toutes les autres activités, un examen en détail est nécessaire. Le risque de requalifica-

tion en activité économique sera d'autant plus grand qu'une contrepartie financière est versée par le bénéficiaire de l'activité sociale.

En présence d'une activité économique, le droit de la concurrence et le principe de la libre circulation des services s'appliquent. A l'inverse, en l'absence d'activité économique, il est par définition impossible d'affecter le marché intérieur ou la concurrence communautaire.

Application des règles de concurrence et de libre circulation des services

La réglementation relative aux aides d'Etat s'applique tout particulièrement dans le cas de subventionnement, par une collectivité publique, d'un service social. Les articles 107 à 109 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) posent le principe de l'interdiction des aides d'Etat qui affectent le marché communautaire, faussent ou menacent de fausser la concurrence au sein du territoire de l'Union. Plus précisément, une aide revêt le caractère d'aide d'Etat incompatible avec les règles du traité si, cumulativement, elle a une origine publique (Etat, collectivités locales notamment), entraîne un avantage pour l'entreprise bénéficiaire, revêt un caractère sélectif, produit ou menace de produire un effet sur le commerce entre Etat membre. Des exceptions à la qualification d'aides d'Etat prohibées ont été instaurées par la jurisprudence dite « Altmark » (6) et un ensemble de textes de droit communautaire dérivé, regroupés sous le nom de « paquet Monti-Kroes » (juillet 2004), récemment remplacés par l'ensemble dit « paquet Alumnia » (décembre 2011).

Deux grandes exceptions sont instaurées :

- les aides, toutes formes d'aides comprises (sommes versées, avantages en nature, locaux), inférieures à 200 000 euros (seuil « paquet Monti-Kroes ») ou 500 000 euros (seuil paquet Alumnia) sur trois exercices budgétaires ;
- les aides attribuées en compensation d'obligations de service public, dès lors que certains critères sont réunis.

De manière générale, ces critères tiennent à la mission confiée à l'entité bénéficiaire : celle-ci doit être effectivement chargée d'obligations de service public, clairement définies, et ayant fait l'objet d'un mandatement par la collectivité à l'origine de la subvention. Les critères portent également sur le calcul de l'aide versée en compensation de ces obligations. Le montant de la compensation doit en effet être strictement proportionné à ces obligations, sans en excéder les coûts qu'elles occasionnent, revu périodiquement et déterminé de manière transparente.

En parallèle, et indépendamment de la réglementation relative aux aides d'Etats, les services sociaux sont soumis à la directive dite « services » (7) pour autant qu'ils sont considérés comme des activités économiques. En ce sens, l'article premier de la directive précise qu'un « service » s'entend de « toute activité économique non salariée, exercée normalement contre rémunération, visée à l'article 50 du traité ». En outre, certains services sont clairement exclus du champ d'application de la directive comme, en matière sociale, les services d'intérêt général non économiques, les services dans le domaine des transports, y compris les

ambulances, les services de soins de santé, « les services sociaux relatifs au logement social, à l'aide à l'enfance et à l'aide aux familles et aux personnes se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin qui sont assurés par l'Etat, par des prestataires mandatés par l'Etat ou par des associations caritatives reconnues comme telles par l'Etat ». A l'inverse, les services à domicile, comme le soutien aux personnes âgées sont soumis à la directive (8).

La directive « services » vise l'achèvement du marché intérieur par la garantie de la libre circulation des services entre Etats membres. Dès lors, l'Etat membre dans lequel le service est fourni ne peut imposer des exigences nationales au prestataire de service concerné que dans la mesure où elles sont nécessaires, c'est-à-dire justifiées par des motifs d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique ou de protection de l'environnement, où elles ne discriminent pas selon la nationalité du prestataire et où elles sont proportionnées à l'objectif suivi. Or, à défaut d'harmonisation entre le droit de la concurrence communautaire et le droit de la libre-circulation des services communautaires, leur application est délicate et souvent sujet de débats. En effet, les exclusions prévues en matière d'aides d'Etat ne recouvrent pas celles prévues en matière de libre circulation des services. Par conséquent, un même service social peut échapper au champ d'application de la directive dite « services » mais l'octroi d'une subvention publique pour le financer peut néanmoins constituer une aide d'Etat incompatible. Beaucoup appellent à cet égard à une clarification de la réglementation communautaire en identifiant nettement, par exemple, des services sociaux qui seraient soustraits au droit de la concurrence et de la libre circulation des services communautaires, laissant, en la matière les Etats membres libres de légiférer.

En toute hypothèse, ces imprécisions, sources d'insécurité juridique, sont d'autant plus importantes que l'articulation entre la réglementation européenne relative au financement des services sociaux et la réglementation française en la matière sont difficilement compatibles.

2. Concilier les réglementations européenne et française

Le concours financier versé par une collectivité publique à une entité qui met en œuvre un service social peut, selon les modalités prévues par le contrat y afférant, relever du droit de la commande publique français (marché public ou délégation de service public principalement), ou du subventionnement public. A cet égard, le juge administratif n'est pas lié par la dénomination apportée par les parties à ce concours financier et peut, le cas échéant, le requalifier. Or, il existe un réel risque de confusion juridique sur la nature juridique du financement d'un service social par une collectivité publique en droit français, surtout lorsque le service financé est mis en œuvre par une association. De manière générale, la distinction entre le régime de (•••)

À LIRE

« Influence du droit communautaire des aides d'Etat sur le financement des services sociaux par les collectivités territoriales », rapport n° 673, fait au nom de la Commission des affaires sociales du Sénat, 28 juin 2011.

RÉFÉRENCE

Circulaire du 18 janvier 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations: conventions d'objectifs et simplification des démarches relatives aux procédures d'agrément.

(•••) la commande publique et le régime du subventionnement repose, essentiellement, sur le critère de l'initiative du projet financé par la collectivité.

Le « service social » en droit français: le critère de l'initiative du projet

Dans le cadre d'une subvention attribuée sans publicité et mise en concurrence préalable, l'activité sociale financée doit nécessairement relever de l'initiative du bénéficiaire du financement. Dans une telle hypothèse, la collectivité ne fait que participer au financement: même si un contrat de subventionnement est conclu, les sommes versées ne peuvent l'être en contrepartie directe de prestations définies par la collectivité et mises en œuvre par le bénéficiaire. Ainsi, la circulaire du 18 janvier 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations définit la subvention dans les termes suivants: « la subvention caractérise la situation dans laquelle la collectivité apporte un concours financier à une action initiée et menée par une personne publique ou privée, poursuivant des objectifs propres auxquels l'administration, y trouvant intérêt, apporte soutien et aide » (9). A l'inverse, les contrats de marché public et de délégation de service public ont en commun d'être conclus à l'initiative de la collectivité.

S'agissant des marchés publics, selon les termes de l'article premier du Code des marchés publics, « les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ». Dès lors, lorsque l'entité qui met en œuvre le service social financé fournit une prestation dont peut bénéficier la collectivité qui la finance, et qu'il peut être démontré que cette entité répond à un besoin de cette collectivité, le recours aux formalités définies par le Code des marchés publics est obligatoire. S'agissant de la délégation de service public, trois critères doivent être réunis pour que le financement qu'une collectivité apporte à un service social relève de ce type de contrat. L'activité doit être d'intérêt général, ce qui sera souvent le cas pour un service social, la collectivité doit avoir eu pour intention d'ériger l'activité en service public, enfin, la rémunération de l'entité qui met en œuvre le service concerné doit être tirée substantiellement des résultats de l'exploitation (CGCT, art. L.1411-1). Le critère de l'initiative est présent en ce que le contractant de la collectivité ne fait qu'exécuter une mission de service public à la charge de cette collectivité, répondant ainsi à son besoin de le mettre en œuvre.

Plongez dans l'actualité de la FPT avec La Gazette



La Gazette c'est :



Chaque semaine
l'hebdo avec son supplément.



Chaque jour
Le Quotidien en ligne.



En permanence
l'accès libre à tous les services du Pack Internet sur www.lagazette.fr

Abonnez-vous !

Pour vous abonner, reportez-vous aux bulletins d'abonnement présents dans la revue ou rendez-vous sur www.lagazette.fr/abonnement.

+ de 56% de réduction

Si le critère de l'initiative du projet est prépondérant dans ces définitions, il est néanmoins d'une appréciation pratique délicate. Ainsi, il s'entend comme l'impulsion du projet mais aussi sa conception et sa définition (10). Il s'apprécie notamment en fonction de l'indépendance matérielle de l'association, de la réelle indépendance de l'institution qui le porte (présence d'élus ou de fonctionnaires en son sein), de la nature de l'activité (compétence obligatoire de l'activité ou non) et de la présentation politique des actes relatifs à la convention de subventionnement (le projet a-t-il fait l'objet d'une annonce publique par la collectivité? S'est-elle présentée comme l'initiatrice du projet?).

L'identification de ces critères, dans la pratique, est souvent subjective, parfois incertaine et sources de nombreux contentieux. D'une part, le projet est souvent conjointement porté par l'association et par la collectivité et, d'autre part, l'absence de contrepartie pour la collectivité est difficile à montrer lorsque l'entité bénéficiaire des fonds fournit des prestations répondant à un besoin que la collectivité pourrait avoir à satisfaire elle-même, malgré l'initiative du projet, ce qui est particulièrement vrai en matière de services sociaux.

Une conciliation délicate avec la réglementation européenne

Les prescriptions du droit national et celles du droit communautaire se superposent: aucun texte ne permet aux collectivités responsables de la gestion des services sociaux, même lorsqu'ils sont mis en œuvre par des associations, de se soustraire à l'une des deux réglementations, comme le confirme, entre autre, la circulaire du 18 janvier 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations précitée. Or, et c'est ce que déplore le rapport parlementaire précité, droit français et droit communautaire sont difficilement conciliables en l'occurrence. A titre d'exemple, l'un des principaux points d'achoppement, outre les incertitudes déjà soulignées, repose sur la notion de mandatement, qui ne revêt pas la même signification en droit français et droit communautaire, mais constitue pour autant l'un des critères permettant à une aide d'Etat d'être compatible. La notion de mandatement au sens de la réglementation communautaire diffère de l'appréhension de la notion de «mandat» en droit français, qui vise un contrat de représentation bien particulier prévu par le Code civil. Selon les termes de la Commission européenne, il s'agit de «l'acte officiel qui confie à l'organisme concerné la prestation d'un service d'intérêt économique général, indique la mission ainsi que l'étendue et les conditions générales de fonctionnement du service» (11).

Cela soulève plusieurs difficultés au regard du droit français. Tout d'abord, si la réglementation communautaire n'im-

pose pas, à strictement parler, aux collectivités de conclure un contrat de la commande publique pour financer les services sociaux, il n'en demeure pas moins qu'il est délicat de concilier les exigences du droit français du subventionnement, lequel impose que l'initiative du projet soit portée par le bénéficiaire des fonds, et les exigences en termes de mandatement, lesquelles prévoient, à l'inverse, que la collectivité à l'origine des fonds versés confie une mission qu'elle définit au bénéficiaire. Or, dès lors qu'une subvention excède les seuils de compatibilité d'une aide d'Etat, il s'agira de jouer sur ces deux exigences.

À NOTER

Le concours financier versé à une entité qui met en œuvre un service social peut relever de la commande publique française ou du subventionnement public. Le juge interne dispose en la matière d'un pouvoir de requalification.

En outre, dans le cas d'un service social géré par une association, la notion de mandatement fait peser sur les relations entre la collectivité à l'origine de la subvention et l'association bénéficiaire un réel risque de requalification en association transparente. En effet, une association bénéficiaire de fonds publics est dite transparente ou parapublique lorsqu'elle entretient une telle proximité avec une collectivité locale que la première se révèle n'être, en définitive, qu'un démembrement de la seconde. Selon les termes du Conseil d'Etat, l'association sera qualifiée de transparente lorsqu'elle est créée par une personne publique, lorsque son organisation et son fonctionnement sont contrôlés par celle-ci, et que l'essentiel de ses ressources, tant financières que matérielles, proviennent de celle-ci (12). Une telle situation peut susciter des risques juridiques assez lourds, tels que la gestion de fait ou le délit de favoritisme.

Il convient donc que le mandatement soit suffisamment précis pour respecter les exigences communautaires en la matière mais suffisamment large pour que l'association «mandatée» dispose toujours d'une marge de manœuvre suffisante afin d'éviter le risque de requalification en association transparente.

À RETENIR

> Insécurité juridique. L'absence d'harmonisation des règles applicables au financement des services sociaux, surtout lorsqu'ils sont confiés à des associations qui jouent pourtant un rôle prépondérant dans ce domaine, constitue une réelle source d'insécurité juridique pour les collectivités territoriales.

À LIRE

- «Les collectivités peinent à établir des mandatements», A. Thouvenot, «La Gazette», 16 janvier 2012, p. 30.
- «Les financements publics en forte baisse», «La Gazette», 16 janvier 2012, p. 8.

(1) Rapport n°673, fait au nom de la commission des affaires sociales, 28 juin 2011.

(2) CJUE, 22 mai 2003, Freskot AE et Elliniko Dimosio, C-355/00.

(3) CJUE, 12 sept. 2000, Pavlov e.a., C-180/98 à C-184/98.

(4) CJUE, 25 oct. 2001, Firina Ambulanz Glöcker et Landkreis Suidwestpfalz, n°C-475/99.

(5) Commission européenne, 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'Etat, de «marchés publics» et de «marché intérieur», 7 décembre 2010.

(6) CJUE 24 juill. 2003, C-208/00.

(7) Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 rela-

tive aux services dans le marché intérieur.

(8) Considérant 33, directive 2006/123/CE préc.

(9) Circ. 18 janvier 2010 relative aux relations entre les pouvoirs publics et les associations: conventions d'objectifs et simplification des démarches relatives aux procédures d'agrément, NOR: PRMX1001610C.

(10) Circulaire portant manuel d'application du nouveau Code des marchés publics en date du 6 août 2006.

(11) Communication 20071725f final.

(12) CE 21 mars 2007, Cne Boulogne-Billancourt, req. n°281796.