

Questionnaire CPS/SSIG/DGAS/GJ/Octobre 2008

1. Documents de travail des services de la Commission concernant les règles communautaires sur les aides d'Etat et les marchés publics

1) Avez-vous des commentaires généraux sur ces documents ? Sont-ils bien connus des différents acteurs dans votre Etat membre ? Avez-vous eu des commentaires en provenance de ces derniers ?

Ces documents, rendus publics en novembre 2007, apportent des précisions utiles sur les règles communautaires existantes. Ils sont d'une grande richesse mais restent avant tout connus d'une minorité de spécialistes.

Les principaux acteurs consultés ¹ (collectivités locales, associations...) trouvent que ces documents de travail de la Commission restent encore trop abstraits et difficiles de compréhension pour les opérateurs publics et associatifs qui ne sont pas familiers avec ces procédures et qui pourtant doivent les utiliser. La plupart les maîtrisent mal.

La communication de la Commission qui accompagne ces textes s'appuie sur les avancées qui figurent dans le traité de Lisbonne. L'adoption, par les chefs d'Etat ou de gouvernement, d'un protocole sur les services d'intérêt général à annexer au traité de Lisbonne constituait une étape décisive vers l'établissement d'un cadre transparent et fiable au niveau de l'UE. Le traité réformateur comprend également un nouvel article 14 soulignant la responsabilité conjointe de l'Union et des États membres et établissant une base juridique pour permettre à l'UE de prendre des mesures dans ce domaine.

Or, ce traité n'est pas, à ce jour, ratifié par la totalité des États membres. Les services sociaux d'intérêt général, en l'absence d'une définition communautaire, relèvent de la responsabilité de chaque État membre. Le contentieux à leur sujet est renvoyé à la jurisprudence particulièrement complexe de la CJCE. Les deux documents de la commission, ne suffisent donc pas à sécuriser les acteurs des services sociaux en France, même si la circulaire du Ministère de l'Intérieur du 4 juillet 2008 donne des précisions aux Préfets sur la situation des services d'intérêt économique général et si la hotline mise en place par la Commission répond à un certain nombre de leurs questions.

C'est dans ce contexte que la France organise le 2^{ème} forum des SSIG les 28 et 29 octobre prochains en proposant un programme qui se veut avant tout pédagogique et orienté sur une meilleure connaissance des pratiques des acteurs dans les différents États membres. C'est aussi pour accompagner les travaux de mise aux normes des obligations découlant du droit communautaire que le Gouvernement a chargé M Michel Thierry, Inspecteur général des affaires sociales, de constituer un groupe de travail associant l'ensemble des administrations concernées, ainsi qu'un membre de l'Inspection générale des finances et un membre de l'Inspection générale de l'administration.

¹ Collectif-SSIG-Fr, UNCCAS, Fédération de la Mutualité Française, Union Sociale de l'Habitat, Pact Arim.

2) Avez- vous des exemples concrets pour illustrer la mise en œuvre des règles communautaires concernant les SSIEG ?

Aucun exemple concret ne nous a été donné pour illustrer la mise en œuvre des règles communautaires concernant les services sociaux d'intérêt économique général (SSIEG).

La circulaire récente du ministère de l'Intérieur en date du 4 juillet 2008 ² contribuera à la diffusion et à une meilleure connaissance des règles, et permettra une remontée d'information sur les pratiques des collectivités territoriales. Mais cette circulaire n'est pas encore suffisamment connue des services des collectivités, et malgré un souci pédagogique réel dans sa rédaction, on peut penser que sa lecture sera jugée complexe.

Cette circulaire rappelle aux préfets les règles communautaires de concurrence que les collectivités territoriales doivent appliquer en matière d'aides publiques aux entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général.

« Le « paquet Monti-Kroes » a modifié le cadre juridique opposable aux entités en charge de la gestion de services publics locaux et aux bénéficiaires de subventions des collectivités territoriales au titre des missions d'intérêt général qui leur sont confiées, lorsque ces missions ou obligations de service public relèvent d'une activité économique.

Si la décision et l'encadrement précités sont d'application directe dans les États membres et les collectivités territoriales depuis le 1^{er} janvier 2006, il s'avère que les collectivités territoriales ne se sont que partiellement appropriés ces textes. Or l'application de cette réglementation peut permettre de sécuriser les aides de toute nature octroyées par les collectivités territoriales aux entreprises en charge de l'exécution d'un service d'intérêt économique général (SIEG). »

La circulaire a pour objet de rappeler aux collectivités territoriales :

- l'objet de la réglementation,
- les opportunités qu'elle offre,
- les obligations qui en découlent.

Elle est accompagnée d'un tableau relatif aux compensations de SIEG octroyées par les collectivités territoriales. Il servira à la rédaction du rapport que la France s'est engagée à transmettre à la Commission avant le 28 décembre 2008.

Si les remontées des collectivités territoriales et notamment des conseils généraux, sont peu importantes quant aux difficultés qu'elles peuvent rencontrer du fait de l'application du droit communautaire, en revanche les opérateurs se manifestent beaucoup plus sur ce sujet, notamment par le canal du collectif SSIG.fr.

Les opérateurs nous signalent des problèmes d'interprétation des règles applicables en matière de cumul des aides (subventions, dépenses fiscales, garanties, prêts à conditions avantageuses...) et font état d'un sentiment d'insécurité juridique : risque de cantonnement des opérateurs d'intérêt général sur les publics les plus vulnérables et les interventions les plus lourdes, reversement de surcompensation sur une échelle rétroactive de 10 ans ...Par ailleurs, collectivités comme opérateurs s'interrogent sur la lourdeur des systèmes de contrôle et de compte-rendu à mettre en place.

Mis en forme : Couleur de police : Automatique

² Circulaire du Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales en date du 4 juillet 2008.

Le groupe de travail cité plus haut pourra contribuer à clarifier le traitement réservé à l'ensemble des services sociaux d'intérêt général, en saisissant notamment l'opportunité de la mise en œuvre de la notion de « mandatement » dans le cadre des deux exercices que sont la transposition de la Directive Services, fin 2009, et la préparation pour fin 2008 du rapport à la Commission européenne sur les mesures prises en France pour assurer la compatibilité des compensations de service d'intérêt économique général avec les textes du « paquet Monti-Kroes ».

Mis en forme : Couleur de police : Automatique

3) Avez- vous des questions supplémentaires qui pourraient selon vous être rajoutées aux deux documents ? Ces questions pourraient par exemple découler des problèmes rencontrés.

La mise en œuvre de ces règles complexes, la définition et le périmètre des services sociaux d'intérêt général et la notion centrale de « mandatement » commune au droit des aides de l'État, suscitent de nombreuses questions, déjà posées lors de la réponse française au second questionnaire du comité de protection sociale, en mars 2007.³

2. Questions identifiées durant la réunion du Groupe de travail du Comité de Protection sociale des 6 et 7 mars 2008 comme sujets sur lesquels plus d'informations de la part des parties prenantes seraient les bienvenues

Questions sur la législation des marchés publics

4) Les concessions de service public et les partenariats publics- privés institutionnels (PPPI) sont-ils d'usage fréquent dans le secteur social ? Si vous en connaissez, donnez des exemples. Si en ce qui concerne les PPPI, il vous semble qu'il y en a peu dans le secteur des SSIG, svp expliquez pourquoi

Une grande partie de l'action sociale en France s'est construite sur le partenariat public privé, notamment associatif.

Mais les concessions de service public sont d'un usage peu fréquent dans le secteur social.

De même, dans la législation relative à l'activité sociale et médico-sociale, la délégation de service public n'est pas utilisée : les institutions reçoivent par la loi une mission d'intérêt social.

Le secteur est confronté à une situation dans laquelle les initiatives professionnelles sont pratiquement inexistantes ou faibles, pouvant parfois s'apparenter à une absence de marché. Ceci explique que la forme associative, très largement utilisée, peut être encouragée par les pouvoirs publics.

³ Réponse française au questionnaire du Comité de protection sociale sur les services sociaux d'intérêt général. (Mars 2007)

En France, la répartition non lucratif/lucratif s'établit de la façon suivante :

- 4 % des établissements sociaux et médico-sociaux sont à but lucratif ;
- cette proportion augmente dans le secteur personnes âgées, à hauteur de 14 % pour les établissements sociaux et médico-sociaux.

Cependant, en cas de transfert de missions de service public, une « délégation de service public » peut être effectuée. En droit français, cette notion est insérée dans la loi du 29 janvier 1993 (n° 93-122) pour ce qui concerne l'État et aux articles L. 1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales (CGCT) pour ce qui concerne les collectivités locales. L'article L 1411-1 du CGCT précise qu'une délégation de service public « est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. (...) ».

5) Dans le domaine des SSIG quel est le cadre légal et quelles sont les pratiques concernant la coopération entre organismes publics? (par exemple entre deux municipalités) Quelle serait la valeur ajoutée d'une telle coopération dans le domaine des SSIG ? Il y a-t-il dans votre Etat des cadres légaux spécifiques favorisant ou imposant ce type de coopération pour certains SSIG et dans certaines circonstances ?

Dans un monde en profonde mutation et qui requiert de fortes capacités d'adaptation et de compétitivité, les politiques publiques sont désormais soumises à un impératif de performance qui renvoie à des exigences d'efficacité (s'appuyer sur des objectifs et une stratégie, mesurer leur impact sur la vie des citoyens), de qualité du service rendu (un État plus proche, plus fiable et plus rapide dans ses réponses), d'efficience (« le meilleur service au meilleur coût »).

Ce constat a conduit notre pays à mettre en œuvre une démarche, sans précédent à cette échelle, de mise en question des structures et procédures de l'État : la révision générale des politiques publiques (RGPP).

L'obligation s'est faite jour de moderniser profondément une organisation locale trop dispersée, trop compartimentée, trop coûteuse et au final trop peu lisible pour nos concitoyens.

Cette réforme devra veiller à ce que soit préservée la spécificité du secteur médico-social - mais aussi social qui tient tout à la fois :

- à l'histoire de ce secteur, celle d'une « émancipation » progressive du champ sanitaire, scandée par quelques grandes lois fondatrices : lois de 1975 ; loi du 2 janvier 2002 ; loi du 11 février 2005 relative aux personnes handicapées...
- à ses valeurs : la mise en avant de la notion de « personne », prise dans la globalité, la richesse et la complexité de sa problématique, qui se distingue nettement de la notion de « malade » et requiert une approche pluridisciplinaire ;
- à ses institutions variées et ses procédures spécifiques qui assurent la mise en œuvre de ses valeurs ;

- à ses acteurs, caractérisés par : le poids et le rôle considérable du secteur associatif, tout à la fois porte-parole des usagers et gestionnaire des établissements et services ; le partage des compétences entre les diverses autorités publiques (État, caisses de sécurité sociale, collectivités territoriales), avec le rôle de chef de file reconnu au département en matière d'action sociale par la loi du 13 août 2004.

Le projet de loi « Hôpital, patients, santé et territoires » tire les conséquences de la création des ARS (Agence régionale de santé) sur l'organisation du secteur médico-social, et sur l'ensemble du champ social et médico-social, en adaptant à ce nouveau contexte les dispositions structurantes du Code de l'action sociale et des familles issues de la loi fondatrice du 2 janvier 2002 en matière : d'autorisation, de planification, de contrôle et de contractualisation concernant les établissements sociaux et médico-sociaux.

En qui concerne principalement le secteur social et médico-social, les avancées recherchées portent principalement :

- . sur une rénovation de la planification sociale et médico-sociale, via des processus d'élaboration plus intégrés, dans un contexte dans le même temps plus complexe avec l'apparition du nouvel acteur qu'est l'ARS;

- . sur une rénovation profonde des procédures d'autorisation de création et d'extension des établissements et services sociaux et médico-sociaux, via l'instauration d'une procédure d'**appel à projets** plus efficiente que le dispositif actuel et, conforme aux dispositions de la directive européenne du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur ;

- . sur l'encouragement au regroupement, à la réorganisation et à la meilleure efficience d'un secteur encore trop atomisé entre une multitude de promoteurs et de structures en renforçant notamment le recours aux conventions pluriannuelles d'objectifs et de moyens (CPOM) dès lors que les structures gérées dépassent une certaine taille, et le développement des groupements de coopération sociale et médico-sociale (GCSMS). Voir les décrets des 6 et 7 avril 2006.

Le GCSMS permet ou facilite la mise en commun de moyens : avec le groupement de coopération, peuvent être mobilisés des moyens, réalisées les acquisitions nécessaires, mis ensuite à la disposition des membres du groupement qui seuls n'auraient pas la possibilité ou la souplesse financière de procéder à ces recrutements ou à ces acquisitions: comme par exemple, le recrutement de personnel administratif, social, médical, soignant ou thérapeutique.

Les CPOM permettent, pour leur part, plus particulièrement de donner lisibilité et visibilité aux associations sur les moyens dont elles pourront disposer à horizon de 3 à 5 ans, afin qu'elles puissent les optimiser, procéder aux recrutements nécessaires ou adaptations des postes, dont les profils sont forcément en évolution. Il s'agit de rendre possibles de nouvelles prises en charge dans le cadre d'une responsabilité partagée, avec un dialogue de gestion entre État et partenaires associatifs. Ce dialogue touche à l'essentiel, avec une liberté accrue accordée au gestionnaire en contrepartie d'un contrôle plus stratégique sur les grands objectifs et plus rigoureux sur les aspects financiers (importance des indicateurs de résultats et d'efficience : référentiels de coûts, indicateurs médico-sociaux, évaluation des résultats...).

Les collectivités locales sont à plus de 80 % rassemblées en structures intercommunales (EPCI, communautés d'agglomérations, communautés de communes...) lesquelles peuvent développer de façon facultative une activité sociale ou médico-sociale.

Doivent être obligatoirement créés, dans le secteur social et médico-social, des CCAS (centres communaux d'action sociale). Devant les difficultés de création par les communes de ces établissements dédiés à une activité sociale coordonnée, la puissance publique a récemment modifié cette législation.

6) A la lumière du cas 70/95 Sodemare⁴ existe-t-il dans votre législation des activités du secteur social réservées à des organisations à but non lucratif ? Dans la négative, avez- vous l'intention de prévoir une telle législation ? Dans quels secteurs et pour quelles raisons avez- vous adopté ou envisagez-vous d'adopter une telle législation ?

La réponse 2.7 des Questions-Réponses sur l'application des règles « marchés publics » précise que « le droit interne réglementant une activité particulière pourrait dans des cas exceptionnels prévoir un accès restreint à certains services au profit des organismes à but non-lucratif ». Cette réponse repose sur l'arrêt de la Cour du 17 juin 1997 dans l'affaire Sodemare, où la Cour a considéré que la restriction aux libertés fondamentales du Traité CE que constitue la condition d'absence de but lucratif peut être justifiée si elle est nécessaire et proportionnée en raison de l'accomplissement de l'objectif social poursuivi par le système national de sécurité sociale.

En France, il n'existe pas de législation nationale réservant des activités du secteur social à des organisations à but non lucratif. Les dispositifs d'aide et d'action sociale définissent les personnes morales et physiques en fonction de leur capacités et de leur compétence à agir dans le champ d'activité concerné, et ce, sans considération de leur statut public, privé, à but lucratif ou non lucratif.

C'est ainsi que se sont développés des institutions sociales associatives (entre 3 000 et 5 000 associations dans le secteur social et médico-social) et à but lucratif (notamment concernant la personne âgée) dans des domaines aussi différents que l'enfance, le handicap, la personne âgée, l'individu ou la famille en difficulté sociale au côté d'autorités publiques (établissements publics, collectivités publiques).

7) La liste des services sociaux se trouve dans l'annexe II B de la Directive 2004/18/EC⁵ et par conséquent seuls quelques principes détaillés de la Directive et les principes généraux du Traité s'appliquent à ces derniers. Dans ce contexte, quelles sont les règles de marchés publics applicables aux SSIG dans votre pays ? Quels sont les exemples de procédures de marchés publics dans le secteur des SSIG ? (pex concernant la qualité des services offerts)

La passation de marchés publics pour la plupart des SSIG est régie par l'article 30 du code des marchés publics qui s'applique aux prestations de services autres que celles mentionnées à l'article 29. Une liste non exhaustive des services plus particulièrement concernés figure dans l'annexe II B de la directive 2004/18 du 31 mars 2004 dont le code des marchés publics constitue la transposition en droit français. Parmi les services relevant de l'article 30, il est possible de citer les services d'hôtellerie et de restauration, de transports ferroviaires, de placement et de fourniture de personnel, d'enquête et de sécurité, d'éducation et de formation

⁴ Affaire C-70 Sodemare (1997) ECRI-3395

⁵ Directive 2004/18/EC du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 sur la coordination des procédures pour l'octroi des contrats de marchés publics, de fournitures publiques et de services publics(OJ L 134, 30.4.2004, p 114-140)

professionnelle ainsi que les services juridiques, sociaux et sanitaires, récréatifs, culturels et sportifs.

L'application de l'article 30 et de l'article 28 auquel celui-ci renvoie, les conventions conclues par des personnes publiques avec des associations sont passées selon une procédure adaptée, quel que soit leur montant. Les modalités de publicité et de mise en concurrence, déterminées par le pouvoir adjudicateur en fonction des circonstances doivent, sous le contrôle du juge, respecter les principes de transparence et d'égalité de traitement. L'adaptation des mesures de publicité et de mise en concurrence suppose un examen de chaque situation particulière, telle que l'absence de concurrence sur un secteur donné ainsi que la formalité impossible à mettre en œuvre en raison de l'urgence.

Questions sur la législation des aides d'Etat

8) A votre connaissance, le Règlement de la Commission « de minimis »⁶ est-il fréquemment utilisé pour les SSIG ? Pouvez-vous préciser pour lesquels ? (Nota bene : le Règlement « de minimis » de la Commission dispose que le soutien financier accordé à un projet d'un montant inférieur à 200 000 euros sur trois ans, ne constitue pas une aide publique.

Une mesure constitue une aide d'État au sens du Traité CE si elle satisfait à quatre conditions cumulatives :

① Origine étatique

Il n'y a pas lieu de distinguer entre le cas où l'aide est accordée directement par l'État ou par des organismes publics ou privés qu'il institue ou désigne en vue de gérer l'aide. Elles sont octroyées par des collectivités territoriales, des régions, des entreprises privées sur lesquelles l'État exerce un certain contrôle.

② Entraîner un avantage pour l'entreprise bénéficiaire

L'aide doit accorder à l'entreprise un avantage économique dont elle n'aurait pas bénéficié dans le cadre normal de ses activités.

③ Revêtir un caractère sélectif

L'aide doit être sélective c'est-à-dire avantager certaines entreprises par rapport à leur concurrent.

④ produire un effet sur le commerce entre États membres.

Au regard de cette définition, il convient d'analyser l'intervention de l'État dans le domaine de l'aide sociale qui peut revêtir plusieurs formes :

- le financement des activités des établissements sociaux et médico-sociaux :

. Sous forme de participation aux dépenses de fonctionnement

⁶ Règlement de la Commission n° 1998/2006 du 15 décembre 2006 en application des articles 87 et 88 du Traité sur l'aide de minimis (OJ L 379/5 du 28.12.2006)

S'agissant des activités relevant des établissements sociaux et médico-sociaux, financés par tarification (prix de journée et dotation globale), on ne dispose pas actuellement de systèmes d'information qui permettent d'individualiser par organisme gestionnaire et financeur public les fonds versés annuellement. Cependant, il est clair que la majorité des ESMS bénéficient de financements qui vont largement au-delà du seuil de 200 000 € pour 3 ans

A titre d'exemple et pour situer les ordres de grandeur, les coûts à la place par an varient de 11 000€ environ (chiffres basés sur les CA 2005) pour les Services de Soins Infirmiers à Domicile (SSIAD) à plus de 62 000€ par an pour les Maisons d'Accueil Spécialisées. Un SSIAD compte en moyenne 40 places soit un financement 440 000 € par an et une MAS également 40 places soit un financement annuel de 2 480 000€.

. Sous forme d'aide à l'investissement

. Contrat de Projets État Région :

Le montant moyen d'une opération est de 900 000€

. Plan d'aides à l'investissement de la Caisse Nationale de Solidarité pour l'Autonomie :

La CNSA verse des aides à l'investissement dans le champ personnes âgées et personnes handicapées qui sont de 830 000€ par opération en moyenne dans le champ PA et de 620 000 € dans le champ PH

- le subventionnement des activités sociales et médico-sociales des associations

Au niveau étatique, dans le cadre des budgets opérationnels de programme, l'État peut allouer pour la réalisation d'une opération une subvention à un opérateur économique, la contrepartie étant la réalisation des activités d'intérêt social répondant à des impératifs de cohésion de la société.

Au niveau des collectivités locales, les départements, communes,...allouent également des subventions pour la réalisation de ces missions au niveau local.

La subvention constitue une contribution financière de la personne publique à une opération justifiée par l'intérêt général, mais qui est initiée et menée par un tiers. Il s'agit d'une subvention si l'initiative du projet vient de l'organisme bénéficiaire et si aucune contrepartie directe n'est attendue par la personne publique du versement de la contribution financière. La notion d'initiative recouvre non seulement l'impulsion du projet mais aussi sa conception et sa définition. La contrepartie est la participation des bénéficiaires à une politique générale, économique, sociale ou autre de l'État (ou d'une collectivité territoriale). Cette contrepartie n'est constituée pour l'organisme que par son action même qui contribue à réaliser la politique visée par l'État. Ces concours financiers sont attribués sur une base discrétionnaire. L'autorité administrative qui attribue une subvention doit, lorsque cette subvention dépasse un seuil défini par décret (actuellement 23 000 €), conclure une convention avec l'organisme bénéficiaire de la subvention.

Dans ces conventions, l'autorité administrative peut décider de subordonner le versement de la subvention à la réalisation totale ou partielle d'une opération donnée ou à la présentation d'éléments de justification de certaines dépenses.

Concernant ces subventions, il est également nécessaire de comparer les montants versés aux seuils retenus par la Commission. En ce qui concerne les subventions attribuées par la DGAS sur les différents programmes qu'elle gère, on compte 27 associations en 2007 susceptibles de bénéficier de plus de 200 000€ de subventions sur 3 ans. Ces subventions sont attribuées dans le cadre de conventions annuelles ou pluriannuelles.

« Le paquet SIEG »⁷

Cette partie vise uniquement à obtenir quand elle existe une information complémentaire sur les SSIG. Elle ne remplace ni ne double l'évaluation en cours du paquet SIEG. Il s'agit, il faut à nouveau le souligner de deux processus distincts.

9) Acte de mandatement

- Forme : pouvez-vous expliquer sous quelle forme légale ou contractuelle les SSIG ont été mandatés aux différents opérateurs du secteur
- Prestataires

La prestation de services est-elle souvent mandatée à des opérateurs à but non lucratif,⁸ à but lucratif ? (si possible donner estimations et pourcentages)

Votre réponse à la question précédente dépend-t-elle du secteur considéré ? (précisez le(s)quel(s) ?

La prestation de services est-elle souvent mandatée à des opérateurs qui fournissent également des services ou des activités d'intérêt général non économique ? (donner si possible estimations et pourcentages)

9.1 Deux formes juridiques, d'inégale intensité, sont utilisées pour « mandater » au sens européen, des opérateurs du champ de l'action sociale ou médico-sociale:

9.1.1 Les établissements et services sociaux et médico-sociaux français, définis à l'article L 312-1 du code de l'action sociale et des familles (CASF) relèvent d'un régime juridique particulier, l'autorisation administrative préalable à leur installation. Ce régime est à la fois contraignant et protecteur car il lie fortement les autorités publiques et les gestionnaires

⁷ Le paquet SIEG comprend notamment la décision de la Commission du 25 novembre 2005 sur l'application de l'article 86(2) du Traité CE concernant les aides d'État sous forme d'une compensation de service public accordée aux opérateurs mandatés pour fournir des services économiques d'intérêt général, OJ L 312, 29.11.2005 et le cadre communautaire pour les aides d'État sous la forme d'une compensation de service public, OJ C 397, 29.11. 2005

⁸ Noter svp que le fait qu'un organisme est sans but lucratif ne signifie pas que ses activités ne sont pas de nature économique (voir notamment la réponse à la question 2.5 du document de travail de la Commission sur les aides d'État)

des établissements et services dans la perspective d'un service diversifié à des personnes précisément définies par leur fragilité. Ce particularisme est motivé tant par la nécessité de socialiser la compensation des fragilités des usagers que par le souci de préserver les équilibres financiers des autorités publiques.

Pour la définition du champ des établissements et services sociaux et médico-sociaux, l'article L 312-1 du CASF ci-dessus cité donne la liste des catégories d'établissements et services en indiquant à la fois les particularismes des personnes qu'ils vont recevoir et l'ampleur des prestations qui leur seront proposées.

Depuis le vote de la loi 2002-2 du 2 janvier 2002, des dispositions successives de valeur législative ont ajouté des catégories variées d'établissements ou services, puis un reflux s'est produit pour ce qui concerne les services non médicalisés d'aide à la personne à son domicile, pour lesquels un droit d'option a été ouvert entre le régime juridique des établissements et services sociaux et médico-sociaux et le régime déclaratif fixé par le code du travail .

Pour leur régime juridique particulier :

Les articles L 313-1 à 313-12-1 du CASF déterminent la procédure d'autorisation sans laquelle les établissements et services n'ont pas le droit de fonctionner, sauf à encourir des sanctions pouvant aller jusqu'à des sanctions pénales. Il y a correspondance exacte entre le champ des établissements et services sociaux et médico-sociaux défini ci-dessus et le champ de la procédure d'autorisation.

La personne physique ou morale « qui en assure ou est susceptible » d'en assurer la gestion dépose le ou les dossiers de demande auprès des autorités publiques durant des périodes précises et publiées à l'avance, de manière que l'examen des candidatures puisse se faire de manière comparative. Ces demandes sont ensuite transmises au comité régional de l'organisation sociale et médico-sociale (CROSMS), organisme consultatif large appelé à s'exprimer sur l'adéquation du dossier aux besoins locaux et sur la qualité intrinsèque du projet, mais il n'a aucune compétence pour aborder la finançabilité par les finances publiques.

Sur cet avis, les autorités publiques ont le choix entre :

- autoriser si le projet répond aux besoins, respecte les normes de fonctionnement pour sa catégorie d'établissement, présente un coût de fonctionnement raisonnable, et enfin est finançable sur les crédits publics disponibles ;
- le refuser d'emblée s'il ne répond pas aux besoins ou est intrinsèquement mauvais ;
- le « classer en attente de financements » s'il est techniquement recevable et répond aux besoins mais ne peut être supporté à ce moment par les finances publiques. Dans cette hypothèse, l'autorité publique dresse seule et de manière discrétionnaire le classement prioritaire des dossiers en attente de financement, qui doit être révisé et publié au moins une fois par an. Si des crédits publics suffisants se dégagent dans les 3 ans, elle peut accorder directement l'autorisation sans devoir recommencer l'ensemble de la procédure.

Le silence des autorités publiques durant 6 mois après la fermeture de la « période de réception des dossiers » vaut rejet. Toutefois si le promoteur demande les motifs de ce rejet dans les 2 mois qui suivent, le second silence gardé par l'autorité publique vaut acceptation du projet au-delà de 1 mois.

Sauf mention contraire (art L 313-6), l'autorisation de l'article L 313-1 [d'ouvrir et recevoir des usagers] vaut habilitation à recevoir des bénéficiaires de l'aide sociale et autorisation de dispenser des prestations prises en charge par l'État ou l'assurance maladie. Ces habilitations et autorisations de distribuer des soins peuvent être assorties d'une convention destinée à les préciser ou adapter.

C'est dire que les autorités publiques sont appelées par principe à financer ensuite quasi nécessairement : faire jouer le « sauf mention contraire » devrait le cas échéant être justifié devant des tribunaux.

L'autorisation est donnée pour une durée limitée de 15 ans. Son renouvellement est acquis par tacite reconduction sauf si, au moins un an avant l'échéance, et sur le seul fondement de l'évaluation externe obligatoire, l'autorité publique enjoint à l'établissement ou au service de présenter une demande de renouvellement qui sera instruite selon la procédure même d'autorisation initiale.

Par exception, le silence de l'autorité publique sur cette demande au-delà de 6 mois, vaut renouvellement de l'autorisation.

Ce dispositif est marqué par une forte ambiguïté puisqu'il tend à assurer la viabilité économique des établissements et services sur le long terme, mais aussi à préserver le droit des autorités publiques de les remettre en question, mais sur le seul fondement de leur évaluation externe.

9.1.2 *La seconde modalité pour « mandater » un opérateur* dans le champ social et médico-social est celle, beaucoup plus commune, de la subvention assortie d'une convention dont le contenu sera suffisamment précis et complet pour correspondre à la définition européenne du mandatement.

Considérant le nombre et l'ampleur très variables des situations de subventionnement conventionné de manière suffisamment complète, l'indication ici posée ne peut être immédiatement assortie d'une description sûre du champ représenté.

9.2 *Les prestataires*

9.2.1 Une estimation faite en 2005 indique la proportion des opérateurs de statut public, privé non lucratif et privé lucratif.

Intitulés des établissements et des services	Nombre d'établissements ou services	Places	Publics	Privés non lucratifs	Privés lucratifs
Etablissements ASE	2 345	73 874	37,2 %	62,4 %	0,4 %
Etablissements PJJ	354	12.116			
Etablissements de l'enfance handicapée et inadaptée : CMPP – IME – IMPRO – IR - SESSAD	3 782	157 020	11,3 %	88,5 %	0,2 %
CAMSP	220	11 909			
a) CAT	1 378	97.219			
b) B) CRP - CPO	113	10 237			
Etablissements et services pour personnes handicapées : Foyers – FAM – MAS – SSIAD – SAVS – SAMSAH	4 119	120 012			
Centres spécialisés de soins aux toxicomanes, centres d'accueil pour alcooliques, appartements de coordination thérapeutique (VIH, malades Chroniques), autres structures	202	541			
Etablissements et services pour personnes âgées : EHPAD – EHPA – Foyers logements – SSIAD - SAAD	16 869	657 510	52,6 %	33,1 %	14,3 %
CHRS, incluant notamment les CAVA	996	36 355	5,8 %	93,7 %	0,5 %
Foyers de Jeunes Travailleurs	499	47 782			
Centres de ressources et assimilés					
Structures expérimentales					
TOTAL	30 877 (1)	1 238 575(1)			
Lieux de vie non traditionnels	352 (2)	1 488 (2)			

(1) Source : DREES, fichier FINESS - mai 2004

(2) Source : conseils généraux (uniquement au titre de l'ASE)

La proportion des opérateurs de statut privé lucratif augmente actuellement fortement dans le secteur des établissements et services pour personnes âgées.

9.2.2 La proportion d'opérateurs agissant également sur d'autres champs d'activité n'a pas été mesurée et n'a à ce jour posé de question que sur le champ très particulier des services à domicile non médicalisés où des mesures ont été prises pour n'accorder les avantages fiscaux donnés aux employeurs que s'ils se consacrent exclusivement à cette prestation de services à domicile ou n'agissent que dans le domaine social et médico-social à but non lucratif.

A remarquer qu'en action sociale, les activités d'intérêt général non économique sont nombreuses et variées : soutien social, médiation sociale, accueil et aide aux jeunes, aide sociale facultative des collectivités locales...

10) Dispositions visant à éviter la surcompensation : prière de préciser si les dispositions prises pour respecter les exigences de la Décision de la Commission du 28 novembre 2005⁹ et pour faire en sorte que les coûts supportés ne soient pas surcompensés ont soulevé des difficultés dans le domaine des SSIG

⁹ Voir la note 7 ci-dessus

Les dispositions visant à éviter la surcompensation renvoient à l'ensemble des dispositifs concernant la tarification des ESMS recensés à l'article L 312-1 du CASF qui, en l'absence fréquente d'un marché permettant de disposer d'éléments de comparaison des coûts des prestations financées par les pouvoirs publics, permettent:

- d'une part, d'encadrer la fixation des budgets des ESMS ;
- d'autre part, la régulation des dépenses mises à la charge des pouvoirs publics.

Dans ce cadre, il faut mentionner les éléments suivants :

- approbation des charges et des produits (notamment d'aide sociale et d'AM) venant couvrir ces charges: L 314-7 + R 314-1 à R 314-60 (droit commun applicable à tous les ESMS) ;
- fixation des tarifs prévisionnels par l'État (calibre financier des créations de places nouvelles) et les tarificateurs locaux ;
- mise en œuvre d'un principe de convergence tarifaire et de comparaison de coûts des ESMS entre eux (L 314-7-III + L 314-3 sur les tarifs plafonds bientôt transposé aux ESMS financés par l'État) + dispositif réglementaire (R 314-23 : coûts moyens) et R 314-28 et suivants (indicateurs de comparaison physico-financière) ;
- dispositif d'encadrements des évolutions salariales du secteur qui doivent être compatibles avec l'évolution des crédits publics (L 314-6) ;
- l'ensemble des éléments précités s'inscrivent dans l'utilisation d'enveloppe limitative de crédits publics (CNSA-L 314-3; État-L 314-4) dont les procédures précitées ont précisé pour objectif de permettre l'effectivité du caractère limitatif.

C'est dans le cadre des enveloppes limitatives que se met en place le principe d'équité de répartition notamment pour les crédits d'assurance-maladie (L 314-3-II).

11) Dans quel secteur des SSIG, il y a-t-il un risque de dépassement des seuils fixés par la Décision de la Commission du 28 novembre 2005 ? (Nota bene : la décision exempte de notification une compensation annuelle inférieure à 30 millions d'euros pour les bénéficiaires d'un chiffre d'affaires ? inférieure à 100 millions d'euros) S'agissant des hôpitaux et du logement social, l'exemption est totale

On ne dispose pas de systèmes d'information qui permette d'agréger des données sur le risque éventuel de dépassement des seuils fixés par la Décision pour les SSIG.

12) Avez-vous rencontré des problèmes liés à l'application de la Décision de la Commission relative au cadre des SIEG ¹⁰ du 28 novembre 2005 dans le domaine des SSIG ?

Pour le secteur relevant du ministère des affaires sociales (secteur largement décentralisé) il est prématuré de poser un bilan de l'application de cette décision.

¹⁰ Voir note 7 de bas de page. Le cadre s'applique aux compensations de service public dépassant les seuils fixés par la Décision et précise les conditions dans lesquelles ces compensations peuvent être considérées compatibles avec l'article 86(2) du traité CE. Ces compensations doivent cependant être notifiées à la Commission

3. Questions relatives à l'application d'autres règles sur la concurrence ou le marché intérieur

13) Avez-vous des commentaires concernant l'application aux SSIG d'autres règles sur la concurrence ?

Non.

14) Avez-vous des observations concernant l'application aux SSIG d'autres règles sur le marché intérieur ?

Les services sociaux du secteur social et médico-social sont concernés par l'application des règles de libre circulation de services et surtout de liberté d'établissement sur le marché intérieur. La transposition de la « directive service » de la commission du 12 décembre 2006 soulève des difficultés particulièrement quant à son champ d'application.

- les SSIG du secteur social et médico-social ne sont pas appréhendés dans leur globalité

Le secteur social et médico-social recouvre une grande variété d'établissements et de services, avec des finalités différentes et pour des publics différents (personnes âgées, enfants, personnes handicapées, personnes en situation d'exclusion sociale,...). Un établissement est qualifié de social et médico-social non par sa structure matérielle mais par la mission qu'il assume auprès d'un public particulier L.312-1 CASF: « prendre en charge », « fournir un « accompagnement social », « mettre en œuvre des mesures d'investigation préalable », « apporter à domicile une assistance dans les actes quotidiens de la vie... », « assurer ... le soutien ou l'accompagnement social, l'adaptation à la vie active ou l'insertion sociale ou professionnelle ... », « mettre en œuvre des actions de dépistage, d'aide, de soutien, de formation ou d'information, de conseil, d'expertise... ». Ces missions recoupent diverses activités (soins, hébergement, restauration, éducation, insertion sociale) au sein d'une même structure. Il est donc difficile de les catégoriser en fonction de leur activité.

Dans son article 2-2 f la directive exclut expressément du champ d'application de la directive les « services et soins de santé ». Beaucoup d'établissements du secteur médico-social offrant des prestations de soins, cette activité est plus ou moins importante selon la catégorie d'établissement. Les Service de soins infirmiers à domicile offrent par exemple exclusivement des prestations paramédicales (soins corporels et soins infirmiers). Les Établissements Hébergeant des Personnes Âgées Dépendantes dispensent des soins mais fournissent également l'hébergement, la restauration,...

- les notions employées sont mal, voire pas appréhendées en droit national.

La notion de « personnes dans le besoin » ne renvoie à aucune notion juridique en droit français. L'article L. 116-1 du Code de l'action sociale et des familles définissant l'action sociale fait référence aux « personnes âgées, personnes handicapées, personnes et familles vulnérables, en situation de précarité ou de pauvreté ».

Surtout, la notion de « mandatement » pose également question, l'acte correspondant au mandat devant imposer «une obligation de fournir de tels services ».L'appréhension des divers régimes d'encadrement du secteur est une opération délicate et complexe.

15) Autres points que vous aimeriez soulever ?

Néant.