



**PREMIER
MINISTRE**

*Liberté
Égalité
Fraternité*

Haut Conseil
à la vie
associative

Rapport du Haut Conseil à la Vie Associative

Impact de la concurrence lucrative sur le modèle économique associatif et sur la multiplication des exclusions

Adopté le 30 septembre 2021

Le présent bilan a été réalisé sous la direction de **Thierry Guillois**, président de la commission juridique et membre du bureau du Haut Conseil à la vie associative. **Kaïs Marzouki**, secrétaire général du Haut Conseil à la vie associative, en a assuré la coordination.

Ont participé à la rédaction de ce rapport :

Nicole Alix, Hélène Beck, Brigitte Clavagnier, Philippe-Henri Dutheil, Françoise Fromageau, Laurent Gardin, Vincent Gaveriaux, Thierry Guillois, Anca Ilutiu, Farbod Khansari, Catherine Vialle, tou(te)s membres du Haut Conseil

Ont également contribué à la rédaction de rapport :

François-Xavier Devetter, professeur d'économie à l'université de Lille et à l'Institut Mines-Télécom Lille-Douai

Frédéric Marty - CNRS – UMR 7321 GREDEG, Université Côte d'Azur

Simon Thiroit, Délégué général · UNAT - Union Nationale des Associations de Tourisme et de plein air

Sommaire

Avant-propos.....	6
Chapitre I - La marchandisation des associations et ses effets sur l'accessibilité à leur service	13
1.1 l'instauration de la concurrence et ses conséquences dans l'aide à domicile	14
1-2 Marchandisation du secteur des EHPAD : vers une fragilisation de l'offre envers les personnes vulnérables	18
1.3 L'accueil du jeune enfant	23
1-4 Le secteur du Tourisme Social et Solidaire	28
1-5 l'exemple de l'éducation populaire, des centres de vacances et de loisirs	29
Eléments de conclusion	31
➤ Utilisation des outils comptables	31
➤ Financiarisation par les outils de gestion et financiarisation des outils de gestion	32
Chapitre II - Quelle place pour une économie mixte dans l'ordre concurrentiel européen ?	34
Chapitre III - Concurrence et fiscalité	41
3.1 La question fiscale	42
3-2 La lucrativité limitée	49
Chapitre IV - La dimension européenne	53
Concurrence et initiatives associatives citoyennes : Proposition pour la présidence française de l'UE ..	59
Chapitre V - Protection des savoirs et des savoir-faire associatifs	62
Annexes	67
Annexe 1 - L'emploi associatif dans l'aide à domicile : situation et effets de la concurrence- François-Xavier Devetter	68
Annexe 2 - Résumé des propositions du Haut Conseil	97
Annexe 3 - Courrier de saisine	101
Annexe 4 - Liste des personnes auditionnées	103
Annexe 5 - Références article Frédéric Marty	104

Introduction

Au fil de ses travaux et rapports, la concurrence est apparue au Haut Conseil à la vie associative (HCVA) comme un facteur important de perturbation du modèle économique des associations et, par répercussion, comme un accélérateur d'exclusion sociale des plus pauvres mais aussi de personnes pas assez pauvres pour bénéficier pleinement des aides publiques et des mécanismes de répartition sociale et pas assez riches pour accéder aux prestations associatives dont elles auraient pourtant impérativement besoin.

Depuis sa création, il y a dix ans, le Haut Conseil a produit de nombreux rapports sur des thématiques variées :

- « le financement privé des associations » ;
- « l'intérêt général » ;
- « les associations et l'entrepreneuriat social »
- (...)

L'élaboration de chacun de ces rapports a donné lieu à des auditions de représentants de tous les secteurs associatifs concernés (éducation populaire, social, médico-social, culturel, sportif, touristique et vacancier...).

Or, chaque personne ou groupe de personnes auditionné a soulevé le fait qu'au cours des années, voire des décennies précédentes, la concurrence avait influé sur les modes de fonctionnement de leur organisation du fait de l'arrivée d'acteurs commerciaux sur leur domaine d'activité :

- ✓ Il s'agit d'un phénomène particulièrement significatif dans le secteur médico-social où les associations gérant par exemple des maisons de retraite traditionnelles, (devenues des EHPA ou des EHPAD) se sont trouvées confrontées à l'apparition d'opérateurs mercantiles plus soucieux de capter une clientèle rémunératrice que de préserver l'intérêt général.

Les tarifs pratiqués par les différentes catégories d'établissement en sont la parfaite illustration. Selon une étude de la Caisse Nationale de Solidarité pour l'Autonomie¹, datant de 2016, le prix médian était alors de 1 801 € par mois dans les EHPAD publics, de 1 964 € par mois dans les EHPAD du secteur solidaire et de 2 620 € par mois dans les EHPAD du secteur privé commercial.

La Caisse souligne encore que les services sont souvent différents ; à titre d'exemple, dans le secteur privé commercial, les surfaces privatives (logements) et collectives (espaces communs), proposées sont plus faibles, les ratios de personnels, moins élevés et les services compris dans le socle (prix de journée) moins importants².

Les associations se sont ainsi retrouvées, pour maintenir une qualité de service conforme à leur projet initial, à devoir supporter des coûts supérieurs à ceux du secteur lucratif, tout en étant contraintes de s'adresser à des publics au pouvoir d'achat moins élevé. Par la force des choses,

¹ https://www.cnsa.fr/documentation/analyse_statistique_prix_hebergement_2016_vf.pdf

² Cité IN Art. MARILYS COLLET - BERLING, Vie Sociale n°31-32 p.196

les tarifs pratiqués s'en sont trouvés dissuasifs pour plusieurs couches de la population, exclues de fait de l'accès à toutes formes d'EHPAD.

Ce phénomène s'est étendu à l'aide à domicile ou aux crèches et a touché bien d'autres secteurs et notamment celui de l'éducation populaire. Il n'est qu'à prendre l'exemple des auberges de jeunesse à la fois associations de tourisme et d'éducation populaire, désertées dans les campagnes en raison de l'explosion du transport aérien low-cost accessible aux jeunes, mais aussi en ville, du fait de l'arrivée d'opérateurs plus soucieux de la fête que de la transmission de valeurs citoyennes ou républicaines

Nous pourrions multiplier les exemples dans les secteurs de la culture ou du sport.

Toutes ces transformations sont aussi la traduction d'un autre phénomène auquel les associations étaient sans doute encore moins que d'autres, préparées : le secteur lucratif ne s'est en effet pas contenté de se positionner sur des activités jusque-là proposées par des associations ou des entreprises publiques, il en a accaparé le savoir-faire au profit de ses actionnaires, naturellement sans licence ni autorisation préalable, sans même que les associations n'aient pu les protéger, la mise en œuvre d'un projet associatif ne se brevetant pas. Ainsi, tout hôtel pour jeunes se qualifie aujourd'hui d'auberge de jeunesse, sans se soucier du reste.

Certes, l'intérêt général porté par le monde associatif appartient à tous et est destiné à tous. C'est, par hypothèse, un bien commun. Mais le HCVA a souvent souligné que l'intérêt général était incompatible avec toute forme de partage des bénéfices, non par l'effet d'une quelconque idéologie, mais en raison des effets pervers que cette incompatibilité engendre précisément pour l'intérêt général, en terme de fracture sociale et d'exclusion de populations, que le présent rapport démontrera abondamment.

- ✓ La concurrence a également un impact fiscal sur le budget de certaines associations qui, après avoir vu apparaître un ou plusieurs opérateurs commerciaux sur leur créneau d'activité, se sont retrouvées contraintes de créer un secteur distinct d'activité, voire de basculer dans une fiscalité de droit commun, moyennant une incidence certaine sur leurs tarifs et une répercussion sur le périmètre des publics accueillis.

Par ailleurs, l'imposition des éventuels excédents dégagés par les activités lucratives destinées à alimenter leurs œuvres non lucratives, ne tient pas compte, au nom de la concurrence, de cette affectation. Ainsi, dans le domaine de la recherche pure ou sur les maladies rares, les associations vivent principalement de la générosité du public, faute de subventions suffisantes pour soutenir celles-ci.

Lorsqu'elles mettent au point le brevet d'un nouveau médicament et qu'elles le vendent à un laboratoire, l'éventuel bénéfice qu'elles en tirent est imposé à l'impôt sur les sociétés au taux de droit commun dès le premier euro, sans se soucier du fait que le montant de cet impôt pourrait être affecté à la recherche développée par cet organisme et, en quelque sorte, correspondre à une participation indirecte de l'Etat à la recherche concernée.

- ✓ La multiplication des appels à projets, appels à manifestation d'intérêt, appels d'offre en tous genres, contraint les associations à soumissionner en se faisant concurrence entre elles, quitte à « casser » leurs tarifs, parfois en affaiblissant leur projet pédagogique ou social afin d'espérer emporter le marché et ainsi poursuivre leur activité.

Les exemples en sont nombreux dans le domaine des centres aérés et colonies de vacances, et plus généralement, dans celui de l'éducation populaire.

Plus récemment, sans qu'aucune contrainte légale ou réglementaire ne l'impose, les pouvoirs publics ont manifesté leur volonté de reprendre le pilotage et la responsabilité d'une plateforme d'écoute des femmes victimes de violence alors qu'existe, depuis 1992, un réseau performant de 73 associations rassemblées au sein de la Fédération Nationale Solidarité Femme (FNSF), laquelle a créé en 2007, une telle plateforme connue sous le numéro 3919. Ce réseau a largement fait preuve de son efficacité et le nombre d'appels n'a cessé d'augmenter pour dépasser aujourd'hui les cent mille par an.

Or, l'Etat décidait, le 15 décembre 2020, de lancer un appel d'offre en vue de mettre en place une nouvelle plateforme sans véritablement se soucier de l'existant. Fort heureusement, devant le tollé soulevé par le lancement de cette procédure, l'Etat devait renoncer à celle-ci.

Mais l'épisode est caractéristique d'une évolution sensible du positionnement administratif français : les associations ne sont plus là pour œuvrer pour l'intérêt général, elles ne le sont même plus pour pallier les carences du marché ; lorsque ce dernier n'existe pas, faute de perspective de rentabilité immédiate, il est devenu impératif de le créer artificiellement, sans s'interroger sur l'impact que la concurrence pourrait avoir sur la qualité du service rendu aux femmes.

Comment le 3919 et le réseau de la FNSF auraient-ils pu perdurer s'ils n'avaient pas été retenus par l'appel d'offre et s'ils avaient dû, par voie de conséquence, perdre toute subvention ? Comment l'opérateur finalement retenu, sans expérience préalable, aurait-il pu atteindre la qualité acquise par l'organisation en place depuis 30 ans ? Comment peut-on à ce point être aveuglé par le principe de suprématie de la concurrence sans anticiper les conséquences qu'une mise en œuvre dogmatique peut avoir sur les populations concernées ?

L'exemple récent de l'appel d'offre lancé par le Ministère de l'Intérieur pour concurrencer La Poste - service public historique connaissant les difficultés que l'on sait du fait de l'explosion d'internet - afin d'expédier les programmes des candidats aux dernières élections régionales, programmes qui, pour une part importante, ne sont pas parvenus à leurs destinataires, conforte le Haut Conseil sur le fait que, non seulement le service public et l'intérêt général doivent céder le pas, mais encore que l'Etat est là pour détruire des expériences acquises et ayant prouvé leur efficacité, afin de créer, même artificiellement et quoiqu'il en coûte, des marchés et espérer que l'intérêt de tous n'en sera que mieux servi. Ces exemples établissent qu'il n'en est malheureusement rien.

L'ensemble de ces constats a conduit le HCVA à s'interroger sur les causes, inévitablement multiples, des transformations à l'œuvre et à rechercher des solutions susceptibles de se traduire en propositions d'aménagements législatifs ou réglementaires.

Selon les penseurs du XVIII^{ème} siècle., la concurrence est un phénomène naturel porté par des opérateurs économiques libres et égaux entre eux et dont l'émulation doit produire le bien être des consommateurs, donc l'intérêt général.

Pourtant, force est de constater que ce n'est qu'à partir environ du milieu des années 1970, soit deux siècles plus tard, que lesdits opérateurs ont commencé à s'intéresser au secteur associatif, en particulier médico-social. Sans doute, les nombreuses innovations technologiques ayant jalonné le XIX^{ème} et le XX^{ème} siècle et les développements industriels qui s'en sont suivis ont-

ils détournés leur attention d'un secteur d'activité peu, voire pas du tout, rentable. Il est également probable que l'après seconde guerre mondiale et la formidable expansion ayant accompagné la « reconstruction » pendant les trente glorieuses, ont contribué à ce désintérêt : aux chefs d'entreprise, l'économie et les affaires, aux associations ou congrégations, le social, le sport, la culture...

Les deux chocs pétroliers de 1973 et 1979 ont fortement contribué à changer la donne. Le renchérissement du coût de l'énergie fossile est à l'origine d'une crise profonde ayant engendré de nombreuses faillites, donc de très nombreux licenciements, contribuant à faire apparaître de nouveaux besoins en direction des associations, notamment dans les domaines de l'insertion et de l'aide à la création d'emplois ou d'entreprises.

Parallèlement, voyant ses fondations s'effriter, l'économie traditionnelle se mettait en quête de nouveaux débouchés, peut-être moins rentables au départ, mais dont on pouvait espérer qu'ils le deviendraient.

Un autre phénomène devait sensiblement accentuer le processus : l'ouverture des marchés européens, la libre circulation des capitaux, des hommes et des marchandises, la concurrence des niveaux de rémunération des salariés ou d'imposition des entreprises accélérèrent les délocalisations ou, à l'inverse, le recours à une main-d'œuvre étrangère, bref, à une explosion du chômage.

L'une des solutions explorées par certains consista alors à s'intéresser à des secteurs d'activités ignorés jusqu'alors. Pourquoi ne pas se lancer dans le tourisme de masse ; après tout, les VVF, Vacanciel et bien d'autres opérateurs associatifs, n'ont-ils pas eux-mêmes profité de l'après-guerre. Ils ont acquis un solide savoir-faire dans leur domaine, pourquoi ne pas s'en inspirer ?

Sur un autre segment, chacun a pu faire le constat des progrès de la santé et du vieillissement de la population. Il y avait là un vaste chantier en complément de l'offre publique et associative. Les associations et les pouvoirs publics avaient supporté les risques initiaux liés à ce type d'activité au moyen de leurs ressources spécifiques (bénévolat, dons, subventions, mutualisation des recettes...). L'expérience acquise et les financements publics avaient contribué à abaisser ces risques.

Les entreprises classiques pouvaient alors s'y intéresser, tout en espérant rémunérer des apporteurs de capitaux³ :

« Aujourd'hui, plusieurs sociétés capitalistes offrant des services aux personnes âgées sont cotées en bourse. Demain, d'autres domaines d'activité seront investis par des chaînes et des sociétés de capitaux. Habitué à une grande autonomie, les responsables de ces sociétés s'émancipent volontiers de la culture tutélaire du secteur et importent des modes de management et de marketing des autres secteurs. Un rapprochement progressif des pratiques du droit commun et de la concurrence s'opère dans ces secteurs sociaux et médico-sociaux ou intervenaient auparavant seulement des opérateurs non lucratifs publics ou privés. Ce phénomène a parfois été qualifié d'isomorphisme institutionnel. Participant à une banalisation économique des organisations, il rejoint le souhait du MEDEF qui accompagne, au tournant du nouveau siècle, cette évolution par un puissant lobbying en faveur d'un traitement indifférencié de l'ensemble des acteurs sur les marchés, quel que soit leur statut juridique

³ Cf. Henri Noguès « la concurrence dans le secteur social et médico-social, un Levier pour le progrès ou un pas risqué vers une société dominée par le Marché », In Vie-sociale n°31-32.

et leur caractère lucratif. Ce processus, seulement en partie spontané, s'accélère d'autant plus que les pouvoirs publics l'encouragent. ».

Rapprochant cet encouragement des pouvoirs publics avec les répercussions en terme d'exclusion sociale qu'il avait bien été contraint de constater, le HCVA s'est enquis d'en rechercher les fondements.

Il s'est alors tourné vers des économistes spécialistes de ces questions, et notamment Monsieur Frédéric Marty, enseignant à l'Université de Côte d'Azur et chercheur au CNRS et Monsieur François Xavier Devetter, Professeur à l'Université de Lille, spécialiste en socio-économie du travail et des services. Pour l'un comme pour l'autre, les phénomènes observés sont la conséquence de l'application des règles de la concurrence de l'Union Européenne : en 1957, à la signature du Traité de Rome, l'Etat était la seule instance à même de définir l'intérêt général, de le décliner dans les services publics ou dans les aides aux associations et de le faire prévaloir sur l'application des règles de la concurrence, conçu toutefois d'ores et déjà comme la norme. Le principe en avait d'ailleurs été traduit par l'article 106 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) :

*« Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, **dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie.** ».*

Force est de constater que le concept de service d'intérêt économique général est, à quelques exceptions près, notoirement absent du sol français et que l'appréciation des particularités de ses missions a évolué avec le temps.

Entre les années 1960 et le début des années 1980, deux conceptions se sont, en fait, opposées à Bruxelles, l'une « industrialiste », inspirée par la France, considérant qu'à côté d'une politique concurrentielle, l'Europe devait se doter d'une politique industrielle, l'autre néolibérale, dictée par l'Ecole Allemande de l'ordo libéralisme.

L'Allemagne imposa ses représentants à la tête de la Direction Générale de la Concurrence où ceux-ci édictèrent très vite leur point de vue: *« Il convient de réprimer avec la même fermeté et les mêmes principes les différentes pratiques gouvernementales ou privées qui tendent à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence et qui ont des répercussions analogues sur l'économie. »*⁴

Mais la bascule s'opère véritablement avec l'acte unique de 1987. La Direction Générale de l'Industrie, sans véritable budget, est réduite à portion congrue, alors que son homologue consacrée à la concurrence, occupe tout l'espace.

Seule la démonstration d'une défaillance du marché peut justifier l'intervention de l'Etat dans les activités économiques ; encore convient-il de préciser que si cette défaillance peut être corrigée, l'intervention ne se justifie plus et il revient à l'Etat de créer ou d'inciter à la création de nouveaux marchés, même artificiellement.

⁴ Déclaration du Directeur Général de la DG Concurrence / Pieter VERLOREN VAN THEMAAT, publié en 1961 dans Opéra Mundi Europe.

Appliquée aux activités associatives, cette approche a incité les pouvoirs publics français à favoriser la création d'un marché concurrentiel dans le secteur de l'aide à domicile, en s'efforçant (en vain), de favoriser la demande en la solvabilisant partiellement, ou encore dans celui de l'éducation populaire ou des EHPAD.

Dans ce dernier domaine, les entreprises commerciales ont clairement adopté ce que Monsieur Frédéric Marty appelle une stratégie d'écémage :

« cantonnées dans les segments les plus difficiles et les plus coûteux, les associations ne peuvent plus mettre en œuvre des mécanismes de subventions croisés permettant de redéployer un éventuel surplus vers les segments les plus coûteux. La conséquence peut en être une paupérisation du service rendu et une dépendance accrue vis-à-vis de financements publics, non seulement budgétairement contraints, mais, de surcroît, exposés à des risques d'accusation de distorsion de concurrence ».

La recherche de solutions à ces transformations profondes initiées au niveau européen n'est pas chose aisée. Elle passe sans doute dans un premier temps, par les interstices laissés par la réglementation européenne de la concurrence et par leur appropriation par les Autorités Françaises. A cet égard, la notion de Services Sociaux d'Intérêt Général (SSIG), notamment en matière d'attribution de marchés, pourrait être utilement explorée.

Il faut également s'efforcer de contrecarrer la stratégie de l'écémage des opérateurs privés en imposant à tous de revenir à un adossement de segments « rémunérateurs », avec des segments « déficitaires », comme cela a été fait pour la construction de certains tronçons d'autoroute. Ainsi, certains marchés publics pourraient conditionner l'attribution de lots au cumul de segments différents.

Il importe par ailleurs d'imaginer des solutions juridiques concrètes afin de mieux protéger les savoir-faire associatifs et limiter leur appropriation à des fins mercantiles.

Enfin, il conviendrait d'inverser la rigueur de certains principes fiscaux exclusivement articulés sur le dogme de la concurrence.

Comme le constate Henry Noguès :

« S'il est probable que l'économie de marché va rester la forme générale présidant à l'organisation de l'intendance dans les sociétés à venir, ce constat n'implique nullement que les Etats doivent se comporter comme des entreprises ni qu'ils doivent adopter le seul point de vue des entreprises capitalistes. Si un tel choix devait être fait, il est clair que la démocratie perdrait tout sens réel, puisque le programme néolibéral serait la seule politique envisageable. Si au contraire, les peuples parviennent à conserver un degré de liberté suffisant pour choisir, alors la question des espaces qui ne peuvent être soumis aux logiques marchandes, devient l'une des questions politiques capitales ».⁵

Le but de ce rapport n'est pas condamner la concurrence lorsqu'elle peut être réellement utile aux consommateurs.

Il est toutefois important de rappeler que la situation des citoyens, et plus généralement de tout être humain, ne se résume pas à la condition de consommateurs et que la gestion d'un Etat ne doit pas se cantonner à insuffler la concurrence là où elle n'existe pas.

⁵ Henry Noguès : Vie-Sociale n°31-32 - p.38

Elle doit se réapproprier la rationalité des « pères de l'Europe », Jean Monnet ou le Général de Gaulle, repositionner la boussole sur le bien être des peuples, et non sur celui des dirigeants de grands groupes ; elle doit se doter d'une nouvelle politique industrielle, concrétiser les relocalisations, favoriser le développement de nouvelles technologies et la création de nouveaux emplois, l'amélioration globale du pouvoir d'achat.

Ainsi, le HCVA en est convaincu, la pression sur le secteur associatif devrait pouvoir retomber et, la respiration retrouvée, lui permettre de jouer pleinement son rôle consistant non à intervenir en urgence et sans moyens sur des situations désespérées, mais à permettre à notre société de s'épanouir à nouveau pleinement.

Tout au long de ce rapport, le lecteur pourra revenir en détail sur chacun de ces points en les abordant sous les différents angles suivants :

- la marchandisation des associations et ses effets sur l'accessibilité à leur service à partir d'exemples, tels que l'aide à domicile, les secteurs des soins, de la petite enfance, des centres de loisirs et de l'éducation populaire, de l'hébergement et des vacances... ;
- la confrontation entre le monde lucratif et le monde non lucratif, la notion d'écémage ;
- les expériences d'hybridation des statuts et des ressources ;
- la contractualisation des rapports entre les associations et les pouvoirs publics ;
- la concurrence et la fiscalité, la notion de lucrativité limitée ;
- la dimension européenne : l'articulation entre droit européen et droit national en matière d'aides d'Etat et de marchés publics, la notion de mandatement, celle de services sociaux d'intérêt général et de services d'intérêt économique général, le plan d'action de l'Union Européenne sur l'Economie Sociale et Solidaire et les potentialités offertes par la présidence française de l'Union Européenne en 2022 ;
- la protection des savoir-faire associatifs et la notion de communs en France et en Europe.

A chacun de ces items seront associés, autant que faire se peut, des propositions concrètes de nature à améliorer la situation des associations.

Le souhait du HCVA, et quelles ne restent pas lettre morte, mais inspirent les pouvoirs publics et soient reprises par le plus grand nombre.

Chapitre I

La marchandisation des associations et ses effets sur l'accessibilité à leur service⁶

⁶ Se référer aussi en Annexe 1 à « l'emploi associatif dans l'aide à domicile : situation et effets de la concurrence » - François-Xavier Devetter

1.1. L'instauration de la concurrence et ses conséquences dans l'aide à domicile

La construction institutionnelle de la concurrence

L'aide à domicile a été un domaine de prédilection du monde associatif car après la guerre et dans les années 70, les associations se sont positionnées sur un champ d'activité peu rentable et qui fonctionnait par un apport non négligeable de travail bénévole. Cette activité associative a toujours coexisté avec d'autres formes d'emploi (particulier employeur, le travail informel, le secteur public...). Les associations sont donc des opérateurs historiques et non uniques. Le domaine de l'aide à domicile connaît depuis une trentaine d'années une mise en concurrence liée à une évolution des politiques publiques concernant la prise en charge des personnes dépendantes.

La solvabilisation de la demande pour accéder au service à domicile est un premier facteur ayant contribué à l'instauration d'une régulation que l'on peut qualifier de quasi-marchande. On la désigne ainsi car si le destinataire de l'activité a le « libre » choix du prestataire, il est financé par différents dispositifs publics pour accéder au service. On parle souvent de privatisation et de marchandisation, mais si on considère la marchandisation comme étant l'accès à un service en fonction de son unique pouvoir d'achat, on a aussi véritable démarchandisation avec l'allocation personnalisée d'autonomie (APA) qui fait basculer un service marchand à un service socialement accessible à beaucoup de personnes.

L'instauration de l'allocation compensatrice tierce personne (ACTP)⁷ a permis aux personnes dépendantes d'avoir une intervention à domicile en plus de ce qui était fourni par les associations d'aide-ménagère soutenues directement dans le cadre de la Sécurité sociale. Pour les personnes âgées dépendantes, cette allocation sera transformée en prestation spécifique dépendance puis en APA actuellement en vigueur et financée par les conseils départementaux. Dans le même temps, les personnes âgées n'ayant pas droit à ces dispositifs ou les estimant insuffisants pour répondre à leur besoin vont recourir aux emplois familiaux (instaurés en 1991) puis aux mesures relatives aux services à la personne qui offrent des crédits d'impôts. L'instauration du titre emploi service et du chèque emploi service puis du chèque emploi service universel va en outre permettre un financement par des tiers payant en laissant aux usagers le choix du prestataire.

Cette évolution va s'accompagner d'un élargissement des prestataires de service dans le domaine. Les conditions d'obtention de l'ACTP, et des déductions d'impôts pour les emplois familiaux vont contraindre l'utilisateur à devenir lui-même employeur. Les situations de fragilité des usagers conduiront à la mise en place de services mandataires qui se chargeront des questions administratives et de la mise en relation entre usagers et employés à domicile. Un lobbying du CNPF⁸ (aujourd'hui Medef) conduira en 1995 à une législation permettant aux sociétés à but lucratif de facturer des prestations de services auprès de clients qui peuvent bénéficier de déduction d'impôts. Ces déductions d'impôts étaient jusque-là présentes uniquement pour l'emploi de gré à gré, le recours aux services mandataires et aux associations prestataires depuis 1993. Ce n'est toutefois qu'à partir de la loi « Borloo » de 2005 sur les services à la personne que la diversification de l'offre va s'accroître. Les réductions d'impôts et l'utilisation de l'APA vont devenir possibles pour rémunérer l'emploi en direct, en mandataire, à partir d'associations, de services publics (CCAS, syndicats intercommunaux...), d'entreprises privées à but lucratif, et d'auto-entrepreneurs.

La diversité de l'offre de l'aide à domicile et des services à la personne

Ce tableau montre la diversité de l'offre de services à la personne. Bien qu'en baisse, l'emploi direct est majoritaire et les associations historiquement dominantes parmi les services prestataires voient leur part diminuer avec la montée des entreprises privées à but lucratif.

⁷ L'Allocation compensatrice au titre de la tierce Personne (ACTP) concerne les personnes handicapées qui présentent un taux d'incapacité permanente de 80 % minimum et dont l'état nécessite l'aide d'une tierce personne. Jusqu'en 1997, cette allocation était essentiellement versée aux personnes âgées du fait de l'absence de limite d'âge.

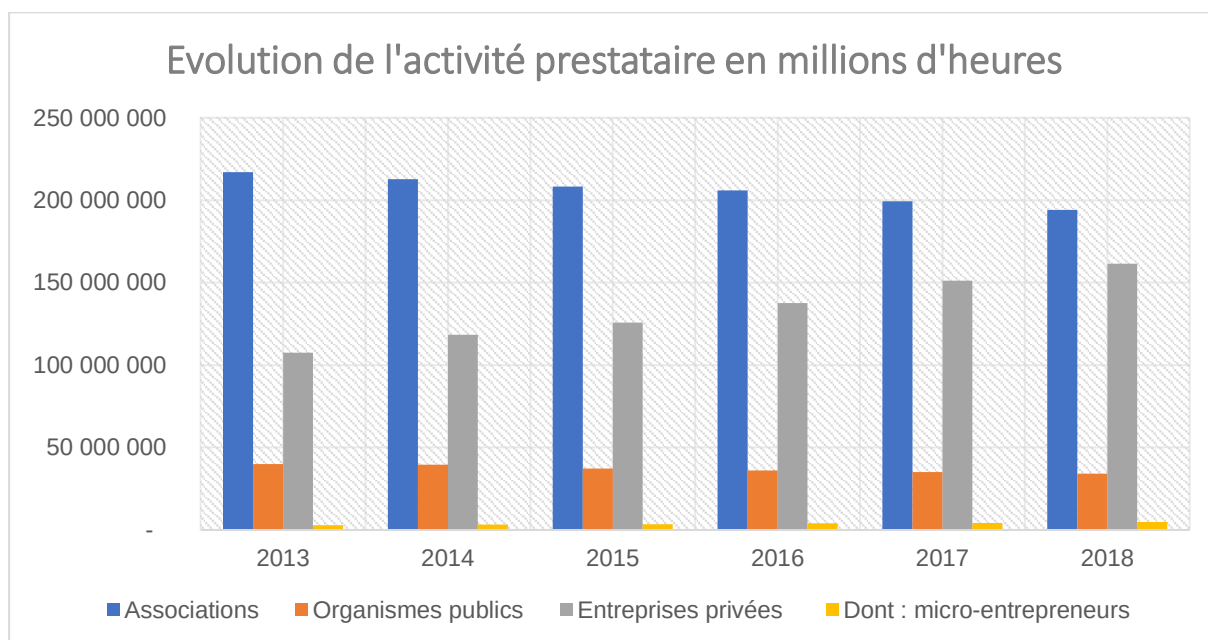
⁸ CNPF, 1994, *Les services à la personne. Services aux consommateurs et services de proximité : des marchés à développer par l'innovation dans l'offre et par le professionnalisme des intervenants*, Paris : CNPF, Comité de liaison des services.

	2017 (*)	2018 (*)	2017	2018
Particuliers employeurs hors mandat	421,43	415,30	49,36%	48,85%
Activité mandataire	46,72	45,03	5,47%	5,30%
Activité prestataire dont :	385,71	389,90	45,17%	45,86%
Associations	199,3	194,2	23,34%	22,84%
Organismes publics	35,2	34,1	4,12%	4,01%
Entreprises privées	151,2	161,5	17,71%	18,99%
Dont : micro-entrepreneurs	4,3	4,8	0,50%	0,56%
Total	853,86	850,23	100,00%	100,00%

(*) en millions d'heures

Source : Dares, 2020, *Les services à la personne en 2018*, résultats n°11, <https://dares.travail-emploi.gouv.fr/publications/les-services-a-la-personne-en-2018>

En 2018, la proportion d'heures prestées par les associations est descendue à 49,8 % sous la barre des 50 % alors qu'elle était en 2005 de 80 %. Cette évolution se fait au bénéfice des entreprises privées à but lucratif en progression constante, 41,4 % en 2018 contre seulement 3 % des heures prestées en 2005.



Source : D'après données de la Dares

Comme le souligne François-Xavier Devetter⁹, la régulation de l'aide à domicile est soumise à un cadre national en termes de financements (APA, fiscalité,...) et en termes de cadre réglementaire (loi 2002-2 ; loi sur la coordination gériatrique, loi sur les procédures d'agrément, etc.). Mais une autonomie départementale se manifeste sur trois leviers principaux : l'application des critères d'éligibilité, le calcul de l'aide versée et les régulations des services (autorisation et tarification).

Ainsi, le type d'employeur fournissant l'APA varie fortement d'un département à l'autre. Si ce paysage résulte aussi des dynamiques historiques de construction du champ, des zones géographiques (urbaines, rurales...) ou encore des revenus des usagers, l'incidence des politiques départementales est forte. Dans ce secteur, les analyses nationales n'ont que très peu de sens. Par exemple, les départements comme la Lozère, l'Orne, le Lot et Garonne n'ont pratiquement que des opérateurs associatifs. Parallèlement, des départements comme la Somme, ce sont surtout des particuliers employeurs parce que ce département a choisi de verser l'APA en CESU. Il en va de même pour les Pyrénées Atlantique. Les Landes ont fait le choix des CIAS pour

⁹ Audition du 10 septembre 2020 voir aussi Annexe 1

dispenser l'aide à domicile. 1/4 des agents du département sont des aides à domicile. C'est pourquoi le CNFPT a des formations d'aide à domicile dans son catalogue. Le service informatique a un système de télégestion performant. Les entreprises à but lucratif se retrouvent dans les Hauts de Seine, Paris, Alpes Maritime, Rhône, Val de Marne, Essonne. Le Lot sort du lot où une entreprise d'économie mixte a la quasi-totalité du marché, après avoir repris les activités d'associations qui ont fait faillite. L'emploi associatif est plus important en départements ruraux. Ce phénomène est assez indépendant de l'étiquette politique. Par exemple, la Savoie et la Haute Savoie vont fixer des tarifs aux associations extrêmement élevés. Parce que c'est une zone de montagne et à proximité de la Suisse. Le particulier employeur n'a pas de marque spécifique. Les entreprises s'implantent plutôt dans les zones les plus riches et les plus urbaines.

Associations	Particuliers Employeurs	Organismes publics	Entreprises à but lucratif
57%	19%	14%	10%
Lozère (86%)	Somme (42%)	Landes (60%)	Hauts-de-Seine (31%)
Orne (86%)	Pyrénées-Atlantiques (39%)	Deux-Sèvres (51%)	Paris (24%)
Lot et Garonne (84%)	Alpes-Maritimes (35%)	Gers (44%)	Alpes-Maritimes (24%)
Loire (83%)	Bas-Rhin (34%)	Puy de Dôme (39%)	Rhône (21%)
Mayenne (81%)	Corrèze (31%)	Eure (36%)	Essonne (21%)
Nièvre (81%)	Loir et Cher (20%)	Savoie (33%)	Val de Marne (20%)

Source : audition de François-Xavier Devetter, voir Annexe 1

Les conséquences sur les salariées et usagers

Les politiques de ressources humaines et d'emploi sont différentes entre les différents types d'employeurs.

Concernant la qualité de l'emploi associatif, la première impression que l'on peut avoir est que cet emploi est de plus mauvaise qualité que l'emploi en général. Il s'agit d'un emploi qui se concentre dans certains emplois donnés (enseignement, hébergement médico-social, action sociale sans hébergement). Dans certains domaines, le secteur associatif est surreprésenté. La qualité de l'emploi y est mauvaise quel que soit l'employeur. Si cet élément est corrigé, l'emploi associatif serait donc de moins bonne qualité mais moins pire qu'ailleurs. La qualité de l'emploi est mauvaise si elle est comparée à l'emploi public. Dans l'aide à domicile, on est en droit de se poser la question si on n'a pas construit une fonction publique du *care* en période de restrictions publiques fortes et donc une fonction publique *low cost* y compris en termes de qualité de l'emploi.

L'enquête conditions de travail de la DARES donne des comparatifs entre les entreprises à but lucratif (ebl), les associations et le secteur public. Dans l'ensemble, lorsque l'effet du domaine d'activité est neutralisé, le secteur associatif ne s'en sort pas mal par rapport aux entreprises et, un peu moins bien, par rapport au secteur public. Les associations sont moins inégalitaires dans leur embauche. Les écarts de rémunérations y sont plus faibles entre emploi aidé et cadre que dans les entreprises à but lucratif et plus proche de celle du secteur public. La situation devient aujourd'hui moins évidente dans le sens où certaines associations ont des comportements très proches de ceux des entreprises du secteur marchand et, inversement, certaines entreprises sont très sociales.

	Temps de travail annuel	Salaire annuel	Salaire horaire
CCAS et CIAS	1 422	13 543 €	9,52 €
Entreprises privées	997	8 978 €	9,00 €
Particulier Employeur	1 107	9 423 €	8,51 €
Secteur associatif	1 247	10 289 €	8,25 €

Source : audition de François-Xavier Devetter, voir Annexe 1

Dans l'aide à domicile, la qualité de l'emploi est mauvaise (salaires faibles, travail à temps partiel, difficulté de faire prendre en compte l'ancienneté...). La convention collective du secteur associatif est moins mauvaise sur ces points. Il y a un effort de formation, une meilleure reconnaissance des diplômes, un temps de travail sensiblement plus long... Les temps collectifs sont plus conséquents et l'encadrement est plus étoffé. En revanche, cela reste sensiblement moins bon que les CCAS ou les CCIAS. Les entreprises seraient plus exigeantes dans le recrutement parce qu'elles s'adressent à une clientèle plus riche, d'où le souci de la présentation, etc... Les conséquences sur les salaires sont importantes dans le sens où il est constaté une différence de 1000€ annuels entre les entreprises et le secteur associatif (2000 avec le secteur public). Les différences de salaire proviennent essentiellement du temps de travail. Globalement, il y aurait donc 10% de différence entre les salaires mais cet écart a tendance à diminuer.

La loi ASV a joué un rôle ambigu. « On aurait pu penser que cette loi allait favoriser les associations en instaurant un système d'autorisation au détriment des agréments qui concernaient plutôt les entreprises. La question de la convergence tarifaire va privilégier plutôt les entreprises en fonction de la manière qu'ont les départements de l'appliquer. Par exemple, dans le Nord, les entreprises étaient à 19 €. Les associations pouvaient être à 22/24 €. La convergence tarifaire fait qu'en faisant la moyenne, on se retrouve à 21,60 €. Le dynamisme des entreprises par rapport aux associations s'explique par la différence des coûts supportés. Les conventions collectives ne sont pas les mêmes, ainsi que les pratiques RH. ». La différence se situe dans le taux de marge qui est sensiblement plus important. Cette marge va soit dans le profit, soit dans le salaire de l'encadrement. Par exemple, si l'entreprise prend comme repère la convention collective associative, elle se rend vite compte qu'il lui faudrait diminuer le salaire de son responsable de secteur et de ses cadres.

Concernant les destinataires de l'activité, à l'origine, les services offerts ne sont pas les mêmes suivant les prestataires. Au départ, les entreprises étaient sur les services de confort et les associations sur les services aux personnes vulnérables et en situation de handicap. Toutefois, les entreprises occupent de plus en plus le marché des personnes vulnérables et certains groupes se sont spécialisés sur ce champ notamment en lien avec des groupes d'Ehpad (Korian, Petits-fils...). Les bénéfices sont importants pour les entrées à l'Ehpad, la structure d'aide à domicile à proximité ramenant de la clientèle (« carrière de vieillissement »). Des mutualisations sont aussi possibles entre Ehpad et services à domicile.

En termes de destinataires de l'activité, on trouve donc d'un côté, des clients solvables, et de l'autre, des allocataires de l'APA. Certaines entreprises solidaires d'utilité sociale tentent d'équilibrer leur clientèle entre les deux types. Pour les entreprises, les tarifs sont modulés en fonction des volumes de consommation et des zones, ce que les associations ne font pas. Les tarifs peuvent être très élevés mais ils sont réduits en cas d'APA.

Le taux de recours de l'aide à domicile par niveau de revenu est une donnée disponible. A la fin des années 90, pour les plus de 65 ans, plus on était riche, plus on recourait à ces services. Avec l'APA, les populations les plus pauvres ont un taux de recours relativement élevé. Les populations modestes et moyennes ont un taux de recours faible. Ensuite le taux de recours est important. Les classes modestes et inférieures bénéficient le moins de ces services.

Ainsi, c'est le revenu qui fait la différence dans l'accès au service et non le degré de dépendance.

Propositions

- **Ces activités sont sur fonds publics (80% des coûts d'aide à domicile, d'assistante maternelle...). Dès lors, on peut se poser la question d'un emploi à composante publique. La finalité de réduction des disparités territoriales y est également importante. Compte tenu de cette double dimension, le HCVA propose de relancer le débat sur la notion de SIEG au lieu de soumettre ce secteur à la libre concurrence de l'ordonnance services. L'existence de tarifs différenciés en fonction des zones et des publics pourrait tout à fait se justifier¹⁰.**

¹⁰ Cf chapitre 4

- Les politiques publiques ont un impact important dans ce domaine, notamment sur la solvabilisation des personnes. Dès lors, le HCVA préconise de donner directement la parole aux personnes concernées au-delà de leurs familles et des aidants¹¹.

1.2. Marchandisation du secteur des EHPAD : vers une fragilisation de l'offre envers les personnes vulnérables

Le secteur de l'hébergement pour personnes âgées en perte d'autonomie (Ehpad) a évolué au cours des dernières années dans un contexte de fort vieillissement de la population, d'augmentation de la dépendance et de contraintes financières. Trois secteurs principaux se partagent aujourd'hui ce « marché » : le secteur privé non lucratif, dénommé également secteur privé solidaire ou de l'ESS composé notamment d'associations, de fondations, de congrégations, de mutuelles ; le secteur public, comprenant les opérateurs gérés par des hôpitaux ou collectivités territoriales et enfin le secteur privé lucratif, dont les opérateurs sont gérés par des sociétés commerciales et investisseurs.

Les acteurs des secteurs publics et privés non lucratifs, historiquement prépondérant dans la gestion de l'hébergement pour personnes âgées, se sont trouvés confrontés à partir des années 80 à un développement de la concurrence, ainsi qu'à l'évolution des politiques et réglementations publiques à l'origine de dispositifs de marchandisation dans le secteur des Ehpad.

Si le développement de la concurrence peut contribuer à la dynamisation de l'offre des Ehpad, il a des répercussions non négligeables sur les opérateurs du secteur associatif, en fragilisant l'offre d'hébergement aux personnes les plus vulnérables pour lesquelles « le principe du libre choix » se trouvera restreint.

1.2.1. Les opérateurs du secteur non lucratif confrontés à de profondes mutations dans un contexte de vieillissement de la population et de contraintes financières.

« [...], la politique de modernisation du secteur des Ehpad, depuis les années 1990, consiste en grande partie à mettre en place des dispositifs de mise en concurrence des établissements et de standardisation de l'offre, afin de s'approcher au plus d'un marché homogène¹² ».

La notion d'EHPAD introduite par la loi n° 97-60 du 24 janvier 1997 a eu un impact particulièrement important sur ce secteur. Complétée par le décret n° 99-316 du 26 avril 1999, cette loi va modifier la tarification des établissements jusqu'alors composée de deux forfaits : le forfait de cure médicale et le forfait soins courants. A compter de cette réforme, le financement des établissements comprendra trois parties : une dotation en matière de soins, financée par l'assurance maladie via les ARS (agences régionales de santé) ; une dotation de dépendance financée par le résident et par le conseil départemental, lorsque le résident bénéficie de l'APA, un tarif hébergement fixé par les collectivités territoriales pour les opérateurs publics et associatifs, mais établi librement par les opérateurs privés à but lucratif, sachant que la partie hébergement est totalement prise en charge par la personne accueillie.

¹¹ Cf point 1-2

¹² La régulation publique dans le secteur des Ehpad – quelles conséquences pour l'avenir des établissements de l'ESS ? – Ilona Delouette, Laura Nirello – Recma 2017/2

Avec cette nouvelle tarification, tous les établissements, quel que soit leur statut, public, privé non lucratif ou commercial, ont accès aux mêmes financements publics accordés en fonction du niveau d'autonomie moyen (GIR : Groupe iso ressources) des personnes accueillies, sous réserve de la signature d'une « convention tripartite pluriannuelle ». Les groupes privés vont pouvoir ainsi se développer en partie grâce aux financements publics.

Au cours des dernières décennies, le « marché des seniors » se développe. La Silver économie lancée en tant que filière industrielle en 2013 se fixe comme objectifs d'améliorer la qualité de vie des personnes âgées, de garantir leur autonomie le plus longtemps possible ou même d'allonger leur espérance de vie. *« Ainsi pour la première fois, le vieillissement de la population et la perte d'autonomie, et/ou la dépendance, ne sont plus envisagés par le législateur comme un risque, mais comme une opportunité économique pour le secteur public et surtout privé, main dans la main ou dans un jeu de concurrence de plus en plus exacerbé¹³ ».*

Toutefois, l'augmentation des dépenses liées au vieillissement de la population pousse les agences régionales de santé et les conseils départementaux à exercer une pression sur les tarifs susceptibles d'impacter le fonctionnement des services et fragiliser les établissements. La mise en place d'indicateurs (PMP et GMP) qui déterminent le montant des dotations publiques va pousser les responsables d'Ehpad à porter leur attention davantage sur le niveau de dépendance des personnes désirant entrer en Ehpad, que sur les réels besoins des personnes en perte d'autonomie.

Concurrence et marchandisation de ce secteur vont être renforcées par la loi relative à l'adaptation de la société au vieillissement (ASV) du 1^{er} janvier 2016. Ce texte va encourager la mobilisation de l'ensemble des politiques publiques afin de permettre de mieux accompagner l'avancée en âge de la population, de prévenir la perte d'autonomie et de permettre aux personnes âgées d'être actrices de leurs parcours. Cette réforme va également modifier les règles applicables à l'ensemble du secteur (public, privé non lucratif et commercial) et remplacer les conventions tripartites par les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens (CPOM), en faisant adopter par les Ehpad un état prévisionnel des recettes et dépenses et un état réalisé. Si cette nouvelle tarification a apporté des simplifications dans les relations entre les parties prenantes et notamment avec les Autorités de Tutelle et de Contrôle (ATC), elle fait craindre une baisse des ressources au regard du passage à une dotation globalisée commune. Soulignons également que cette loi qui vise à établir une plus grande transparence sur les tarifs des établissements est à l'origine de la mise en place d'un comparateur officiel des prix et restes à charge en Ehpad, qui n'a fait que renforcer la concurrence entre établissements.

Afin de répondre à l'ensemble des exigences et contraintes découlant des différentes réformes, ainsi qu'aux appels d'offres pour la création d'Ehpad, les opérateurs tant du secteur privé lucratif que privé non lucratif vont chercher à atteindre des tailles permettant la réduction des coûts et l'optimisation de leur gestion. Pour optimiser les coûts et maintenir une bonne qualité de service les acteurs vont être incités à mutualiser des moyens, allant des aspects RH, à des supports de gestion.

Si la répartition entre secteurs souligne encore à ce jour la place prépondérante occupée par les opérateurs des secteurs publics et associatif : *« sur les 7 367 établissements présents sur le territoire métropolitain en 2020, 45% sont public, 31% associatifs et 24% commerciaux¹⁴ »*, il n'en demeure pas moins que le secteur lucratif qui effectue également des opérations de regroupement, gagne chaque année des parts de marché supplémentaires : *« Les groupes Korian et Orpéa gérant autant de lits à eux seuls que les 15 plus grands groupes associatifs¹⁵ ».*

¹³ Marilys Collet -Berling – Les pratiques concurrentielles au regard des Ehpad et des résidences autonomie – ERES « vie sociale » 2020 n° 31-32 page 196

¹⁴ <https://www.conseildependance.fr/panorama-2020-des-ehpad-en-france/>

¹⁵ MMR dans le Mensuel des Maisons de Retraite n°237 (MMR) en février 2021

1.2.2. Vers une fragilisation des opérateurs associatifs et des offres d'hébergement en Ehpad au profit des personnes vulnérables

Les personnes âgées les plus vulnérables dont les ressources financières sont faibles ont principalement accès aux établissements qui ont signé une convention d'aide sociale avec le département et qui relèvent majoritairement du secteur public et privé non lucratif. Même si le secteur commercial offre quelques places habilitées à l'aide sociale, les Ehpad des groupes privés lucratifs drainent principalement une « clientèle » de personnes en perte d'autonomie à forts revenus capables de payer des services haut de gamme.

Le secteur associatif attaché à des valeurs de solidarité se caractérise par une volonté d'être au service des personnes en perte d'autonomie, quelles que soient leurs ressources, alors que le secteur privé lucratif inscrira la recherche de la rentabilité dans ses objectifs, du fait de la présence d'actionnaires et d'investisseurs. Or, ces différences de valeurs et d'objectifs dans un contexte d'évolution des besoins risquent à terme d'impacter l'offre pour les personnes les plus vulnérables.

L'entrée de plus en plus tardive des personnes âgées en établissement va avoir pour conséquence une forte augmentation de la dépendance obligeant les opérateurs à s'adapter.

« Qu'on en prenne acte ou qu'on le regrette, les Ehpad seront à l'avenir des établissements spécialisés dans la grande dépendance, voire dans la maladie d'Alzheimer¹⁶ ».

Or, les établissements du secteur privé non lucratif accueillent déjà moins que les autres opérateurs de personnes en très grande dépendance. *« Ce sont les Ehpad des secteurs public hospitalier et privé commercial qui accueillent la part la plus élevée de personnes âgées très dépendantes, respectivement 60% et 57 % contre 51% pour les Ehpad des secteurs privé non lucratif et public non hospitalier¹⁷ »*

Les opérateurs du secteur privé lucratif saisissent les opportunités offertes par l'évolution du « marché des seniors » en perte d'autonomie et investissent notamment dans les établissements médicalisés haut de gamme, en France, mais également depuis des années à l'étranger. Leur capacité financière plus importante que celles des opérateurs associatifs ou publics, leur donnera la possibilité d'investir plus aisément dans des équipements et les ressources humaines indispensables à la prise en charge de fortes dépendances. En effet, le tarif hébergement fixé librement pour les établissements non habilités à l'aide sociale permet aux opérateurs privés lucratifs de réaliser des marges plus importantes que les acteurs associatifs pour lesquels les tarifs sont encadrés.

Ces marges financières devraient également permettre aux groupes privés lucratifs de renforcer leur taux d'encadrement global, sachant qu'en 2020, ce taux moyen *« est de 62 équivalents temps plein pour 100 résidents dans le secteur, avec des différences en fonction du statut juridique des structures : 65 pour les EHPAD publics, 60 pour les EHPAD associatifs et 58 pour les EHPAD privées¹⁸ ».*

¹⁶ Broussy, 2013 p 620 in Cairn Info : La régulation publique dans le secteur des Ehpad. Quelles conséquences pour l'avenir des établissements de l'ESS ? Iiona Deloouette, Laura Nirello Recma 2017/2 n° 344

¹⁷ Etude KPMG – Ehpad vers de nouveaux modèles - décembre 2015 page 21

¹⁸ <https://www.conseildependance.fr/panorama-2020-des-ehpad-en-france/>

Alors que le secteur dans son ensemble souffre d'ores et déjà de manque d'effectif, être en capacité de pouvoir financer le recrutement et fidélisation d'un personnel qualifié, sera un enjeu crucial pour répondre aux enjeux de l'augmentation de la dépendance dans les années à venir. A ce jour en France, « *le GMP (Gir Moyen Pondéré) moyen est de 712, avec des différences en fonction du statut : de 697 pour les EHPAD associatifs à 730 pour les EHPAD commerciaux, ce qui témoigne d'un accueil de résidents plus « dépendants » au sein de ceux-ci*¹⁹ ».

Il serait alors à craindre que les personnes vulnérables très dépendantes, avec des moyens financiers modestes, rencontrent de plus en plus de difficultés pour trouver des places dans des établissements habilités à l'aide sociale et susceptibles de prendre en charge une lourde dépendance. En effet, les tarifs hébergements fixés librement par les opérateurs privés lucratifs empêchent de fait les personnes ayant de faibles revenus, d'accéder à ces établissements.

Si l'évolution de ce « marché » qui se répartit entre les trois acteurs majeurs devrait favoriser une diversification des offres et permettre ainsi à toute personnes âgées en perte d'autonomie de trouver une place dans un établissement de son choix, il est malheureusement à craindre qu'une partie des personnes âgées à faible revenus se trouvent contraintes d'intégrer des établissements habilités à l'aide sociale, relevant des secteurs associatif ou public, qui pourraient à terme être moins bien équipés et dotés en personnel que ceux relevant du secteur commercial. Ces personnes pourraient également, ce qui est déjà le cas, être confrontées à des délais plus longs pour accéder à un hébergement correspondant à leurs niveaux de ressources.

Ainsi l'institutionnalisation du « principe du libre choix » instauré comme droit pour les personnes dépendantes d'être en mesure de choisir un hébergement adapté à leurs besoins, serait mis à mal par l'impact de la concurrence dans ce secteur.

A noter enfin que le projet loi « grand âge et autonomie » qui a pour objectif de permettre au plus grand nombre de Français de pouvoir vieillir chez eux, met l'accent sur le renforcement de l'aide à domicile, en proposant notamment une revalorisation des salaires pour le personnel des associations œuvrant dans ce secteur. L'entrée en établissements devrait devenir une exception. Or, certaines pathologies réclament une lourde prise en charge qui au-delà de l'aide à domicile impliquerait davantage les proches et aidants. Ce projet de loi envisagerait également la création d'un nouveau modèle d'Ehpad plus ouvert sur l'extérieur avec un renforcement de la médicalisation, ce qui devrait obliger les opérateurs à réhabiliter en profondeur certains établissements.

Quoi qu'il en soit, il sera indispensable de prendre en compte les problématiques spécifiques des opérateurs associatifs, afin de donner à ces derniers les moyens de s'adapter à l'évolution de l'hébergement pour personnes âgées et ainsi de permettre aux plus fragiles et vulnérables en grande dépendance d'avoir accès aux services leur permettant de vieillir dignement.

¹⁹ Le niveau de dépendance des personnes accueillies dans un établissement peut être mesuré à partir du Gir Moyen Pondéré (GMP). **Le GMP définit le niveau moyen de dépendance des résidents d'un établissement.** Plus celui-ci est élevé, plus le niveau de dépendance des personnes âgées est important. (<https://www.conseildependance.fr/panorama-2020-des-ehpad-en-france/>)

Conclusion : les défis pour l'avenir

Le principe du libre choix :

Intégrer le libre choix comme un élément fondamental de la prise en charge des personnes vulnérables.

Préserver le libre choix des personnes vulnérables en leur donnant la possibilité d'avoir accès à des offres variées d'hébergement adaptées et accessibles tant sur le plan territorial en évitant l'éloignement avec les proches, que sur le plan financier.

Travailler à la réduction des inégalités sociales, financières et territoriales, en veillant à limiter les différences existantes en fonction des départements concernés.

Renforcer la solvabilité des personnes âgées en perte d'autonomie.

Passer d'un modèle de « service à la personne » à un modèle « au service de la personne »²⁰.

Des lieux de vie et d'exercice de la citoyenneté :

Les EHPAD doivent être des lieux de vie, des lieux d'accompagnement et de soins, mais également des lieux d'exercice de pleine citoyenneté et des lieux ouverts sur la cité. Ils doivent être un outil de lutte contre l'isolement social en accueillant de manière flexible des personnes âgées vulnérables du territoire vivant encore à domicile.

Anticiper les besoins

Pour éviter les logiques de marché et de concurrence, anticiper davantage les besoins émergents des territoires, construire et proposer une offre d'hébergement variée.

Imaginer des parcours résidentiels diversifiés en intégrant la nécessité d'avoir des lieux d'accueil et de répit en cas d'événements entraînant des vulnérabilités parfois transitoires. Grâce à ces offres, renforcer ainsi l'attractivité des territoires.

Revaloriser les métiers du grand âge

Face à la pénurie de personnel et aux difficultés de recrutement, revalorisation des métiers pour augmenter leur attractivité : revalorisation salariale, mais également effort de formation initiale et continue.

Donner aux établissements davantage de moyens humains pour améliorer la qualité du lien, soignant/résident.

Se posera la question des impacts de l'augmentation du coût de journée et donc du reste à charge pour le résident.

²⁰ Cercle Vulnérabilités et Société – Préserver le libre choix de la personne vulnérable - Note de position décembre 2020

1.3. L'accueil du jeune enfant

L'accueil du jeune enfant, l'obtention d'une place dans un Etablissement d'Accueil du Jeune Enfant (EAJE) ou autres modes de garde peuvent-ils rentrer dans une logique de marchandisation de l'offre, quel impact pour les familles, quelle évolution des politiques publiques à venir dans ce domaine ? ou une autre question d'actualité qui peut être caricaturale : seules les crèches privées à but lucratif sont-elles capables à terme de répondre dans un délai court au déficit de places en mode de garde collectif du jeune enfant et ainsi mettre en œuvre une politique publique essentielle et vitale pour les familles ?

1.3.1. Ce que veut dire accueillir un enfant et sa famille et quels sont les engagements de la part des structures accueillantes ?

L'accueil d'un enfant se veut universel et inconditionnel, quel que soit son statut, s'il est porteur ou non de handicap et quel que soit la situation familiale et professionnelle de ses parents et du territoire où il vit.

Cette attention a été renforcée par l'adoption le 28 mars 2017 du Cadre National pour l'accueil du jeune enfant (Charte en 10 principes) proposé par Madame Laurence Rossignol et rendu dernièrement opposable à toute structure accueillant des jeunes enfants (article 99 loi ASAP décembre 2020) et par les conclusions récentes de la Mission 1 000 jours initiée par Adrien Taquet (septembre 2020)

Au-delà d'être un mode de garde, idéalement choisi par les parents, le rôle des EAJE est aussi déterminant dans l'accompagnement à la parentalité, c'est un lieu de prévention de l'exclusion sociale, un lieu qui initie le parcours de l'enfant et de sa famille et un lieu ancré et visible sur son territoire qui fait le lien avec les autres modes de garde en complémentarité et constitue une passerelle avec l'école maternelle du secteur.

La qualité de l'accueil du jeune enfant constitue bien sûr pour les enfants et leurs familles un service essentiel et pour notre société un bien universel, un service d'intérêt général, un enjeu majeur de cohésion sociale, d'inclusion pour tous et d'égalité des chances, un pari pour notre avenir commun ; à travers leurs projets d'établissement et leurs projets pédagogiques les structures concernées s'engagent à cette exigence de qualité et incitent les parents à prendre leur place dans la structure.

1.3.2. Etat des lieux :

Les Conventions d'Objectifs et de Gestion (COG), outils de contractualisation entre l'Etat et la Caisse nationale d'allocations familiales (CNAF) se succèdent (2013-2017, 2018-2022) et mettent en visibilité le déficit de places en crèches, en accueil individuel et en accueil préscolaire, déficit majoré par la crise sanitaire qui a déstabilisé l'accueil des jeunes enfants et forcé leurs parents à des modes d'organisation parfois précaires.

Le rapport du Haut Conseil de la famille, de l'enfance et de l'âge (HCFEA) - 10 avril 2018 - sur l'accueil des enfants de moins de 3 ans conclut en ce qui concerne l'évolution du nombre de places en EAJE créées lors de la COG (2013-2018) : « si le développement des places en EAJE s'est poursuivi, c'est à un rythme moins soutenu que celui prévu (62 % de l'objectif) en sachant que plus d'un tiers de ce développement (37%) tient à la création de micro-crèches majoritairement privées ; les interrogations portent sur les difficultés croissantes des communes à assumer la charge financière du fonctionnement des crèches existantes dans un contexte de pression forte sur leurs budgets ; pourtant c'est le mode d'accueil plébiscité par les familles » Le HCFEA souligne également que globalement l'offre d'accueil est inégale et plus efficiente dans les quartiers « aisés » que dans les quartiers où vivent des familles pauvres. Il est à noter que le nombre de places en micro-crèches financées par le Complément Mode de Garde (CMG) de la Prestation d'Accueil du Jeune Enfant (PAJE), prestation versée directement à la famille pratiquant des tarifs libres avec un plafond de 10 euros par heure de garde, est passé de 3 000 places en 2010 à 49 000 places en 2019.

Les jeunes parents interrogés à la naissance de leur enfant (740000 naissances en 2020) ont effectivement une préférence pour l'accueil collectif, 32 % espèrent pouvoir l'utiliser, 29% souhaitent garder leur enfant eux-mêmes, 23 % envisagent de faire appel à une assistante maternelle et 30 % n'expriment aucun souhait particulier.

Dans la réalité, 85 % des familles utilisent globalement le mode d'accueil souhaité, en notant néanmoins que seuls 49 % des parents désirant une place en EAJE peuvent recourir à ce mode d'accueil. Par ailleurs, 77 % des familles souhaitant une place en accueil individuel ont pu l'obtenir.

La satisfaction des parents vis-à-vis du mode d'accueil est plus marquée, 90 % des familles, quand les parents ont accédé à leur choix et de 73 % quand ces dernières n'ont pas pu recourir au mode de garde souhaité (source Observatoire National Accueil Petite Enfance (ONAPE 2020)).

L'enquête Filoue de la CNAF permet de donner un indicateur annuel de mesure du recours aux dispositifs de conciliation de toutes les familles qui complète l'enquête menée par la DRESS tous les 6-7ans sur les modes d'accueil du jeune enfant de moins de 3 ans de garde (enquête effectuée en 2020, publication à venir en 2021).

« En novembre 2018, 1,3 million de familles bénéficiaient d'au moins un dispositif de conciliation entre vie familiale et professionnelle pour leurs enfants de moins de 3 ans et 1,2 million n'en avaient aucun. Parmi celles recourant à un dispositif 636 400 familles avaient un enfant accueilli chez une assistante maternelle ou en garde à domicile (au moins une heure par mois), 548 900 avaient un enfant qui fréquentait une crèche (au moins une heure par mois) et 269 200 avait réduit ou cessé leur activité pour s'en occuper. Les familles actives ayant un emploi sont celles qui ont le plus souvent recours aux dispositifs de conciliation pour leurs enfants mais il est à souligner que 22% de familles non occupées utilisent un mode de garde ; au sein des EAJE il est à noter que les familles bi-actives y sont sur-représentées par rapport aux familles allocataires ayant un enfant de moins de 3 ans , alors que 48% des familles vivant sous le seuil de pauvreté, alors qu'elles représentent 30% du total des familles, ne recourent à aucun mode de garde et que leur choix se porte majoritairement sur un mode de garde collectif » (source publication CNAF e-ssentiel n°199).

1.3.3. Comment développer des structures d'accueil du jeune enfant, quels leviers pour optimiser leur développement en préservant au mieux la qualité de l'accueil ?

En 2001, le gouvernement a promu une politique volontariste de création de modes d'accueil et de nombreux plans d'investissement se sont succédés. Ils sont à ce jour au cœur des COG signées entre l'Etat et la CNAF.

Au fil des années un certain nombre d'actions ont été développées pour stimuler la création de places, prioriser l'implantation sur des territoires démunis ou permettre l'accessibilité de publics vulnérables (enfant porteur de handicap ou enfant de familles pauvres).

L'un des premiers leviers a été en 2003, Christian Jacob était alors ministre de la Famille, de diversifier les acteurs et d'ouvrir au secteur privé lucratif la possibilité de créer des entreprises de crèches et aux entreprises de réserver de berceaux dans les structures d'accueil en bénéficiant d'un Crédit d'impôt Famille (CIF), selon la Fédération Française des Entreprises de Crèches (FFEC), ses adhérents représentent à ce jour 49 000 places, 20 000 salariés et 1 900 structures.

La création des Maisons d'Assistantes Maternelles (MAM) en juin 2010 qui permet dans un lieu partagé par plusieurs assistantes maternelles d'accueillir des enfants avait également pour ambition d'augmenter le nombre de places d'accueil en particulier dans le milieu rural, de pouvoir répondre aux demandes d'horaires atypiques et de rendre plus attractif le métier d'assistante maternelle. A ce jour, les MAM peuvent accueillir 6 assistantes maternelles dont 4 simultanément et 20 enfants au maximum, ce qui questionne sur le statut individuel du mode de garde en MAM surtout que depuis mars 2021 les MAM sont éligibles au Plan Crèche.

Le deuxième levier a été de soutenir et de renforcer l'offre d'accueil dans les territoires peu équipés en créant des bonus « Territoires » permettant des compléments de financement à la création de places de crèche, et de pouvoir rendre plus accessible les structures aux enfants porteurs de handicap et aux enfants pauvres par des bonus (Handicap et Mixité), modalités d'intervention réservées aux structures financées par la PSU (Prestation Service Unique) appliquant une grille tarifaire en fonction du revenu des familles. La CNAF a également lancé un Plan Rebond pour les crèches début 2021 incitant la création de places nouvelles par des aides renouvelées et a permis également de soutenir efficacement les structures d'accueil pendant la crise sanitaire.

Le troisième levier a été celui de la simplification de la PSU demandée par les gestionnaires de structures en particulier les collectivités qui évoquaient ce point comme l'un des freins à la création de places nouvelles.

Le quatrième levier s'est articulé autour de la Délégation de Service Public, dont l'un des objectifs attendus était de multiplier les places dans les communes en soulageant les collectivités de la gestion des structures en particulier la gestion des ressources humaines et en assurant à la collectivité une prévisibilité des dépenses à moyen terme dans un cadre budgétaire contraint. Les élus restent maîtres du cahier de charges de la délégation, participent généralement à la commission d'attribution de places. Certaines entreprises de crèche y ont vu l'opportunité de s'implanter sur des territoires sans mobiliser de capital, alors que certaines associations ont dénoncé une dérive possible où les parents ne seraient que consommateurs d'un service et ont dû se mobiliser et se réorganiser pour répondre aux appels d'offre pour maintenir l'offre associative et parfois se retrouver en concurrence avec des opérateurs privés lucratifs mais également avec d'autres acteurs associatifs. (Source Dossier d'Etudes CNAF n°165 juillet 2013 Les délégations de service public dans le secteur de la petite enfance par Bruno.Johannes).

Le levier le plus récent est d'ordre législatif et réglementaire : une ordonnance prise dans le cadre de la loi ASAP (Accélération et Simplification de l'Action Publique) promulguée le 7 décembre 2020 concerne l'article 99 relatif aux services aux familles. Cette ordonnance permet de renforcer la gouvernance de services aux familles en particulier un rôle de suivi au Comité Départemental de Services aux Familles, de définir les missions et l'accessibilité des services aux familles, d'améliorer la sécurité et la qualité des modes d'accueil et de soutenir les assistant(e)s maternel(le)s. Cette ordonnance a suscité de nombreuses réactions en particulier celles du Collectif « Pas de bébés à la consigne » qui dénoncent entre autre, une baisse de qualité attendue au vu de la possible sur-occupation des structures à 115 %, de la modification du taux d'encadrement des enfants et de l'obligation réduite de qualification du personnel.

Pour conclure ce point, il est important de souligner que la question du coût (investissement et fonctionnement) des modes de garde a été longtemps interrogée et analysée, puisque cette question pouvait constituer un frein à la création de nouvelles places. La CNAF a publié en 2016 (e-ssentiel n°163) un rapport sur les coûts de fonctionnement des crèches afin d'en mieux comprendre les déterminants. La masse salariale représente le premier poste de dépenses soit 75 % en soulignant néanmoins qu'il existe une moindre qualification du personnel encadrant les enfants dans les crèches du secteur privé lucratif. D'autre part, le rapport souligne trois variables qui ont un impact sur le coût horaire de fonctionnement, le statut juridique de la structure (publique, associative ou privée lucrative), le taux d'occupation réel de la structure et l'externalisation de certaines charges (repas, entretien de locaux), pratique plus répandue dans le secteur privé lucratif. Les coûts constatés lors de cette étude montrent des coûts horaires diversifiés en fonction du statut de la structure : 9,25 euros pour les crèches associatives, 10,64 euros pour les crèches publiques en soulignant le fait que la complétude des charges n'est pas forcément affectée à la structure concernée et 11,54 euros pour les structures privées lucratives ce qui a suscité de la part du secteur marchand la mise en place d'une enquête contradictoire. Il faut effectivement être prudent dans cet exercice de comparaison car les prix de revient ne sont pas directement comparables en particulier sur la ventilation des frais de siège par exemple et que le secteur privé lucratif et associatif présentent en général des modalités plus efficaces en terme de gestion et d'occupation des places.

En Juin 2017, l'IGAS et l'IGF publient un rapport sur la politique d'accueil du jeune enfant, revues de dépenses et pointent quelques éléments notables : « la diversité des modes de garde, de leur organisation et de leur financement est la source d'inégalités conséquentes entre les familles et entre les modes d'accueil le reste à charge (RAC) est très différencié » et la mission recommande de rapprocher les RAC quelque soient les modes de garde, de revoir les barèmes de participation des parents dans les structures PSU et de limiter les RAC pour les parents dans les structures privées mode PAJE. Le rapport constate également que le développement du marché des crèches privées depuis une dizaine d'années constitue une évolution utile dans un contexte de demandes insatisfaites des parents; les micro-crèches PAJE ont été effectivement à l'origine d'une part croissante des créations de places mais toutefois les dispositifs font apparaître un sur-calibrage des financements publics en particulier pour les structures faisant appel à des entreprises réservataires.

La structure des coûts des modes de garde est effectivement complexe et les financeurs sont multiples et de statuts différents : les prestations PSU et CMG, la participation des collectivités territoriales avec la possibilité pour ces dernières de contractualiser un CEJ (contrat Enfance Jeunesse) avec la CAF, la participation des familles, les crédits d'impôts qu'ils soient en direction des familles (frais de garde) ou en direction des entreprises (Crédit Impôt Famille) lorsque ces dernières sont réservataires de places, la liste n'est pas exhaustive mais confirme la complexité d'approcher cette question et incite néanmoins à suivre les dépenses publiques de ce secteur qui reste une politique essentielle d'intérêt général et d'en évaluer à long terme les impacts sur les enfants, leurs parents et sur l'attractivité des territoires et à considérer cet investissement comme un investissement social dont il faudrait à terme clarifier les objectifs.

1.3.4. Les enjeux d'un politique publique essentielle pour les familles, vitale pour les territoires

La politique d'accueil du jeune enfant est une politique qui promeut une offre d'accueil diversifiée en espérant que cette offre puisse satisfaire au mieux les besoins et les attentes des familles et aussi de favoriser le libre choix ce qui aujourd'hui n'est pas effectif puisque toutes les familles ne peuvent accéder au mode de garde choisi pour leur enfant, tendance confirmée par les refus enregistrés dans les commissions d'attribution de places de crèches qui constituent dans chaque territoire un outil d'observation des besoins des modes de garde collective.

Le droit opposable qui propose que chaque enfant puisse être accueilli en proximité de son domicile, est-ce soutenable pour des finances publiques ? Le sociologue Julien Damon esquisse une réponse pertinente dans un article des Echos du 18 Août 2008 : « tous ces droits opposables créés, envisagés ou rêvés témoignent de la propension à l'inflation juridique dans le domaine social. Il est à bien des égards justifié de s'opposer à l'opposabilité. Pour autant il y a quelque chose de très sérieux dans cette idée et ce principe. Au-delà de l'effectivité et de la justiciabilité d'un droit subjectif (attaché à une personne) il s'agit avec l'opposabilité de conférer aux politiques publiques un objectif de résultat et non seulement de moyens ». Il souligne également la nécessité de construire les voies de recours et des modes d'organisations adaptées et de trouver les financements dont l'unité de compte d'après lui, sur la question de l'accueil du jeune enfant, représente un point de PIB.

L'offre d'accueil du jeune relève-t-il donc d'un Service Public de la Petite Enfance, revendication déjà ancienne de certains qui pourrait garantir à tous la continuité du service, l'égalité des usagers, une accessibilité facilitée qu'elle soit financière, territoriale, organisationnelle et technique (service d'intérêt général) et un principe de mutabilité qui engage les acteurs du service public à adapter l'offre en fonction du besoin des personnes concernées.

Développer de modes de garde sur sa commune reste un slogan de campagne pour les candidats aux municipales pour attirer de jeunes familles, cela reste également un facteur de choix d'implantation des entreprises sur les territoires et un levier de fidélisation de leurs salariés.

L'implantation de structures d'accueil du jeune enfant, quel que soit leur mode de gestion est soumise à l'autorisation du maire ou de la communauté de communes si elle détient la compétence Petite Enfance, sans oublier évidemment la réglementation de la Protection Infantile et Maternelle qui jusqu'à maintenant délivre les autorisations d'ouverture.

Pour renforcer la création de lieux d'accueil dans les communes dépourvues de structures ou sous-dotées ont été généralisés en 2015 les Schémas Départementaux de Services aux Familles (SDSF) sous l'autorité du préfet, entouré du (de la) président(e) du Conseil Départemental et du (de la) président(e) de la CAF permettant de partager avec les parties prenantes un diagnostic de territoire et de fixer les priorités d'implantation des structures sur le département. Néanmoins il faut souligner que les axes de développement des EAJE du SDFS ne sont pas opposables et que les communes gardent le libre choix de leur politique même si l'ordonnance sus-citée (article 99 de la loi ASAP) renforce le rôle des Comités Départementaux de Services aux Familles dans une mission appuyée de suivi et d'évaluation. Ces schémas ne peuvent pas exercer une fonction de régulation de l'offre dans certains territoires où la création de micro-crèches privées lucratives peut mettre en péril le fonctionnement des structures existantes en créant une concurrence active. Il est à noter également que la Caisse Nationale d'Allocations Familiales a inscrit dans la Convention d'Objectifs et de Gestion en cours, convention signée avec l'Etat, la possibilité de signer des Conventions Territoriales Globales (CTG) sur les territoires infra-départementaux ou départementaux permettant de co-construire avec les parties prenantes une offre d'accueil du jeune enfant diversifiée, cohérente et accessible.

Pour clore ce point sur la construction des politiques publiques d'intérêt général qu'elle soient nationales ou qu'elles se déclinent localement, ces politiques ont un impact puissant sur le développement des territoires, puisqu'au-delà de l'implantation de structures d'accueil du jeune enfant sont questionnées globalement la qualité et l'accessibilité des services proposés aux familles du territoire, en espérant que ces dernières puissent être consultées et prendre part aux débats publics sur ces questions d'aménagement.

1.3.5. En conclusion : quelles pistes de travail pour avancer ...

Il est intéressant d'envisager à terme une harmonisation des restes à charge (RAC) entre mode d'accueil individuel et collectif, ce qui aurait pour conséquence de modifier concomitamment les hausses du barème des participations familiales et les modalités de calcul du Complément Mode de Garde (CMG) pour que les pouvoirs publics puissent garantir aux familles des restes à charge (RAC) équivalents, que leur enfant soit accueilli en crèche ou chez une assistante maternelle.

La reconnaissance des professionnels(les) de la petite enfance dans un contexte où les métiers du CARE ont une place essentielle, malgré cela, l'attractivité de ces métiers est en baisse et le turn-over dans les structure croissant ; cela passe par une revalorisation salariale, un plan de formation continue et des temps d'échanges de pratiques, ce qui va avoir indéniablement un impact sur le coût des structures.

Les politiques publiques de création de services aux familles se construisent au plus près de potentiels bénéficiaires, dans la proximité du quotidien de vie. La durabilité des structures s'inscrit dans un travail de partenariat et de recherche de complémentarité et de pluralité de modes d'accueil sur un territoire et peut proposer, dans l'optique du bien-être de l'enfant et de ses parents, des possibilités d'accueil hybride entre différents modes de garde pouvant répondre à des besoins spécifiques (horaires atypiques , recherche d'emploi etc ...) et ainsi inciter les parents à recourir plus fréquemment à un mode garde pour leurs jeunes enfants et mieux concilier vie familiale et vie professionnelle et vie sociale.

L'offre d'accueil de la petite enfance sur un territoire doit être visible et attractive pour les parents qui sont parfois très éloignés de l'emploi, en situation d'exclusion sociale et ne s'autorisant pas à solliciter un mode de garde. L'enjeu pour ces enfants et leurs parents est de leur proposer un parcours d'accompagnement jusqu'à l'école, les structures d'accueil de la petite enfance quel que soit leur statut constituant la première étape de l'inclusion.

La concrétisation des politiques publiques est soumise à des agendas politiques et/ou institutionnels qui ne sont pas forcément synchronisés et peuvent ralentir l'émergence de projets.

D'autre part, ce temps de l'enfance est un temps court au regard de ces agendas et il est fondamental d'anticiper dans les territoires les besoins prévisibles en équipements pour répondre au mieux aux besoins des familles²¹.

1.4. Le secteur du Tourisme Social et Solidaire

Le secteur du tourisme social et solidaire regroupe les acteurs touristiques qui proposent à la vente des séjours et des voyages ouverts à tous dans des secteurs très divers : villages clubs de vacances, colonies de vacances, séjours linguistiques, auberges de jeunesse, voyagistes solidaires, organisateurs de séjours adaptés pour personnes en situation de handicap...

Cela représente plus de 1 500 établissements, des centaines d'associations de toutes tailles, des milliers de salariés et de bénévoles, qui accueillent 6 millions de vacanciers chaque année. Souvent issues de l'histoire des grandes avancées sociales et des congés payés, les structures nationales et locales partagent la conviction que les vacances ont une véritable utilité sociale, en tant qu'outil permettant la construction et le plein exercice de la citoyenneté dans l'esprit de l'article 140 de la loi de 1998 de lutte contre les exclusions.

Il s'agit donc d'opérateurs économiques intervenant dans le champ du tourisme et des vacances qui disposent de certaines particularités. D'une part, le choix de l'Économie Sociale et Solidaire, au travers d'un modèle non-lucratif et d'une gestion désintéressée, majoritairement sous un statut associatif. D'autre part, un engagement particulier en faveur du droit aux vacances qui peut se traduire par la mise en place d'une tarification spécifique (en fonction du quotient familial par exemple) et par la participation aux différents programmes sociaux proposés par l'Agence Nationale du Chèque Vacances, les Caisses d'Allocations Familiales et les collectivités locales notamment.

L'histoire et les projets des opérateurs du Tourisme Social et Solidaire les conduisent également à participer activement à l'aménagement du territoire. C'est notamment le cas des stations touristiques du littoral et de montagne qui se sont développées avec le départ en vacances des Français et en accueillant des colonies de vacances. Aujourd'hui encore, 50% des établissements sont situés dans des communes de moins de 3 500 habitants. Ils y représentent le plus souvent un pôle d'attractivité économique et un levier de développement touristique. En effet, le lien durable avec les territoires se traduit par la recherche d'une ouverture la plus longue possible au cours de l'année en accueillant des publics différents en fonction des saisons et en sortant d'un modèle qui se concentre sur les deux principaux mois de l'été, pour créer plus de valeurs en termes d'emplois et d'économie locale.

Les acteurs du Tourisme Social et Solidaire développent donc des modèles le plus souvent hybrides, qui répondent à un objet social fort – le droit aux vacances pour tous – tout en supportant la grande concurrence du secteur du tourisme, y compris avec des opérateurs n'ayant fait le choix ni de l'ESS, ni des vacances pour tous, ni du développement local. Ainsi, ils peuvent se trouver fragiliser par l'ouverture à la concurrence de certains champs d'activités, ainsi que par des « choix » contrariant leur objet fondamental.

Environ la moitié des établissements sont encore aujourd'hui la propriété des opérateurs du secteur, ce qui constitue une particularité dans le secteur du tourisme où la tendance générale est à une stricte séparation du patrimoine et de la gestion. Toutefois, du fait de leur histoire très particulière et ancienne, les établissements sont très souvent situés dans des zones à fort potentiel touristique et disposent d'emplacements de grande qualité.

²¹ Quelques références bibliographiques pour aller plus loin :

1/ Cadre National pour l'Accueil du Jeune Enfant 28 avril 2017 site du Ministère des Solidarités et de la Santé

2/ loi ASAP publication au JO le 8 décembre 2020

3/ Mission 1000 jours Adrien Taquet secrétaire d'Etat en charge de l'enfance et des familles

4/ Convention d'Objectifs et de Gestion 2018-2022 site caf.fr

5/ rapport HCFEA : Accueil des enfants de moins de 3 ans adopté le 10 avril 2018

6/ ONAPE rapport 2020 site caf.fr

7/ e-essentiel n°199 et n°163 site caf.fr

8/ Dossier d'études CNAF n° 165 juillet 2013 : les DSP dans le secteur de la petite enfance B.Johannes

9/ Revues de dépenses juin 2017 : la politique d'accueil du jeune enfant IGAS-IGF juin 2017

10/ article Les Echos 18 août 2008 Julien Damon « la mode du droit opposable »

11/ Guide d'élaboration des Schémas Départementaux de Services aux Familles DGCS juin 2015

Ce patrimoine représente donc un enjeu de taille, car il nécessite des investissements lourds et réguliers, sans lesquels la destination ne serait plus accessible au plus grand nombre, tout en étant l'objet de grandes convoitises dans le cadre de la concurrence entre opérateurs en général. C'est ainsi que, sous la pression d'investisseurs bancaires et financiers indispensables, le choix peut être fait de scinder le patrimoine de la gestion ou de se séparer et céder des établissements.

Dans le secteur des villages vacances et des auberges de jeunesse, historiquement portés par les associations, ces choix ont pu être poussés par la Caisse des Dépôts et des investisseurs privés qui privilégient la « montée en gamme », parfois au détriment des projets associatifs et locaux. Ainsi, lors de la scission en 2001 du groupe associatif VVF (Villages Vacances Familles), VVF Villages a conservé un format associatif et Belambra Clubs est devenue une société commerciale hors du Tourisme Social et Solidaire. Ce changement de statut a été accompagné d'une hausse des tarifs de 15% dans le cadre de la nouvelle entité commerciale.

Dans un autre registre, les plateformes en ligne se sont rendues indispensables auprès des professionnels du tourisme, notamment les hébergeurs qui y trouvent d'importants canaux de réservation. Toutefois, cela a plusieurs conséquences importantes pour le secteur. D'une part, les commissions retenues sont conséquentes (au moins 15%), appauvrissent les entreprises et les baisses de tarifs ne sont qu'une illusion pour les clients usagers. D'autre part, les associations qui souhaiteraient proposer leurs hébergements à la vente sur ces plateformes sont obligatoirement conduites à « se fiscaliser ». Ainsi ce choix, qui devrait être guidé par le modèle économique et le projet associatif, est alors contraint par un système souffrant d'une faible régulation.

Tout cela ne serait « pas si grave » si la principale conséquence ne portait pas sur le droit aux vacances. En effet, le principal risque contre lequel doivent se battre les opérateurs du Tourisme Social et Solidaire est l'éviction de publics entiers de l'accès aux vacances et aux loisirs.

Dans une note publiée en 2019 intitulée « Les Français et les vacances, quelles inégalités ? », l'Union Nationale des Associations de Tourisme et de plein air (UNAT) et la Fondation Jean Jaurès mettaient en avant que, au cours des 5 dernières années, deux tiers des Français déclaraient avoir été contraints de renoncer à partir en vacances pour des raisons financières. Ce renoncement constituant la norme dans les milieux modestes et pauvres (50%), étant presque majoritaire (48%) au sein de la classe moyenne inférieure, tandis qu'il était minoritaire (21%) parmi les classes moyennes supérieures.

1.5. L'exemple de l'éducation populaire, des centres de vacances et de loisirs

Nés pendant le front populaire et agréés dès 1943 par ordonnance, les mouvements d'éducation populaire, s'appuyant sur des fondements idéologiques et des valeurs éducatives affirmées, se sont construits au fil du temps pour devenir les acteurs incontournables de l'animation, de la jeunesse et plus généralement de l'accompagnement social des populations.

Forte de valeurs éducatives et pédagogiques, puisant sa légitimité dans la recherche et l'application de nouvelles méthodes d'éducation, l'éducation populaire a offert naturellement une alternative aux collectivités comme aux comités d'entreprises dans la possibilité de déléguer la gestion de leur centre de loisirs ou leurs centres de vacances lorsqu'ils ne souhaitaient plus les gérer en interne.

C'est ainsi que le caractère sanitaire et social du centre de vacances s'effaça peu à peu au profit de séjours à thèmes et que les centres aérés devinrent des accueils de loisirs sans hébergement.

Si le débat n'est pas d'être pour ou contre l'externalisation de ce type de service, l'évolution du code des marchés publics a modifié considérablement l'ensemble de ce secteur.

D'un mode de contractualisation basé exclusivement sur une convention d'objectif ouvrant droit à une subvention puis l'introduction de l'article 30 dès les années 2000 autorisant les collectivités à passer un

marché sans mise en concurrence, pour enfin obliger la commande publique à mettre en concurrence, toutes ces modifications auront sonné le glas de ce partenariat privilégié et auront semées le trouble au sein d'un secteur, pas du tout préparé à ce changement.

D'association partenaires au sein du CNAJEP et autres instances représentatives, voilà ces associations de l'Educ Pop devenue concurrentes pour survivre !

Et le « Mieux disant » direz-vous ?

Certes utilisés en un premier temps parce que le contexte économique le permettait encore, les critères d'attribution des marchés ont progressivement évolué du 60/40% en faveur du projet éducatif et pédagogique présentés à 60/40% en faveur de l'offre économiquement la plus avantageuse.

On peut considérer encore aujourd'hui que malgré de changements de paradigme, les usagers continuent à avoir accès au service mais quid de la qualité d'un accueil collectif de mineurs quel qu'il soit sans véritable fondement éducatif et sans une forme de militantisme pédagogique.

Les premières victimes de ce nouveau contexte en sont les salariés, protégés par l'application de l'article 1224-1 du code du travail en cas de changement de gestionnaire mais pour lesquels le principe d'adhésion à un projet associatif s'efface face au maintien dans un emploi le plus souvent précaire et à temps partiel.

Eléments de conclusion

Utilisation des outils comptables :

La nouvelle réglementation comptable (règlements 2018-06 et 2019-04 complétés par le règlement 2020-08) a intégré les spécificités des associations dans le plan comptable 2014-03 applicable à toutes les sociétés, impliquant une normalisation qui pourrait ramener les associations à des entreprises sans considérer leurs caractéristiques d'intérêt général.

Cela développe le risque qu'elles soient assimilées à des entreprises et que les statistiques, les indicateurs, par exemple le nombre de personnes réinsérées, ne représentent pas la qualité du travail réalisé. En effet, il est beaucoup plus long de réinsérer une personne très éloignée de l'emploi et ne met pas en avant la qualité de service rendu.

Le compte de résultat par nature ne permet pas de présenter les actions menées pour remplir la mission sociale de l'association. Il ne répond pas à la transparence financière souhaitée pour comprendre d'où viennent les ressources et surtout comment elles sont utilisées pour remplir la mission sociale. La présentation des charges par nature n'éclaire pas la compréhension de la gestion de l'association. Ce n'est pas le résultat d'exploitation, ni le résultat financier ou exceptionnel qui permettent de bien comprendre la façon dont la mission sociale est remplie.

Dans ce contexte, il est à noter que la présentation, en pied du compte de résultat par nature, des contributions volontaires en nature permet de mettre en valeur des éléments pouvant être essentiels à la mission sociale de l'association. Grâce à ces contributions, le véritable poids socio-économique de chaque association est présenté. De très nombreuses associations ont peu de ressources financières et peuvent faire comprendre l'enjeu de leurs actions grâce au bénévolat et/ou aux autres contributions volontaires en nature.

La présentation de l'intérêt général de l'association et de son utilité sociale n'est pas vraiment compréhensible au regard de ce seul compte de résultat par nature. Si le résultat d'une société est un élément important pour un actionnaire, c'est la valeur socio-économique d'une association et son intérêt général qui est à mettre en avant dans toutes les statistiques de la vie économique.

Pour aller plus loin, mentionnons le compte de résultat par origine et par destination. C'est un document devant être réalisé et inséré dans l'annexe aux comptes par les organismes faisant appel à la générosité publique et dépassant un seuil financier de ressources de générosité (153 000€ en 2020). Ce document permet de présenter les ressources par origine et leur utilisation en fonction des missions remplies. C'est un véritable document de transparence financière et de présentation des actions menées au service de la mission sociale, d'où son utilité en termes de présentation du poids socio-économique des organismes tenus de le remplir.

Sans rendre ce document obligatoire à toutes structures, il serait important de le promouvoir en mettant en avant tout son intérêt dans la compréhension des valeurs économiques déployées dans la vie associative. Les contributions volontaires en nature étant présentées elles aussi sous cette même forme, la transparence financière est ainsi bien réalisée et permet de mettre en avant la valeur socio-économique et l'intérêt général mis en œuvre par les associations.

C'est donc ce compte de résultat par origine et par destination qu'il est nécessaire de promouvoir dans toutes les structures statistiques économiques.

Financiarisation par les outils de gestion et financiarisation des outils de gestion

Les outils de gestion des entreprises, souvent rendus obligatoires sous forme de normes, indicateurs, systèmes comptables, modalités d'organisation interne, mais aussi de principes financiers, fiscaux... se sont progressivement étendus depuis le milieu des années 1980 à tout type d'organisation ayant une activité économique²². Leur influence est largement documentée par la recherche (sociologie des outils de gestion, Chiapello), de même que l'importance des outils dans les réseaux (sociologie de la traduction, Callon/Latour/Akrich). Leur rôle reste pour autant souvent invisible ou impensé par les acteurs, en tous cas difficile à identifier et maîtriser.

Les associations, comme les coopératives, et les mutuelles, organisations a-capitalistes, ont recours à des systèmes de comptabilité, de rapport à la commande publique, de conduite de projet et, plus récemment, de « mesure d'impact social » qui interrogent leurs spécificités : leurs rapports à l'humain, au collectif, à l'intérêt général, à la prise en compte des générations futures, à la propriété collective et patrimoine inaliénable... Les phénomènes de marchandisation et de financiarisation par les outils de gestion sont extrêmement puissants.

Dans une société où co-existent plusieurs modèles d'intégration économique (Polanyi), mais dominée par le principe de marché, l'histoire de l'économie sociale et solidaire éclaire utilement la pression vers l'isomorphisme exercée par les outils de gestion. En contrepartie de la reconnaissance de leurs interventions économiques il y a 40 ans, on a imposé aux associations des normes qui ont fini :

- par les banaliser : les outils et modes de gestion dans lesquels les associations doivent s'insérer, à l'instar des autres modes d'organisation, sont justement ceux qui réduisent la dimension humaine dans l'organisation de l'entreprise, réduction qu'on dénonce par ailleurs. On tue donc d'un côté les spécificités que l'on vante de l'autre, sans interroger la pertinence du cadre de référence,
- par évincer insidieusement les activités non lucratives d'un champ économique régi par le principe de la concurrence, au motif tantôt d'une illégitimité au regard des règles de ladite concurrence, tantôt en arguant du fait qu'il n'y aurait plus de frontières entre les différents modèles d'organisations économiques ; on pourrait donc adopter des politiques publiques identiques quels que soient les opérateurs, lucratifs ou non, et ouvrir les soutiens publics, directs et indirects, à toutes les organisations dès lors qu'elles ont des objectifs et/ou des impacts sociaux,
- par les soumettre à l'impensé de la financiarisation par des outils de gestion présentés comme neutres ou comme inéluctables.

Comme le démontre finement et rigoureusement Eve Chiapello, la financiarisation du monde repose sur des processus longs et minutieux, consistant à transformer des « choses qui ont de la valeur » en « choses dans lesquelles on peut investir » (Chiapello, 2017, 2018). Dans les domaines qui, jusqu'à une période récente, échappaient à l'approche financière (environnement, social, culture, politiques publiques), la financiarisation procède à une individualisation des « choses » du monde (la nature, l'humain, la vie collective, la biodiversité...) pour pouvoir les échanger. Ce phénomène concerne très étroitement les associations, leur mode d'organisation interne comme leurs activités.

En effet, dans des domaines qui échappaient à l'approche financière (environnement, social, culture, politiques publiques, autant de domaines d'activités des associations) on procède à :

- une individualisation des choses du monde : la nature, l'humain, la vie collective, la biodiversité (exemple : les services rendus par la nature) ; on trouve une chose délimitée (= un impact), une valeur, estimée à partir de rendements futurs estimés, pour entrer dans des raisonnements coûts/bénéfices ;

²² Extension du plan comptable de 1982 aux associations, puis loi de 1984 étendant aux associations ayant une activité économique les règles de la faillite.

- l'attribution d'une valeur financière à ces choses/objets : on quantifie (ce qui suppose d'explicitier, de définir, de convenir, grâce à des expertises spécialisées, par exemple services rendus par la nature, SROI²³) ;
- la création de titres correspondant à ces valeurs et de marchés pour organiser leurs achats et ventes : on met une valeur économique qui permet de structurer les flux monétaires grâce à une ingénierie complexe. On crée des titres, des marchés financiers (droits à polluer, crédit carbone) avec l'aide de l'Etat (fiscalité incitative).

Les acteurs se financiarisent eux-mêmes et ils financiarisent le futur, en fonction du taux d'actualisation²⁴. C'est aussi dans ce but que, avec plus ou moins de clairvoyance et de bonne foi, des financiers réformateurs travaillent avec les acteurs sociaux pour qualifier les choses et leurs externalités, leur donner une valeur financière et créer les outils de gestion nécessaires (normes, indicateurs, systèmes comptables, principes financiers, fiscaux...).

Le HCVA préconise donc de :

- analyser l'influence des outils de gestion sur les finalités et les modes d'organisation des associations,
- mettre en débat les outils et les conventions, y compris les statistiques,
- dégager des pistes pour des outils spécifiques permettant de lutter contre la prégnance des outils dominants qui sont autant d'armes concurrentielles au service des organisations capitalistes.

²³ Social Return On investment

²⁴ l'actualisation consiste à estimer le pouvoir d'achat que procurera la valeur d'un bien dans le futur

Chapitre II

Quelle place pour une économie mixte dans l'ordre concurrentiel européen ?²⁵

L'application des règles de concurrence aux associations peut-elle conduire à mettre en péril l'économie générale du secteur et sa capacité de prendre en charge des missions relevant de tâches d'intérêt général que le marché ne prend et ne prendra pas à sa charge faute de perspective de rentabilité ?

Les stratégies d'écrémage menées par les entreprises privées – qui concentreraient leurs offres sur les seuls segments profitables – déstabiliseraient en d'autres termes le modèle économique du tissu associatif qui repose de facto sur des subventions croisées entre segments « rentables » et « non rentables ». La « spécialisation contrainte » déstabiliserait l'économie générale des associations. Le déséquilibre qui pourrait en résulter supposerait que l'Etat reprenne à sa charge les secondes tâches. Un tel transfert serait néanmoins illusoire en regard de la limitation de ses capacités humaines et de ses capacités budgétaires.

Ce chapitre porte donc sur les conséquences des règles de concurrence de l'U.E. sur la pérennité de l'intervention du secteur associatif dans ce qui est considéré comme une activité économique. Elle s'inscrit en complémentarité avec celle de 2015 qui portait sur l'intérêt général. Elle pose la question de l'espace de légitimité d'une intervention dans l'économie qui échapperait à la gouvernance de marché.

Elle s'articule avec plusieurs corpus de littérature interrogeant la place et le rôle des règles de concurrence européenne dans la structuration de notre économie. Cette littérature est illustrée par exemple en droit par les travaux d'Alain Supiot, en économie par ceux de Robert Salais, en histoire par ceux de Laurent Warloutet et en sociologie et sciences politiques par ceux de Sebastian Billow, Lola Avril, Julie Bailleul, Antoine Vauchez ou encore Mélanie Vay. Cette contribution doit d'ailleurs beaucoup à l'article publié par cette dernière dans la *Revue française de sciences politiques* en 2019. Sa contribution traite du cas des services d'intérêts économiques général mais la liaison avec notre question est particulièrement aisée.

Le point de départ de l'analyse tient au primat actuel des règles de concurrence qui découle du TFUE (et donc du Traité de Rome de 1957). Comme a pu le souligner Robert Salais dans son ouvrage de 2013 et ses articles de 2015, loin d'avoir donné lieu à un modèle d'action publique subsidiaire, la construction européenne a abouti à la mise en œuvre d'une convention de l'Etat absent qui est de fait le symétrique de la convention de l'Etat extérieur. Cette dernière voyait dans l'Etat la seule instance à même de définir l'intérêt général et de l'imposer aux intérêts particuliers. A ce despotisme éclairé de l'Etat succède celui du marché de concurrence pure et parfaite. De la libre confrontation des intérêts particuliers résulte l'intérêt général. A ceci près que *laissez faire* propre au libéralisme classique ne saurait prévaloir si les marchés ne préexistent pas. D'où la situation décrite par Robert Salais : l'Etat absent n'est pas l'Etat qui n'intervient pas. C'est au contraire un Etat qui est des plus actifs pour s'absenter du marché. Il s'agit de construire des marchés pour pouvoir réduire le périmètre de l'Etat.

La même idée se retrouve sous la plume de Jean-Luc Gaffard (2020) : « Ce qui signifie que l'Etat doit répondre aux défaillances des marchés, mais en étant organisé de manière à en mimer le fonctionnement. De quelque manière c'est à un effacement de l'Etat dans sa spécificité propre que l'on est ainsi convié. On attend de lui d'être un paragon de vertu, la vertu que permettrait d'atteindre un marché libre s'il pouvait exister ». L'intervention publique doit compléter le marché en conduisant aux allocations de ressources dans l'économie qui auraient procédé d'une concurrence parfaite si celle-ci avait été possible. Il s'agit à la fois de protéger la concurrence contre les firmes mais également contre des interventions publiques discrétionnaires même si celles-ci procédaient de choix démocratiques. D'où l'idée de constitutionnaliser les règles de concurrence et les confier à des instances indépendantes : « L'objectif est, certes, de contrarier des intérêts corporatistes, mais aussi et surtout de s'émanciper des injonctions de l'électeur mal informé des données de la science économique sinon malintentionné. La tâche est confiée à des autorités administratives indépendantes de manière à faire pièce aux défaillances de l'Etat présumé prisonnier d'intérêts particuliers, dont l'indépendance est censée résulter de leur expertise [...] » (Gaffard, 2020).

Nous retrouvons ici les logiques décrites dès la fin des années 1990 par Deakin et Pratten : le marché est théoriquement, dans des termes hayékiens, un ordre spontané mais il s'avère, dans le cadre des lois de libéralisation, être une institution construite par des règles d'organisations et imposée aux acteurs. La libéralisation n'est pas une dé-réglementation. Elle s'avère une re-réglementation des plus lourdes, des plus intrusives et des plus pérennes. L'Etat libéralisateur est souvent confronté à une situation proche du mythe de Sisyphe : il doit construire des marchés *ex nihilo* pour rendre possible le fonctionnement d'un marché qu'il a précédemment créé. Le cas des marchés de l'énergie avec les marchés du CO₂ et les marchés de capacités sont exemplaires de cette situation.

Il s'agit donc d'une convention de l'Etat qui repose comme l'écrit Robert Salais sur un projet prométhéen de planification d'un marché parfait. L'optimum n'est plus réputé atteignable par le calcul économique centralisé mais l'action publique peut confier cette tâche à la main invisible du moment où elle construit institutionnellement les marchés qui sont nécessaires et qu'elle y garantit une concurrence libre et non faussée. La rupture avec le modèle technocratique étatique initial n'est qu'apparente.

Dans les travaux de Maurice Allais des années 1940, ce dernier distinguait deux secteurs dans l'économie : le différencié (où les rendements sont décroissants et donc pour lesquels il n'y a pas de défaillance de marché) sur le lequel les règles de concurrence doivent jouer et l'indifférencié (à rendements croissants conduisant donc à des monopoles naturels) pour lequel une intervention publique est nécessaire (Marty, 2002). Elle est cependant nécessaire qu'à titre « subsidiaire ». Elle n'a pas de légitimité en elle-même si ce n'est de pallier la défaillance du marché. Elle doit de surcroît produire les signaux qu'aurait pu donner le marché s'il avait pu fonctionner (cf. la théorie de la tarification au coût marginal). Cette approche – des années quarante – participait d'un principe sous-jacent : l'intervention dans la sphère économique de l'Etat pour porter un intérêt général n'était légitime qu'en cas d'impossibilité de fonctionnement du marché.

Deux réflexions peuvent être introduites à ce niveau.

Premièrement, la vision de Maurice Allais n'est pas éloignée au point de vue théorique de celle des ordolibéraux allemands dont l'influence sur le Traité de Rome et sur les premières années de fonctionnement de la Commission fut importante (Marty, 2014). Le modèle allaisien se fonde aisément dans une logique de *type marché autant que possible et Etat autant que nécessaire*. Ce n'est que la démonstration d'une défaillance de marché qui peut justifier l'intervention de l'Etat dans les activités économiques. Si cette défaillance peut être corrigée par la création de nouveaux marchés (par exemple dans une logique coasienne), l'intervention ne se justifie plus. Ce qui est vrai pour la prise en charge d'un « service d'intérêt économique général » par l'Etat l'est également pour les associations. Le mode *naturel* de prise en charge d'une activité économique est le marché sur lequel doivent s'appliquer les règles de concurrence.

Deuxièmement, le modèle allaisien (pris ici comme une application de la convention de l'Etat extérieur au cas français de l'après-guerre) repose sur une double assimilation qui est assez lourde de conséquences. La première est celle du service public à l'entreprise publique. Le modèle de l'Etat extérieur tend à étatiser la prise en charge des missions d'intérêt général au sens large. La seconde assimilation est celle de ces missions à des activités économiques. Il s'agit de restaurer une efficacité productive qui devrait être assurée par les signaux de marché si ceux-ci n'étaient pas défaillants.

En d'autres termes, la justification de l'intervention est économique au sens étroit du terme. Elle ne se légitime que par l'efficacité et non par des valeurs de solidarité ou de justice. En ce sens cette conception est également cohérente avec la logique de l'économie sociale de marché ordolibérale ou plus généralement avec les positions prises par les néolibéraux de l'après-guerre (Marty et Kirat, 2018). Cette conception sépare les sphères économiques et politiques. La première, relative aux activités économiques, doit être gouvernée par les prix de marché – ou à défaut par le calcul économique qui doit mimer ce dernier (c'est le principe du coût marginal allaisien). La sphère politique doit être strictement de cette première sphère. Une fois que le marché a joué (i.e. une fois que l'efficacité est « maximisée »), la politique publique peut intervenir pour jouer pour la redistribution au travers des instruments de la politique fiscale ou des transferts sociaux.

Il y a donc bien une séparation entre les notions d'efficacité d'une part – laquelle doit être la seule dimension à prendre en compte pour les activités économiques – et les notions de solidarité, d'équité ou de justice qui, dans ce cadre, n'interviennent qu'*ex post* au travers des choix politiques redistributifs. En d'autres termes, les préférences « politiques » collectives ne doivent pas interférer avec les allocations de marchés (produites par le mécanisme des prix ou par défaut par le calcul économique public).

Cette nature spécifique de l'Etat extérieur explique la facilité avec laquelle il a pu basculer vers une convention de l'Etat absent où il s'agit non plus de se substituer au marché mais à l'inverse de construire des marchés. La notion de planification du marché parfait développée par Robert Salais (2015) peut s'expliquer ainsi.

Il serait cependant faux de considérer que la construction européenne portait ce projet dès son origine. Dans ses travaux de 2013 et 2015, Robert Salais situait cette inflexion au tournant des années 1980 (Marty, 2019). Elle peut éventuellement être perçue dès les années 1960 comme a pu le mettre en exergue Laurent Warloutet (2008) et plus récemment Mélanie Vay (2019).

Comme il a pu être déjà fréquemment souligné dans la littérature économique et historique, les dés n'étaient pas jetés lors des négociations du Traité de Rome (Rapport Spaak, Convention de Messine etc...). Le Traité était le fruit d'un compromis entre Etats défenseurs d'une politique industrielle forte et Etats privilégiant la politique de la concurrence (Marty, 2015). Cependant, il convient de nuancer une vision selon laquelle l'Allemagne était sur une ligne ordolibérale assumée et la France et l'Italie campaient sur des positions fermes en termes de politique industrielle. Premièrement, la loi allemande sur la concurrence ne fut adoptée que quelques semaines après le Traité de Rome et avait l'objet de vifs débats en RFA. Le patronat était notamment sceptique quant à ses effets. Les ordolibéraux présents dans la délégation allemande n'avaient donc pas encore réussi à faire consensus en RFA même (notamment au sein de la CDU-CSU). Deuxièmement, la France elle-même avait mis en place une politique de concurrence dès 1953. Cependant, celle-ci n'avait pas la même valeur que celle que lui accordent les ordolibéraux.

Si pour les premiers la concurrence a une valeur constitutionnelle et doit être défendue en elle-même au détriment s'il le faut de la politique industrielle, pour les seconds, la concurrence est un outil de politique industrielle. Le décret de 1953 qui porta création de la Commission Technique des Ententes et le « choix européen » de 1957 confirmé par la Cinquième République s'expliquait par une recherche de compétitivité en termes de politique industrielle et une stratégie de lutte contre l'inflation en matière de politique économique (Didry et Marty, 2016).

Il est très intéressant à ce stade de revenir sur l'article de Mélanie Vay. Celle-ci débute son analyse sur le primat concurrentiel qui s'est imposé dans la construction européenne par rapport à un modèle d'économie mixte qui aurait pu être un devenir possible de l'U.E. Elle s'interroge également sur la possibilité qu'à eu la notion de concurrence à accéder à une valeur constitutionnelle alors que dans le même temps le modèle d'économie mixte n'a pas réussi à accéder une reconnaissance de sa spécificité et de sa singularité au sein du droit de l'U.E. Pour Mélanie Vay, l'émergence dans un cas et la non-émergence dans l'autre d'une « doctrine européenne » a été liée à la capacité différentielle des tenants des deux approches à fédérer des mondes académiques et professionnels autour d'eux.

Le point de départ est celui de l'indétermination initiale de la construction européenne. Les articles 90 et 222 – obtenus par Guy Mollet et Paul Ramadier – permettaient sur le principe de préserver le modèle français. Ils permettaient de préserver les droits exclusifs dont pouvaient jouir des entreprises publiques. Ils prévoyaient également que *les entreprises chargées de la gestion de service d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie.*

Cependant l'article 90 et l'article 222 pouvaient faire l'objet de deux lectures diamétralement opposées. Une première serait de considérer que l'économie mixte occupe une place à part *tant qu'elle n'affecte pas le développement des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté.* Une seconde est de considérer que public et privé doivent être traités de la même façon dans la concurrence. Comme le note Mélanie Vay, cette acception libérale conduit en elle-même à un alignement de l'économie mixte vers le modèle de l'entreprise privée. Dans la mesure où c'est la nature économique de l'activité qui compte et non le statut juridique ou les objectifs de l'opérateur qui importe, la gouvernance concurrentielle s'impose. La victoire d'une lecture *constitutionnelle des règles de concurrence* conduisit à une primauté des articles concurrentiels du Traité, à une lecture des articles 90 et 222 en termes d'indifférenciation entre public et privé et enfin à la reconnaissance d'une applicabilité immédiate des règles de concurrence.

Revenir aux premières années de la construction de Communauté est donc particulièrement intéressant pour notre propos. Dans les premiers projets la DG Concurrence devait être fondue dans une DG Economie-Finances-Concurrence avec un commissaire français à sa tête. Au final, elle fut constituée comme une DG autonome sous la direction de Hans von der Groeben.

Citant les travaux de Katja Seidel (2010), Mélanie May montre comment la DG Concurrence se constitua en contrepoids aux influences dirigistes et planistes à la française. Il ne s'agit pas ici de retracer les débuts assez chaotiques de la DG Concurrence avec notamment le blocage administratif résultant de la mise en œuvre du Règlement 17/62 (Marty, 2015). David Gerber (1998) dans son *Protecting Prometheus* a montré que ce fut surtout l'interprétation téléologique et intégrationniste que fit la Cour de Justice des actuels articles 101 et 102 dans les années 1970 qui conduisirent au primat des règles de concurrence. Laurent Warzoulet (2008) a également pu montrer qu'approches concurrentialistes et industrialistes se sont opposées durant

toutes les années 1960 à Bruxelles et Robert Salais a pu également souligner que les projets de pendants industriels au projet d'Acte Unique de 1986 n'ont été abandonnés qu'au début des années 1980.

Ce qui est fondamental pour notre propos est de suivre Mélanie May sur la façon dont l'interprétation libérale des articles 90 et 222 s'imposa. Le Commissaire von der Groeben et son Directeur Général à la DG Concurrence établirent dès 1960 une feuille de route destinée à être approuvée par les membres du Conseil pour définir les cinq principes *constitutionnels* devant guider les développements de la politique de concurrence. Publiés en 1961 dans *Opéra Mundi Europe*, par Pieter VerLoren van Themaat, le directeur général de la DG Concurrence, ces derniers indiquaient qu'« il convient de réprimer avec la même fermeté et avec les mêmes principes les différentes pratiques gouvernementales ou privées qui tendent à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence et qui ont des répercussions analogues sur l'économie ».

En d'autres termes le principe d'indifférence du droit européen vis-à-vis du régime juridique des entreprises se lit comme cela d'un assujettissement des entités publiques aux règles de concurrence dès lors qu'elles exercent une activité économique. Dès les actions des Etats et le développement de l'économie mixte est sous la surveillance de la Commission : l'intérêt de la concurrence au niveau de l'Union prime sur un intérêt général défini au niveau de l'Etat membre sauf si ce dernier montre que l'intervention est nécessaire et proportionnée.

Le second point souligné par Mélanie Vay tient à la notion d'effet direct. Les entreprises qui s'estiment restreintes dans leurs activités économiques ou concurrentiellement désavantagées du fait d'une intervention publique peuvent saisir les juridictions européennes. Cette capacité conduit à un mécanisme de convergence au travers des actions en justice, en d'autres termes à un mécanisme d'intégration négative.

La capacité des tenants de l'approche concurrentielle à constituer des réseaux d'alliance et de diffusion professionnels et académiques dans l'ensemble des pays membres contrasta avec la dispersion des défenseurs d'une conception spécifique des activités prises en charge par les acteurs de l'économie mixte. Il en allait par exemple ainsi d'André Marchal qui défendit dans la *Revue Economique* en 1960 une conception des entreprises publiques portant des objectifs de redistribution sociale.

In fine, il convient de souligner que si l'assujettissement de larges pans de l'activité des associations aux règles de concurrence est lié à une lecture ordolibérale de la politique de concurrence européenne, celui-ci a été facilité par une légitimation des interventions sur une base exclusivement économique : celle de l'efficacité. Dès lors l'intervention de l'Etat ou celles d'acteurs jouissant de droits exclusifs ne peuvent se faire que sur la base de l'exception et doivent être justifiées en regard d'une défaillance de concurrence. Cette conception est de fait néolibérale dans le sens qu'a pris ce concept aux Etats-Unis après la Seconde Guerre Mondiale. Elle repose sur une stricte séparation de l'économique – où la visée n'est que l'efficacité – et du social – qui est du domaine *ex post* de la redistribution. Les règles de concurrence doivent donc jouer exclusivement sur le premier.

L'économie mixte n'est admise que dans le cadre d'une démonstration d'une défaillance de marché. Si une entité publique intervient dans une activité économique, elle doit respecter le principe de l'investisseur privé en économie de marché. Il est donc dans cette logique impossible de donner – hors cadre strict du service public – des droits exclusifs (i.e. d'exemptions aux règles de concurrence) permettant de préserver certains segments de la concurrence pour permettre des subventions croisées.

La concurrence est donc une réalité qui s'impose au monde associatif dès lors que son intervention peut être qualifiée d'activité économique. Cette concurrence peut poser un ensemble de problèmes qu'il convient de considérer successivement.

Premièrement, l'irruption d'entreprises à but lucratif dans le domaine d'intervention des associations peut faire craindre le développement d'une stratégie d'écémage. Cantonnée dans les segments les plus difficiles et les plus coûteux les associations ne peuvent plus mettre en œuvre des mécanismes de subventionnements croisés permettant de redéployer un éventuel surplus vers les segments les plus coûteux. La conséquence peut en être une paupérisation du service rendu et une dépendance accrue vis-à-vis de financements publics non seulement budgétairement contraints mais de surcroît exposés à des risques d'accusation de distorsions de concurrence. Un risque induit peut également être relevé. Dans une optique de nouvelle gestion publique, une exigence croissante est portée sur la mesure des résultats. De la même façon, les mécanismes de paiements en fonction des résultats pénaliseraient d'autant plus les acteurs qui seraient cantonnés sur les segments les plus difficiles. En d'autres termes, la performance relative des associations paraîtrait par définition faible par rapport à celle des entreprises.

Répondre à ce problème ne peut se faire aisément en l'absence de droits exclusifs ou de secteurs réservés. L'adossement de segments « rémunérateurs » avec des segments « déficitaires » pourrait néanmoins être une piste à considérer. Peu ou prou, cette solution avait été mise en œuvre pour des tronçons autoroutiers : la marge dégagée sur un tronçon rentable permet de subventionner un second tronçon dont la rentabilité est plus illusoire. Dans le cadre de « marchés » peut-être serait-il envisageable d'imposer des lots composés de différents segments de façon à empêcher les entreprises de faire de l'écémage et de perpétuer, même à faible échelle, ce mécanisme de subventions croisées. L'argument ne tient pas à la seule préservation de l'équilibre économique des acteurs associatifs. Contrecarrer la réduction des ressources des associations peut permettre de préserver des ressources financières dont peuvent bénéficier les publics les plus marginalisés.

Deuxièmement, l'utilisation ou la non-utilisation des ressources offertes par les textes européens en matière de flexibilité dans l'application des règles peut témoigner d'une logique d'insécurité juridique vis-à-vis des règles européennes. Plus un Etat membre anticipe (appréhende) que la conformité de ses actions aux directives portant sur les marchés et sur les concessions ou aux règles de concurrence puisse être mise en cause par la Commission dans le cadre de procédures contentieuses, plus il veillera à faire montre de la plus grande des rigueurs dans l'utilisation des textes européens. La crainte du contentieux est plus forte pour un Etat déjà confronté à des procédures ou ne faisant guère figure d'élève modèle que pour un Etat considéré comme vertueux. Ce qui est souvent observé dans les pratiques administratives internes en matière de commande publique se retrouve également en matière d'autocensure pour ce qui est de l'utilisation des marges de manœuvres offertes par les textes européens. La logique sous-jacente peut tout à la fois tenir à un *investissement en crédibilité* et en une conscience d'un *droit limité à l'erreur* ou encore à *l'écart vis-à-vis d'une attente des autorités européennes*.

Troisièmement, comme nous l'avons déjà noté, au-delà même de toute influence du droit de l'Union Européenne, l'évolution de l'attitude vis-à-vis des associations s'explique par la réalisation d'arbitrage coûts / avantages dans des termes purement économiques et non plus politiques dans le sens le plus large et le plus noble du terme. L'influence de la nouvelle gestion publique (*new public management*) est ici centrale. Le manque de confiance dans l'efficacité de la dépense publique (et de la gestion publique en général) joue négativement sur le consentement à l'impôt et conduit à des exigences de plus en plus fortes en termes de redevabilité (*accountability*) qui portent moins sur la légitimité de la dépense, sur sa régularité ou même ses impacts sociaux (*outcomes*) que sur ses résultats quantitatifs mesurables (*outputs*). Il s'ensuit une polarisation sur l'efficacité économique définie de la façon la plus restrictive en termes quantitatifs. Dans le même temps, les pouvoirs publics sont exposés à un effet de ciseau. La réduction drastique des ressources (ou plutôt la part sans cesse plus écrasante des dépenses automatiquement renouvelées – les *services votés* par excès de langage) se traduit par des budgets de plus en plus rigides et contraints face à des besoins sociaux sans cesse plus croissants et plus diversifiés.

Ce faisant le stress budgétaire qui en résulte va se traduire par une préférence pour une action publique incitative voire par contrat. Celle-ci va aisément passer par des externalisations, par des partenariats public-privés ou encore par des contrats à impacts sociaux. Ces différents instruments de contractualisation de l'action publique présentent plusieurs avantages : contractualisation des objectifs, paiements en fonction des résultats, clauses incitatives, vérifiabilité par les tiers (régulation par contrat) et éventuellement biais en faveur des entreprises privées vues comme innovantes et efficaces, du moins en termes relatifs.

Cette situation va peser en faveur d'une montée en puissance des entreprises à but lucratif dans la mise en œuvre des politiques publiques (*l'Etat est le régulateur et non pas obligatoirement le producteur*). L'effacement du modèle de l'entreprise publique – qui rappelons-le n'était pas inscrit dans le Traité – s'étend aux acteurs à but non lucratif. L'acteur naturel pour prendre en charge des activités économiques est l'entreprise privée. Toute exception doit être justifiée, en termes de défaillance de marché. Si plusieurs types d'acteurs interviennent sur un marché, il sera demandé de prouver que les entités publiques ou les associations le fassent dans des conditions qui ne fassent pas obstacle à une concurrence libre et non faussée.

Cette contrainte doit cependant être mise en perspective en regard de deux dimensions.

D'abord, une intervention est toujours possible si elle répond (de façon nécessaire, adéquate et proportionnée) à une défaillance de marché ou si elle se fait dans des conditions conformes (en termes de couple risque / rendement par exemple) à celles qu'exigeraient un investisseur privé (avisé) en économie de marché. Le principe n'est pas la prohibition de la mise en œuvre d'activités de marché mais leur « neutralisation ». Comme l'indiquait Gaffard (2020) l'intervention est admise si l'Etat abdique de sa spécificité et agit comme une entreprise comme une autre. Dans le domaine qui nous intéresse, le risque est

que l'Etat – ou en l'espèce les associations – soit cantonné à un rôle d'*Etat brancardier* pour les publics pour lesquels il y a une défaillance absolue de l'offre marchande.

Ensuite, il peut être tracé un parallèle avec d'autres domaines d'action publique pour lesquels une intervention a pu être admise non seulement en cas de défaillance absolue de l'offre privée mais également en cas de défaillance relative. Dans ce second cas des acteurs bénéficiant de contrats avec les personnes publiques ont pu entrer en concurrence avec une offre privée jugée insuffisamment satisfaisante en termes de prix, de performance, de qualité... Il s'agit des réseaux d'initiatives publiques dans le domaine des infrastructures de télécommunication à haut débit. Des réseaux d'initiative publique ont été mis en œuvre non seulement dans des zones blanches (là où nul investisseur privé était actif) mais également dans des zones grises pour lesquelles le niveau de l'offre privée semblait insuffisant en regard des objectifs du service public. Cette politique a été mise en œuvre par l'ensemble des Etats membres, certes sous la supervision de la Commission (par l'intermédiaire de l'encadrement des aides publiques) mais avec une large autonomie de choix pour les pouvoirs publics.

Quatrièmement, les difficultés rencontrées peuvent être envisagée en termes d'économie des conventions comme nous l'avons noté *supra*. Il ne s'agit pas ici de reprendre l'intégralité du cadre construit par Salais et Storper (1993) mais d'insister sur le fait qu'il s'agit à la fois de se garder d'une convention de l'Etat absent (qui pourrait ressembler à une pure régulation marchande dans laquelle l'intérêt général ne procéderait légitimement que de la concurrence) et d'une convention de l'Etat extérieur qui reviendrait au modèle français initial. Les ressources d'action offertes par le droit européen, notamment par des notions telles les *services sociaux d'intérêt général* (notamment en matière d'attributions de marchés) peuvent ouvrir des voies médianes qui correspondent à la notion de convention de l'Etat subsidiaire selon Robert Salais.

Chapitre III

Concurrence et fiscalité

3.1. La question fiscale

La concurrence est au cœur de la doctrine et de la jurisprudence fiscale applicable aux associations et plus généralement aux organismes sans but lucratif.

Non seulement c'est elle qui permet à l'administration d'identifier les activités associatives devant être considérées comme lucratives et soumises aux impôts commerciaux, au même titre que toute société commerciale, mais encore c'est elle qui doit primer sur tout autre enjeux sociétal, et notamment l'utilité sociale lorsque ces deux enjeux se retrouvent précisément en concurrence.

En d'autres termes, l'apparition d'un opérateur lucratif sur un marché donné jusque-là uniquement occupé par une ou plusieurs associations parce qu'insuffisamment rentable, est à elle seule susceptible de faire basculer ces dernières dans le champ des impôts commerciaux avec les conséquences économiques que cette soumission aura nécessairement sur elles et surtout indirectement sur les personnes qu'elles accueillent ou auxquelles elles rendent des services.

Ce principe n'est pas nouveau, mais il a connu plusieurs étapes et s'est sans doute renforcé avec le temps.

Au cours des Trente Glorieuses, il n'est pas certain que la question se soit réellement posée. Le secteur marchand est occupé à la reconstruction, à l'équipement des ménages et à l'investissement dans des secteurs d'avenir (l'aéronautique, le nucléaire...). La France connaît le plein emploi et la progression du pouvoir d'achat contribue à la résorption des inégalités.

Les associations déploient leurs activités traditionnelles : le sport, l'accompagnement périscolaire, l'éducation populaire, l'aide aux plus démunis, le secteur sanitaire, médico-social, l'accueil et l'accompagnement des handicapés, des personnes âgées et, depuis les lois sur les congés payés, le tourisme accessible à tous.

L'équilibre économique de ces associations repose à la fois sur le bénévolat, les aides publiques et une mutualisation des ressources émanant des usagers, ne laissant que peu de place à l'exclusion.

Le « monde des affaires » ne se préoccupe alors pas du « monde associatif », si ce n'est pour contribuer à son action. Un grand nombre de patrons ou dirigeants d'entreprise s'engagent en effet, pour des raisons politiques, philosophiques ou religieuses, soit dans des associations locales ou de quartier, soit dans de grands mouvements nationaux.

Les frontières entre les deux mondes sont relativement paisibles : sur le plan fiscal, peu de redressement, peu de jurisprudence. Chacun vit en quelque sorte sa vie sans se soucier de l'autre.

Sur le plan jurisprudentiel, le Conseil d'Etat fonde principalement ses décisions sur l'absence de recherche de profit, c'est-à-dire sur la définition juridique de l'association.

Jusqu'en 1960 en effet, les Hauts Magistrats écartent du champ de l'impôt sur les sociétés et de la taxe professionnelle, les associations qui pratiquent des tarifs inférieurs aux coûts des services rendus et où ne parviennent à l'équilibre que grâce à des subventions ou des dons.

La non lucrativité est alors synonyme de déficit chronique. Tout excédent est imposé, alors même qu'il est réinvesti dans le cadre d'activités désintéressées (cf. notamment CE 27 Mai 1946, n°73 016 ; 19 mars 1955, n°30685 ; 24 mai 1958 n°40 523).

Ce critère avait le mérite de la simplicité mais présentait toutefois le double inconvénient d'encourager des gestions dispendieuses et de peser sur les finances publiques.

Par une série d'arrêts s'étalant de 1958 à 1962, le Conseil d'Etat en vint donc à considérer que le caractère non lucratif d'une œuvre n'était pas remis en cause du seul fait de l'apparition d'excédents dès lors que ceux-ci n'étaient pas systématiquement recherchés et qu'ils étaient réinvestis dans l'œuvre (CE 31 décembre 1959, n°45383 ; 15 juin 1960, n°45 248 ; 15 mai 1961, n°34 4997).

Puis, le critère de la recherche systématique d'excédents fut abandonné à son tour au profit de celui des conditions dans lesquelles ceux-ci étaient apparus : avaient-ils été dégagés « *grâce à une administration conduite aux divers échelons, dans un esprit largement désintéressé et notamment grâce à des concours bénévoles ou peu rémunérés ?* » (CE 26 avril 1962 n°61 743 et 61 744).

A l'aube des années 1970, la philosophie du Conseil d'Etat s'articulait donc autour de deux éléments : l'origine des éventuels excédents et leur affectation à la mise en œuvre de l'objet de l'association.

Sur le plan doctrinal, le « traité de paix » fut institué, assez tardivement, en 1977 avec ce qui allait devenir la « doctrine des œuvres », une série de cinq critères cumulatifs produits par la jurisprudence.

La relecture de celle-ci comparée à celle des « 4P » est intéressante à plus d'un titre.

Le choix du vocable tout d'abord – « doctrine des œuvres » - ne laisse aucun doute sur la séparation des deux mondes. Les œuvres laïques ou les œuvres charitables ont peu de points communs avec l'univers de l'entreprise. Il s'agit ici de faire le bien bénévolement.

La doctrine fiscale des œuvres traduit cette orientation (BOI 4H-2-77) :

- « - *L'activité exercée doit entrer strictement dans le cadre de l'activité désintéressée de l'association ou contribuer par sa nature et non simplement financièrement, à la réalisation de cet objet ;*
- *La gestion de l'association ne doit procurer aucun profit matériel direct ou indirect aux fondateurs, dirigeants ou membres de cette dernière ;*
- *La réalisation d'excédents de recettes ne doit pas être systématiquement recherchée ; (absence de recours à des méthodes commerciales) pratique de tarifs modérés, gestion équilibrée... ;*
- *Lorsqu'ils existent, les excédents de recettes doivent être réinvestis dans l'œuvre elle-même ;*
- *Enfin, l'activité doit présenter une certaine utilité sociale ».*

Le premier de ces critères se traduit, en droit des personnes morales, par le respect du principe de spécialité ; d'une part, une association, comme toute personne morale, voit sa compétence limitée à la réalisation de l'objet qui lui a été assigné par ses statuts, et d'autre part, elle doit mobiliser l'ensemble des moyens nécessaires à la mise en œuvre et à la réalisation de cet objet.

Le second critère a trait à la gestion désintéressée et à l'absence de tout partage, le troisième au fait que le but d'une association n'est pas la recherche de profit, notamment par le recours à des méthodes commerciales, et le quatrième, à l'obligation de réinvestir les éventuels excédents dans l'œuvre elle-même. Enfin et surtout, le respect du 5^{ème} critère impose que l'activité déployée présente une certaine utilité sociale.

Le mot concurrence n'apparaît pas : les deux fils conducteurs sont :

- le caractère désintéressé de l'entreprise et de ses promoteurs ; l'absence de recherche de profit ;
- l'utilité sociale de l'activité ; en quelque sorte que l'intérêt général inspire celle-ci et l'emporte sur toute autre considération.

Ces cinq critères paraissent inspirés par le bon sens, répondre à un certain pragmatisme et correspondre assez bien à la « summa divisio » apparue en 1901 entre les associations constituées dans un but autre que de partager les bénéfices et les sociétés commerciales dont la finalité, exclusive à l'époque, consiste à l'inverse, à les rechercher en vue de se les partager.

Malheureusement, la doctrine des œuvres ne définit pas l'utilité sociale, pas plus que l'intérêt général. On eut pu imaginer que l'on s'inspire de certaines valeurs de notre République : la solidarité par exemple. La recherche et la mise en œuvre de ces valeurs auraient alors prévalu sur tout autre critère dans la définition de la non lucrativité.

Il n'en fut rien, et très tôt, le ver se glissa dans le fruit.

Dès 1973, dans le cadre d'un arrêt rendu par le Conseil d'Etat à propos d'une clinique gérée par une association, le commissaire du Gouvernement, Delmas Marsalet définissait le critère de la non lucrativité :

« Celui qu'on peut tirer de la couverture de besoins qui ne sont pas normalement ou suffisamment pris en compte par le marché (...).

Qu'est-ce qu'en effet qui peut être moins lucratif dans la société actuelle, que de pallier les insuffisances de l'économie de marché, que ce soit en fournissant dans des conditions alors nécessairement désintéressée des services qui ne sont pas assurés par le marché, faute d'être rentables, ou que ce soit en pourvoyant aux besoins que ceux que le marché délaisse parce que leurs ressources, trop modestes, n'en font pas des clients intéressants (CE 30 novembre 1973, n°85 586 et 85 598). ».

L'existence ou non d'une concurrence - d'un marché devenait centrale dans la détermination de la lucrativité ou de la non lucrativité d'une association et en particulier dans l'appréciation de ce qui allait devenir de « l'utilité sociale ».

Même si parallèlement ou ultérieurement le Conseil d'Etat et les juridictions administratives s'efforcèrent à plusieurs reprises d'adopter une approche circonstanciée de la place des associations sur un marché donné (par exemple à propos du restaurant d'un foyer de jeunes travailleurs, CE 12 juillet 1969 ; à propos d'une maison de retraite, CE 24 novembre 1979 ; à propos d'un magasin de vêtements, CAA Nancy 4 février 1993), le ou les critères retenus portaient toujours sur la comparaison avec des opérateurs lucratifs.

Les crises économiques et l'évolution de l'idéologie européenne allaient pourtant finir de donner le « la ».

Les crises qui se succédèrent à partir des deux chocs pétroliers de 73 et 79 produisirent une série d'effets indésirables sur le secteur associatif. Elles induisirent notamment l'apparition d'une concurrence lucrative émanant d'opérateurs en quête de nouveaux débouchés ; phénomène abondamment démontré dans le présent rapport.

Cette apparition entraîna, au milieu des années 1990, des plaintes de la part d'opérateurs lucratifs ou de leurs lobbies qui entraînèrent elles-mêmes d'importants contrôles fiscaux dans les secteurs du tourisme, de l'éducation populaire, de l'insertion, ou médico-social, contrôles trop nombreux pour ne pas avoir été initiés et/ou coordonnés par l'administration centrale.

C'est cette vague de contrôles qui déboucha sur des négociations entre cette dernière et le Conseil National de la Vie Associative, aboutissant elles-mêmes aux instructions du 15 septembre 1998 et du 2 février 1999.

L'impérium de l'ordo-libéralisme qui allait s'imposer progressivement à Bruxelles eut naturellement une traduction fiscale directe dans chaque Etat.

Jusque dans les années 1980, l'intervention de l'Etat notamment en matière de politique industrielle et la politique concurrentielle, parvenaient à s'équilibrer, bon an mal an, dans un bras de fer continu entre la France et l'Italie défenseuses de la première et l'Allemagne, promoteur de la seconde.

Cet équilibre s'était notamment traduit dans la rédaction ambiguë de l'article 86 (ex article 90) du Traité de Rome :

« Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. ».

Mais le volontarisme allemand devait bientôt l'emporter en imposant la primauté de la direction de la concurrence sur celle de l'industrie, partant du postulat libéral selon lequel la concurrence et le libre marché sont les seuls vecteurs du bien-être des peuples.

Dès 1961, le Directeur Général de la Direction de la Concurrence de la Commission Européenne écrivait :

« Il convient de réprimer avec la même fermeté et avec le même principe, les différentes pratiques gouvernementales ou privées qui tendent à restreindre ou à fausser le jeu de la concurrence et qui ont des répercussions analogues sur l'économie. ».

Dès lors, comme le démontre fort pertinemment Frédéric Marty, l'Etat n'est plus là pour faire prévaloir quelques mécanismes de solidarité que ce soit, ni pour suppléer ou faire suppléer par les associations, aux carences du marché, il doit contribuer à la création de nouveaux marchés partout où cela est possible.

Le statut juridique de l'entreprise, public, commercial ou associatif, ne doit pas interférer, ce qui importe c'est l'activité industrielle ou commerciale développée par l'entreprise. Dès lors que celle-ci existe, un marché doit exister, s'il n'existe pas, il s'agit de le créer.

Cette évolution idéologique qui s'opère véritablement au milieu des années 80, trouve sa traduction dans l'acte unique européen de 1986.

Sur le plan fiscal, même si la commission européenne n'est jamais parvenue à imposer un taux unique d'imposition des entreprises, la philosophie qui devait présider à cette dernière s'impose rapidement à tous les Etats.

En France, sa déclinaison se traduit donc par la parution des instructions de 1998 et 1999²⁶, faisant glisser le critère de soumission à l'impôt sur les sociétés de l'absence de recherche et de partage de bénéfices (doctrine des œuvres), à l'absence de toute concurrence commerciale (règle des « 4 P »).

Si la gestion désintéressée demeure un critère important, en pratique, sa portée reste limitée dans la mesure où la très grande majorité des associations se conforme à cette règle.

L'appréciation de la situation concurrentielle de l'organisme arrive donc immédiatement après, en seconde position ; même si celle-ci doit être effectuée à un niveau fin, la question centrale consiste à savoir non pas si l'association met en œuvre des mécanismes de solidarité ou permet à des personnes de se réinsérer par le travail ou d'accéder à la culture ou à des loisirs dans des conditions favorables au plus grand nombre, mais si le public, (c'est-à-dire le consommateur) peut indifféremment s'adresser à une structure lucrative ou non lucrative, en un mot ; si l'association se trouve sur un marché concurrentiel.

²⁶ Reprise par une instruction de 2006, puis aujourd'hui découpée en une jungle de BOI

Heureusement, la démonstration ne s'arrête pas à ce stade et si la réponse est positive à cette première question, il convient de passer à l'appréciation de l'utilité sociale de l'activité.

Seulement, les mots sont trompeurs - ou dévoyés - cette utilité sociale n'est pas retenue en ce qu'elle permettrait de faire prévaloir par exemple le travail d'insertion réalisé ou la mutualisation des coûts mis en œuvre afin de permettre au plus grand nombre d'accéder aux services mais une nouvelle fois, à partir d'éléments de comparaison avec les offres de la concurrence commerciale.

✓ Premier « P » : le produit :

« Est d'utilité sociale l'activité qui tend à satisfaire un besoin qui n'est pas pris en compte par le marché ou qui l'est de façon peu satisfaisante. ».

Le critère est donc celui de l'existence ou non d'une offre concurrente : tel est bien ce que réclamait le MEDEF dans un rapport de 2002 : les associations n'ont droit de cité qu'en deçà des frontières du marché.

✓ Deuxième « P » : le public bénéficiaire

« Sont susceptibles d'être d'utilité sociale les actes payants réalisés principalement au profit de personnes justifiant l'octroi d'avantages particuliers au vu de leur situation économique et sociale (chômeurs, personnes handicapées notamment, etc.). ».

Autrement dit : les services rendus à des personnes « que le marché délaisse » parce qu'insuffisamment rentables.

L'utilisation de l'adverbe « principalement » est riche de sens. Il signifie que l'association doit s'adresser majoritairement à ces publics, sans pouvoir faire de péréquation avec l'accueil d'autres personnes, permettant d'équilibrer les comptes à une époque où les budgets publics subissent les contraintes que nous leur connaissons.

✓ Troisième « P » : le prix

« Les efforts fait par l'organisme (sur les prix) pour faciliter l'accès du public se distinguent de ceux accomplis par le secteur lucratif... ».

La comparaison des tarifs avec ceux du secteur lucratif démontre une nouvelle fois que l'existence ou non d'une concurrence commerciale constitue le critère déterminant.

✓ Quatrième « P » : la publicité

Enfin, le recours ou non à des pratiques commerciales, et notamment à de la publicité, clôt la démonstration du fait que le critère fiscal discriminant de la non lucrativité est bien l'existence ou non - en pratique - d'une concurrence lucrative.

Le présent rapport démontre, s'il en était besoin, les effets négatifs que peut avoir l'existence de cette concurrence sur un certain nombre de populations et son incidence sur le développement de nombreuses fractures sociales.

L'assujettissement aux impôts commerciaux ne peut qu'accentuer ce phénomène en alourdissant les charges de l'association et en faisant supporter la TVA aux usagers, du moins pour les prestations non exonérées.

Outre le fait que des associations peuvent ainsi, comme un certain nombre de mutuelles, se retrouver non lucratives sur le plan juridique et lucratives sur le plan fiscal, de nombreuses simulations ont été réalisées sur cet impact, en déduisant la taxe sur les salaires et en ajoutant le différentiel de TVA, l'impôt sur les sociétés au taux de droit commun (même pour de faibles montants) et la contribution économique territoriale. Toutes concluent à un surcoût pour l'association.

Ainsi, en soi, l'application de la fiscalité de droit commun aux associations ne peut qu'accentuer le phénomène décrit dans le présent rapport.

Il convient ici d'évoquer un autre aspect de la problématique fiscale, présente à plusieurs reprises lors des auditions du HCVA. Il s'agit de l'impact du développement, dans un « secteur distinct », d'activités lucratives par une association.

Un des exemples est fourni par les modalités de fonctionnement de l'Association AFM Téléthon dont l'objet est principalement la recherche pure concernant certaines maladies rares.

Pour ce faire, cette association est financée essentiellement par la générosité du public (le Téléthon), par certaines subventions et par le recours au mécénat.

Il arrive naturellement que l'AFM mette au point des brevets et qu'elle les vende à des laboratoires lesquels les exploiteront à des fins commerciales dont les résultats seront soumis à l'impôt.

Considéré comme une recette lucrative, le produit de ces ventes est imposé chez l'association à l'impôt sur les sociétés au taux de droit commun dès le premier euro, avant que le solde puisse alimenter la recherche pure que, par ailleurs, l'Etat n'a pas les moyens de prendre en charge.

Le motif invoqué pour cette imposition est naturellement que la vente de brevets est une activité concurrentielle.

Il pourrait toutefois être imaginé une approche moins dogmatique, par laquelle l'Etat pourrait compenser son incapacité à prendre en charge la recherche, par une exonération de l'impôt sur les sociétés sur les recettes provenant de la vente de brevets ou du moins une imposition atténuée qui tienne compte de l'affectation de celle-ci à la recherche pure, c'est-à-dire somme toute à une œuvre d'intérêt général.

La même démonstration pourrait être déployée dans d'autres secteurs d'activité dans lesquels le développement de prestations lucratives accessoires a juste pour fonction de permettre à l'activité non lucrative de se pérenniser.

A ce stade, le HCVA considère que le fait de retenir la situation de concurrence comme principal critère d'assujettissement aux impôts commerciaux procède d'un choix idéologique qui n'est pas pertinent car de nature à alourdir les charges d'associations œuvrant réellement en faveur de l'utilité sociale et de la cohésion de notre pays.

D'autres choix sont possibles ; le recours à d'autres critères permettrait sans doute de faire prévaloir l'intérêt général sur les intérêts particuliers d'entreprises concurrentes et de leurs actionnaires.

Nous évoquons les valeurs et principes de notre République. Parmi ces derniers, qui oserait contester ceux posés par le Conseil National de la Résistance, en pleine Seconde Guerre Mondiale, le 15 mars 1944 : l'ensemble des mouvements, partis ou tendances politiques regroupés par celui-ci était décidé à rester unis après la libération afin notamment de promouvoir les réformes indispensables (...) sur le plan économique à : *« une organisation rationnelle de l'économie assurant la subordination des intérêts particuliers à l'intérêt général et affranchie de la dictature professionnelle instaurée à l'image des Etats fascistes. »*

Les Etats fascistes n'ont fort heureusement plus place en Europe. En revanche, le HCVA estime qu'il ne serait peut-être pas inutile de s'affranchir d'une certaine forme de dictature de la concurrence qui s'avère nuisible à certaines catégories de la population et d'en revenir à une approche plus concrète et moins idéologique de la concurrence et de l'intérêt général.

La jurisprudence de la CJCE, puis de la CJUE, nous donne par ailleurs de nombreux exemples d'une telle approche, notamment en matière d'aides d'Etat. Ces décisions s'appuient notamment sur les 49, 52, 56 et 58 du TFUE.

Un premier exemple est donné par l'arrêt Sodemar de la CJCE du 17 juin 1977 (aff. C-70/95) à propos d'une loi italienne réservant à des organismes privés non lucratifs le bénéfice de certains agréments ouvrant droit à des remboursements :

« A cet égard, il y a lieu de constater que, en l'état actuel du droit communautaire, un Etat membre peut, dans le cadre de sa compétence retenue pour aménager son système de sécurité sociale, considérer qu'un système d'assistance sociale, tel que celui en cause au principal implique nécessairement, en vue d'atteindre ses objectifs, que l'admission d'opérateurs privés à ce système en tant que prestataires de services d'assistance sociale soit subordonnée à la condition qu'ils ne poursuivent aucun but lucratif. ».

Ou encore l'arrêt Azienda Sanitaria locale de la CJUE en date du 11 décembre 2014 (aff. C-113/13) à propos de l'affectation à une association d'un marché de transport sanitaire au motif que celui-ci devait être confié à une entité recourant à des bénévoles :

*« les articles 49 TFUE et 56 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une réglementation nationale qui, telle que celle en cause au principal, prévoit que la fourniture des services de transport sanitaire d'urgence et d'extrême urgence doit être confiée par priorité et par voie d'attribution directe en l'absence de toute publicité, aux organismes de bénévolat conventionnés, pour autant que le cadre légal est conventionnel dans lequel se déploie l'activité **de ses organismes contribue effectivement à la finalité sociale ainsi qu'à la poursuite des objectifs de solidarité et d'efficacité budgétaire sur lesquels cette réglementation est fondée.** ».*

Il est donc inexact de prétendre que la législation européenne s'opposerait à toute loi étatique faisant prévaloir d'autres critères que la concurrence pour apprécier l'utilité sociale de certaines activités associatives.

D'autres chapitres du présent rapport traitent abondamment des concepts de SSIG et/ou SIEG et de leur utilisation dans notre pays.

S'appuyant sur ces différents éléments, le HCVA recommande ainsi de faire évoluer la doctrine fiscale actuelle afin de retenir comme critère principal, outre celui de la gestion désintéressée de l'organisme, sa réelle utilité sociale, c'est-à-dire l'impact réel de son action sur le bien-être des populations accueillies ou bénéficiaires de ses prestations.

L'utilité sociale d'une association pourrait ainsi être évaluée à partir de l'impact social de son action et non plus de la seule question de savoir si l'association exerce ou non une activité concurrentielle.

Le HCVA propose également de remplacer au BOFIP (boi-is-champ-10-50-10-10) la règle des « 4P » par les règles suivantes :

- « est d'utilité sociale, l'activité qui tend à satisfaire un besoin d'intérêt général auquel l'application des règles de la concurrence serait susceptible de faire échec, en droit comme en fait ;

- sont susceptibles d'être d'utilité sociale, les actes payant s'inscrivant dans une logique de mutualisation entre différents publics, de telle sorte que puissent y avoir accès les personnes justifiant l'octroi d'avantages particuliers. ».

Il est en outre proposé d'ajouter deux dispositions au Code général des impôts :

A l'article 206-1 bis, après l'alinéa 1 un alinéa rédigé comme suit :

« Par dérogation, les excédents dégagés par les activités lucratives accessoires d'une association ayant mis en place une sectorisation – sur option – sont soumis à une imposition à taux réduit dès lors qu'ils sont affectés en totalité à l'activité d'intérêt général de l'association ».

A l'article 219 bis un II ainsi libellé :

« II.- Par dérogation aux dispositions de l'article 219, le taux de l'impôt sur les sociétés est fixé à 10 % en ce qui concerne les revenus visés au 1 bis, alinéa 2 de l'article 206, perçus par les établissements publics, associations et collectivités sans but lucratif. ».

Dans le cadre de la mutualisation de moyens d'intérêt commun (fonctions supports, locaux, salariés... notamment en incitant à la construction de groupements d'employeurs) évoqué plus haut, le risque d'assujettissement à la TVA des remboursements de charges, opérés même à prix coûtant, par des associations par ailleurs exonérées de TVA sur leurs activités est réel. C'est pourquoi, le HCVA demande instamment que ce problème soit revu à l'occasion de la prochaine loi de finances. A défaut, il serait vain d'inciter à des coopérations ou mutualisations de moyens entre associations.

Enfin, et afin de favoriser une mutualisation financière privée au sein de chaque organisme et de compenser ainsi la diminution des financements publics, il convient, le Haut Conseil renouvelle sa proposition de modifier le § 140 alinéa 2 de la doctrine BOI-IS-CHAMP-10-50-20-10, en supprimant l'adverbe « significativement » dans la phrase « Il est en outre nécessaire que l'activité non lucrative demeure significativement prépondérante ».

3.2. La lucrativité limitée

La question centrale de la concurrence pose de manière assez logique la nécessaire interrogation du régime fiscal appliqué au secteur associatif mais plus précisément de la place laissée au principe de non lucrativité, véritable ADN du secteur et qui continue de cliver les secteurs, le secteur marchand lucratif versus le non marchand non lucratif.

Pour autant, et les développements qui précèdent l'ont mis en évidence, une porosité assumée par certains, revendiquée par d'autres, fantasmée par beaucoup semble désormais s'imposer.

La frontière entre les deux mondes confortablement assise pendant des décennies sur la nature du régime juridique appliqué à chaque opérateur est désormais caduque.

Les raisons ne manquent pas et elles sont multiples. On se bornera à relever du côté secteur marchand, notamment dans un souci d'attractivité et d'adhésion à des valeurs partagées de la clientèle et des partenaires comme des ressources humaines de l'entreprise, l'effort de faire émerger une forme de société commerciale plus vertueuse, plus responsable, voire moins libérale, quant au même moment, le secteur non lucratif s'efforce de prouver son professionnalisme et son expertise en revendiquant son rôle d'acteur sociétal majeur et donc d'acteur économique plein et entier.

Aussi vont apparaître au cours des récentes années et à l'aune de cette modification de paradigme des formes hybrides d'entrepreneuriat. On peut schématiquement dessiner 4 grandes étapes dans l'évolution de l'environnement juridico-économique de ces structures.

Tout d'abord, en 2001, l'introduction par la Loi sur les Nouvelles Régulations Économiques de la Responsabilité Sociale des Entreprises (dite Loi NRE) ; cette dernière se révélera à l'usage dans de nombreuses entreprises un prétexte à un vernis social quand d'autres s'efforceront d'agir selon un code de conduite un peu plus respectueux des parties prenantes.

En 2005, la loi dite « Jacob-Dutheil » introduit quant à elle la capacité des fondations à devenir de véritables actionnaires d'entreprises traditionnelles ; beaucoup avaient misé sur un prétendu engouement des entreprises à transmettre leur actionnariat à un organisme d'intérêt général ; là encore, cette initiative ne résistera pas à l'épreuve d'une réalité toute autre ; la complexité du fonctionnement et les conditions posées par les textes rendront une nouvelle fois cette possibilité peu utilisée, se résumant à quelques transformations, réussies par ailleurs. En 2014, la loi dite « Hamon » va bousculer le paysage en introduisant les Entreprises Solidaires d'Utilité Sociale (ESUS).

L'objectif est de reconnaître, entre autres, à certaines entreprises commerciales une capacité à remplir, au-delà du seul intérêt capitalistique de leurs actionnaires ou associés, un objectif d'utilité sociale. Ce véritable label, accordé à celles qui remplissent les conditions requises, permet à ces structures d'accéder à des financements privilégiés.

Si le ressort du dispositif est louable, là encore les résultats ne sont pas à la hauteur des ambitions, probablement parce qu'une nouvelle fois les initiateurs de ce projet n'ont pu aller au-delà du cadre juridique et n'ont pas posé notamment les bases d'un traitement fiscal adapté qui aurait pu donner véritablement naissance à un statut de lucrativité limitée.

Enfin, en 2019, la loi « Pacte » rajoutera au mille-feuille juridique d'une part, une nouvelle structure, le fonds de pérennité, et d'autre part, un avatar de l'entreprise commerciale en lui permettant de se doter d'une mission autre que le seul enrichissement de ses actionnaires ou associés, les entreprises dites à mission.

Ces quelques exemples pris sur les deux dernières décennies illustrent les tentatives de jeter des ponts entre les deux mondes, même si certaines sociétés n'ont attendu ni une modification de la loi ni la création d'un nouveau statut ou label - souvent difficile et coûteux à entretenir - pour intégrer à leur mission sociale une mission au service du bien commun engageant l'ensemble de ses membres associés, actionnaires et salariés.

Force est malgré tout de constater le relatif échec du développement de ces structures même si pour les deux dernières leur mise en œuvre est trop récente pour en juger objectivement.

Sur ces sujets, la France est encore bien loin de l'engouement outre Atlantique pour ce type de structures hybrides où la certification « B-corp » permet de labelliser des entreprises responsables (label accessible en France depuis 2015 mais lors des auditions ayant précédé la loi Pacte, plusieurs entrepreneurs et entreprises avaient argué de l'effet trop contraignant de la certification nécessitant un score de 80 points sur 200 à 300 questions concernant la gouvernance, les collaborateurs, la communauté ou encore le modèle économique...), et où plus de 2000 « benefit corporations » sont actives depuis les années 2010 ; au Royaume Uni, ce sont 12 000 « Community interest companies » qui agissent ; en Belgique, 1000 sociétés à finalité sociale se sont créées au cours des dernières années et la liste des pays qui se sont dotés de structures juridiques hybrides pourrait encore s'allonger !

On comprend aisément que le débat soit posé dans notre pays.

Par-delà les actions de mécénat menées en interne ou la création de fondations d'entreprises externes, la revendication de plus en plus assumée du secteur marchand de se doter d'une finalité propre autre que strictement financière pose en effet la question de l'émergence de nouvelles formes d'entrepreneuriat qui, au-delà du monde de l'Economie Sociale et Solidaire dans lequel il ne se retrouve pas nécessairement, nécessite de s'interroger sur les conséquences d'une lucrativité limitée qui leur serait ainsi reconnue.

En effet, elle supposerait probablement d'accorder à ces entreprises l'accès à des besoins jusqu'à présent couverts par le seul secteur associatif, voire à des avantages réservés à ce dernier sans pour autant en respecter les caractéristiques. Cette concurrence nouvelle viendrait assurément fragiliser un peu plus les associations.

Preuve en est, la demande insistante des entreprises commerciales labellisées ESUS d'être éligibles au régime du mécénat en pouvant émettre des reçus fiscaux.

Accéder à cette revendication serait mettre à bas ce qui fait l'essence même des structures associatives, ce qui constitue leur originalité et leur unicité : le caractère désintéressé de leur gestion.

Si elles n'ont certes pas le monopole de l'intérêt général, les structures non lucratives et à gestion désintéressée que sont la plupart des associations reposent sur un modèle économique spécifique. Ayant développé un savoir-faire et une expertise désormais reconnues par l'Etat comme par le monde académique et échappant du fait de leur non-lucrativité aux pressions de rentabilité du secteur marchand, ces structures, maillon indispensable au maintien comme au renforcement de la cohésion sociale, sont à l'origine de bon nombre d'expérimentation et de solutions innovantes que ce soit sur le territoire où elles opèrent, au niveau national ou bien à l'international.

Alors que les débats sur l'intérêt général sont souvent, à tort et au détriment d'une vision plus globale et stratégique, tournés exclusivement vers la mesure à court terme de l'impact des actions menées, il est essentiel de rappeler que les avantages, notamment fiscaux, dont bénéficient les associations et leurs donateurs ne trouvent pas leur justification dans le seul impact de l'action de celles-ci au profit des causes d'intérêt général mais bien dans leur manière exclusivement désintéressée d'agir.

En effet, au-delà des effets et du domaine dans lequel s'exerce l'activité de l'association, la pierre angulaire de l'intérêt général légitimant la renonciation à l'impôt consentie par l'Etat réside en réalité dans leur manière d'agir, selon les trois critères cumulatifs suivants formant une distinction philosophique nette entre organisme d'intérêt général et société du secteur marchand :

- a) l'organisme ne doit pas fonctionner au profit d'un cercle restreint de personnes (*i.e.* son objet ne doit pas être fermé et assurer uniquement la défense ou l'intérêt de ses membres, ce premier critère de l'intérêt général interdisant par exemple formellement à une fondation d'entreprise de restreindre ses actions aux salariés, partenaires ou clients de l'entreprise fondatrice) ;
- b) l'organisme doit faire l'objet d'une gestion désintéressée, l'administration fiscale considérant que ce critère est rempli si :
 - l'organisme est géré et administré à titre bénévole par des personnes n'ayant elles-mêmes, ou par personne interposée, aucun intérêt direct ou indirect dans les résultats de l'exploitation (sauf tolérance administrative lorsque la rémunération ne dépasse pas 3/4 SMIC ou exception légale alternative visée à l'article 261-7-1° du CGI pour les organismes ayant d'importantes ressources) ;
 - l'organisme ne procède à aucune distribution directe ou indirecte de bénéfices, sous quelque forme que ce soit (les bénéfices devront donc impérativement être réaffectés à l'exécution des missions de l'organisme) ;
 - les membres de l'organisme et leurs ayants droit ne peuvent pas être déclarés attributaires d'une part quelconque de l'actif, et donc se voir attribuer le produit de la liquidation de l'organisme si celui-ci venait à être liquidé.
- c) l'organisme ne doit pas être fiscalement lucratif, sachant que si la gestion est désintéressée, le caractère lucratif d'un organisme ne pourra être constaté que si celui-ci concurrence un organisme du secteur lucratif et il conviendra alors de se livrer à l'examen de quatre critères successifs pour juger de sa lucrativité fiscale, selon la méthode du faisceau d'indices appelée règle des « 4 P » (produit, public, prix, publicité, auxquels s'ajoute un cinquième critère tenant à la façon dont l'organisme gère les excédents).

L'association, mais également la fondation et le fonds de dotation ne sont ainsi autorisés à agir qu'au-delà de l'intérêt de leurs membres, tandis que les entreprises de l'ESS et ESUS, tout en ayant une « utilité sociale », visent un mode d'entreprendre permettant de poursuivre une activité lucrative et de distribuer des dividendes. Quant à l'entreprise à mission nouvellement créée, malgré une action également tournée vers le bien commun, elle est totalement lucrative et à gestion intéressée.

Plus encore, et contrairement aux entreprises de l'ESS et ESUS et aux entreprises à mission, les associations ne sont, si elles souhaitent conserver leur caractère désintéressé et non lucratif qui sont une composante fondamentale de leur modèle économique, autorisées à développer des activités lucratives que dans un cadre précis et extrêmement limité (leur activité lucrative sectorisée ne doit en effet pas générer plus de 20% - 25% de leurs ressources annuelles, faute de quoi elle contaminerait leur statut d'intérêt général).

Les besoins croissants auxquels elles doivent répondre, la baisse des financements publics, le remplacement de la subvention par la commande d'une prestation dans le cadre d'un contrat de marché public faisant suite à une mise en concurrence ont incité les associations à proposer leurs services en même temps à des populations solvables (qui acquittent donc la prestation) et à des populations non solvables (auxquelles la prestation est donc « offerte »). De cet équilibre - qui a également pour vertu le développement de la mixité sociale au sein des personnes bénéficiant d'un service - dépend la survie économique de bon nombre d'associations agissant notamment dans le secteur social.

Or les travaux menés par la HCVA ces dernières années ont montré que l'apparition d'une concurrence lucrative sur des secteurs d'activités non lucratifs réduisait la capacité de mutualisation essentielle au secteur associatif et induisait soit une diminution de l'ampleur ou de la qualité du service rendu par l'association, soit une exclusion pure et simple de l'accès auxdits services des personnes ne disposant pas de ressources suffisantes pour pouvoir en bénéficier. Dans son rapport intitulé *Rôle et place des associations dans le contexte des nouveaux modèles d'entreprise*, le HCVA relatait en effet l'audition, en 2017, du dirigeant du plus grand groupe d'entrepreneuriat social français, dont le nombre important d'EPHAD parvenait à accueillir des personnes aux ressources très variées. A la question de savoir si son groupe disposait de services aux personnes âgées à domicile, il avait répondu que ce type d'activités n'était pas suffisamment rentable.

Préserver notre cohésion sociale passe en conséquence également par l'attention portée à la sécurité juridique et au maintien d'une cohérence entre statut et mission.

En revanche, il convient de bien mesurer les conséquences opérationnelles des tentatives de définition de l'ESS actuellement en gestation. En effet, l'absence de reconnaissance au niveau européen du secteur de l'ESS amène un certain nombre d'acteurs à tenter légitimement de le définir.

D'aucuns souhaiteraient faire émerger la notion de structures à lucrativité limitée susceptible d'englober tant les associations, fondations, fonds de dotation que les coopératives, les mutuelles, les entreprises sociales, les ESUS...,

Cette tentative ne résiste pas à l'analyse juridique en droit français.

On peut le regretter mais sauf à bouger les lignes, il est impossible d'assimiler les associations qui par construction sont des structures sans but lucratif (c'est à dire susceptibles d'avoir des excédents recettes mais dans l'impossibilité absolue de les partager autrement dit de les redistribuer et qui de surcroît doivent être gérées de manière désintéressée). A la différence par ex des coopératives ou de certaines ESUS sous forme commerciale qui peuvent distribuer, certes sous des conditions restrictives et contraignantes, mais qui bénéficient malgré tout de cette possibilité.

Considérer les associations comme une structure à lucrativité limitée revient à créer un magnifique oxymore juridique !

Dès lors la définition de l'ESS gagnerait bien au contraire à couvrir d'une part, les entités sans but lucratif et d'autre part, celles à lucrativité limitée.

Faut-il pour autant écarter sans autre forme de procès la question de la lucrativité limitée ?

Nous ne le pensons pas et les travaux menés dans le cadre de l'élaboration de cet avis ont démontré la nécessité d'apporter une réponse construite, cohérente et porteuse d'une véritable vision politique au-delà des « gadgets » législatifs récents.

Chapitre IV

La dimension européenne

La concurrence est une composante essentielle du Marché Commun. Elle s'est développée d'abord avec le Traité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) puis en 1957, avec le Traité de Rome et la mise en place de la Communauté économique européenne (CEE). La concurrence a pour but de structurer le marché et d'assurer le bien-être des consommateurs. Le Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne établit les règles de libre concurrence applicables aux entreprises (articles 101 et 102) et le régime des aides d'Etat (article 107). S'agissant de ces dernières, et sauf dérogations prévues par les traités, les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous quelques formes que ce soit, qui faussent ou menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions, sont incompatibles avec le marché intérieur. En revanche, sont notamment compatibles les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination (Article 107.2.). Le ton est ainsi donné : même s'agissant de services sociaux, le droit de l'Union préfère « solvabiliser » les individus par une aide directe et faire jouer la concurrence entre les services, plutôt que de soutenir un régime dérogatoire à la libre concurrence.

SIEG vs SIGNE

Bien que cités parmi les valeurs communes de l'Union européenne, les services d'intérêt général ne sont pas définis et au-delà des grandes déclarations d'intention, ils sont en réalité peu pris en considération par le droit européen qui les attire largement dans le champ de la concurrence.

En effet, une activité relève du droit européen dès lors qu'elle présente un caractère économique. Et est économique, toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné par une entreprise, indépendamment du statut de cette dernière et de son mode de financement et la recherche ou non de profits²⁷. Le statut juridique de l'opérateur, son caractère lucratif, ou non, sont en règle générale sans incidence²⁸. C'est pourquoi, la question des services d'intérêt général est abordée davantage au regard de la nature de l'activité exercée que du statut juridique des opérateurs et en particulier des organismes sans but lucratif (OSBL). Du fait de cette pression du droit européen mais aussi d'une volonté politique des Gouvernements français successifs depuis plus de 15 ans, qui se sont refusés à utiliser pleinement les quelques marges de manœuvre existantes, le secteur marchand se développe dans le champ des services sociaux d'intérêt général et fait peser une concurrence croissante sur le secteur non lucratif, sans que l'on puisse affirmer qu'elle favorise les intérêts des clients/usagers, selon le postulat posé par le Traité de Rome, ni même permettent une meilleure maîtrise de la dépense publique.

Ainsi, un nouvel appel d'offres pour l'exploitation du numéro vert, assurée par l'association France Victimes, prévoit une limitation du temps d'écoute à six minutes pour 80 % des appels pour écouter, établir un lien de confiance, conseiller et orienter les victimes d'infraction, ainsi que des pénalités en cas de dépassement. L'association a déposé un recours gracieux auprès du ministère de la justice. Associations et avocats savent que ce dont les victimes d'infractions ont le plus besoin dans un premier temps, c'est d'une écoute. Un temps d'écoute aussi limité ne sert à rien et dans ces conditions un tel marché apparaît comme un véritable gâchis, aussi bien en termes humains que financiers, car un service privé d'utilité réelle coûte toujours trop cher ²⁹!

Le droit européen ne vise et ne s'applique, en principe, qu'aux services présentant un caractère économique. Les services d'intérêt économique général ne sont pas exclus de cette emprise (SIEG) : « *Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général [...] sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie* »³⁰.

²⁷ CJCE 23 avr. 1991, Aff. C-41/90 : Est une entreprise au sens européen de la concurrence, « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement » ; voir. Egalement Commission européenne, COM (2006) 177 final du 26 avr. 2006.

²⁸ Considérant 14 de la Directive Marchés publics 2014/24/UE

²⁹ « Aide aux victimes, conflit autour de la ligne d'écoute », par Maud Guilbeault, Journal La CROIX du 29 juin 2021

³⁰ Traité de Rome, art. 90,2 devenu TFUE, art. 106.2.

Par conséquent, les services d'intérêt général « non économiques » (SIGNE) n'entrent pas dans le champ d'application du Traité. Ils ne sont soumis à aucune législation européenne spécifique, ni aux règles régissant le marché intérieur et la concurrence. Mais les SIGNE se limitent essentiellement, en l'état actuel de la jurisprudence européenne, aux activités régaliennes (par exemple les activités d'Eurocontrol, organisme chargé du contrôle et de la police de l'espace aérien ; l'activité de prévention et de lutte contre la pollution dans le port de Gênes), ainsi qu'aux services à caractère exclusivement social fondés sur les principes de solidarité nationale et de redistribution, tel le régime général de Sécurité sociale en France. Ils sont dépourvus de tout but lucratif. Ils échappent dès lors aux règles de la concurrence et à la réglementation sur les aides d'État.

Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux, se répartissent donc entre services économiques et non économiques³¹. Mais la plupart présentent un caractère économique dès lors qu'ils sont rendus à titre onéreux ; ils entrent donc dans la catégorie des SIEG et sont soumis aux règles de la concurrence. La Commission européenne considère que le caractère social d'un service n'est pas en soi suffisant pour considérer ledit service comme une activité non économique³². Pour déterminer si certaines activités, notamment celles qui sont financées par les pouvoirs publics, constituent un service économique, il convient de les examiner au cas par cas, selon la manière dont elles sont fournies, organisées et financées. Une activité est économique « si elle est susceptible d'être exercée par une entreprise privée recherchant un but lucratif »³³. Mais inversement, l'absence de but lucratif de l'opérateur ne suffit pas à la qualification de SIGNE. Bien évidemment, la tendance de la Commission européenne et de la CJUE est de faire primer le caractère économique, la notion d'entreprise et les vertus présupposées de la concurrence.

Exemple très significatif : la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a considéré qu'est un opérateur économique la Croix-Rouge Italienne qui, avec l'aide de bénévoles, assure des transports sanitaires urgents pour le compte de la Région de Toscane³⁴. Selon la CJCE, un marché public aurait dû être passé. « Sans dénier l'importance sociale des activités bénévoles », l'association doit être considérée comme une « entreprise » au sens du droit européen de la concurrence, dès lors qu'il existe un marché pour ce type de prestations et que l'association intervient sur ce marché. Le fait que l'association ne demande que le remboursement des coûts réellement exposés ne changerait rien à l'analyse. Le caractère onéreux qui s'attache à la notion de marché public implique simplement une contrepartie ou une contre-valeur économique, indépendamment donc de toute recherche de bénéfices. Détail intéressant, le fait que l'association, grâce à ses bénévoles, soit en mesure de proposer des tarifs inférieurs à ceux pratiqués par les opérateurs lucratifs, ne fausse pas la libre concurrence et ne lui interdit pas de soumissionner à des marchés publics !

L'ambiguïté de la situation des SIEG au regard de la concurrence

Les textes européens ne définissent pas les SIEG et laissent théoriquement aux États membres de l'Union européenne, en application du principe de subsidiarité, une large marge d'appréciation. Les SIEG peuvent donc recouvrir des activités très diverses, même si, en pratique et au-delà des principes affirmés, la Commission européenne contrôle étroitement les critères de qualification et tend de plus en plus à définir limitativement ces services, sous couvert de l'erreur manifeste d'appréciation.

Trois conditions doivent être remplies pour qu'un service public soit qualifié de SIEG :

- l'activité doit revêtir un caractère économique et donner lieu au versement d'une rémunération correspondant à la contre-valeur économique du service rendu ;
- la mission doit être confiée à une entreprise par un acte exprès et explicite de la puissance publique (mandat) qui peut être d'origine législative, réglementaire ou contractuelle (marché public, délégation de service public ou convention de subvention). Par cet acte, la puissance publique (État ou collectivités territoriales, établissements publics) fixe les obligations mises à la charge de

³¹ Ce qui est différent de la distinction existant en droit français, entre les services publics à caractère administratif qui ne peuvent fonctionner que grâce au soutien des pouvoirs publics, et les services publics à caractère industriel et commercial qui doivent fonctionner et se financer comme une entreprise commerciale.

³² Commission européenne, COM (2012/C 8/02), JOUE du 11 janv. 2012.

³³ CJCE 23 avril 1991, aff. C-41/90, Höfner.

³⁴ CJCE 29 nov. 2007, aff. C-119/06.

l'opérateur. Ce mandat est l'une des conditions de validité d'un financement public, destiné à compenser les obligations de service public mises à la charge de l'opérateur ;

- l'activité doit constituer une mission d'intérêt général, caractérisée par des obligations de service public. Les services « doivent être destinés aux citoyens ou être fournis dans l'intérêt de la société dans son ensemble ».
 - *Accès universel : objectifs d'accessibilité du service sur l'ensemble du territoire concerné,*
 - *Continuité : permanence du service, continuité temporelle et territoriale,*
 - *Qualité : exigence de qualité, suivi, évaluation, réponse aux besoins des utilisateurs,*
 - *Accessibilité tarifaire : accessibilité financière pour les utilisateurs (en fonction du niveau de leurs ressources),*
 - *Protection des utilisateurs : encadrement des prestataires, participation des utilisateurs, voies de recours des utilisateurs.*

Mais les concepts de service public et de SIEG diffèrent en droit européen et en droit français. Il s'agit de deux notions proches mais distinctes en ce sens que, pour qu'il y ait un service public, en droit français, il faut nécessairement une mission d'intérêt général. Mais toute mission d'intérêt général n'est pas pour autant une mission de service public. Dans le cadre d'un service public, la mission d'intérêt général est voulue ou initiée par une personne publique, qui soit la gère directement, soit en externalise la gestion en la déléguant à un tiers, lequel agit alors sous le contrôle de la personne publique. Par ailleurs, le législateur peut décider d'exclure de la qualification de service public certaines activités qui en raison de leur intérêt général et de l'importance des contrôles des pouvoirs publics pourraient relever de cette qualification. Tel est le cas des activités médico-sociales³⁵.

Or, le régime des aides d'Etat en droit européen nécessite que les SIEG soient exercés dans le cadre d'un « mandat » ou « mandatement »³⁶. Au sens de l'article 106-2 du TFUE, ce mandatement est une reconnaissance par l'Etat (ou autre personne publique) du caractère d'intérêt général de l'activité initiée et menée par un opérateur et l'obligation faite à celui-ci d'en assurer la gestion dans les conditions de fonctionnement d'un SIEG. Ce mandatement n'implique pas nécessairement une initiative publique ni la reconnaissance d'un service public au sens du droit français. Le « service public » en droit communautaire, peut parfaitement être d'initiative privée contrairement à la conception française ! Le mandatement peut résulter de la loi, d'un acte administratif, d'une convention (par exemple une convention de subvention sous certaines conditions), d'un marché public ou d'une concession de service public.

Néanmoins, il est fréquent, dans le cadre du contrôle de légalité en France, que les obligations résultant du mandatement imposées par la collectivité publique soient interprétées comme caractérisant l'existence d'un service public passé en dehors de règles de mise en concurrence et que les conventions de subventions allouées à l'association gestionnaire du SIEG soient dès lors annulées pour illégalité³⁷.

La notion d'intérêt général devrait en principe primer sur la libre concurrence

Si les SIEG sont en principe soumis aux règles de la concurrence, il leur est possible de les en exonérer afin de préserver leur finalité propre et la mission particulière qui leur est impartie.

Selon l'article 1^{er} du Protocole 26 :

« Les valeurs communes de l'Union concernant les services d'intérêt économique général au sens de l'article 14 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne comprennent notamment ;

- *Le rôle essentiel et le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales pour fournir, faire exécuter et organiser les services d'intérêt général d'une manière qui réponde autant que possible aux besoins des utilisateurs,*

³⁵ Conseil d'Etat - 1^{ère} chambre - 30 décembre 2020 - n° 435325 : « Si les actions médico-éducatives en faveur des enfants handicapés constituent une mission d'intérêt général, il résulte toutefois des dispositions de la loi du 30 juin 1975 relative aux institutions sociales et médico-sociales et de la loi du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale, éclairées par leurs travaux préparatoires, que le législateur a entendu exclure que la mission assurée par les organismes privés gestionnaires des établissements et services aujourd'hui mentionnés au 2° du I de l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles revête le caractère d'une mission de service public ».

³⁶ Notion très différente de la notion de mandat au sens de l'article 1984 du code civil français.

³⁷ Par exemple, CAA Bordeaux, 21 juin 2011, Région du Limousin, req. n° 10BX01717

- *La diversité des services d'intérêt économique général et les disparités qui peuvent exister au niveau des besoins et des préférences des utilisateurs en raison des situations géographiques, sociales ou culturelles différentes,*
- *Un niveau élevé de qualité, de sécurité et quant au caractère abordable, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs. ».*

Pour autant l'article 106.2 du TFUE, ajoute immédiatement après l'affirmation du régime dérogatoire possible dans le cas de SIEG, que le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union.

Cette ambivalence permanente du droit européen génère une insécurité juridique importante qui n'encourage pas les Etats membres à déroger à la libre concurrence.

La France use fort peu du principe de subsidiarité et des marges de manœuvre existantes en la matière vis-à-vis de ses services sociaux, ainsi que l'ont démontré les modalités de transposition en France de la directive « Services ».

Certes, certains secteurs du champ médico-social et social bénéficient d'un régime dérogatoire aux règles de la commande publique et en matière de compensation, au titre de la solidarité nationale. Le secteur reste pour autant soumis à un régime d'appel à projet qui constitue une forme de mise en concurrence³⁸, dans laquelle les pouvoirs publics ont désormais un monopole de l'initiative des projets, tout en introduisant une concurrence accrue entre gestionnaires et en imposant une standardisation des services et des financements.

Certains secteurs médico-sociaux ont été largement ouverts à la concurrence de nouveaux acteurs privés lucratifs, notamment le secteur de l'aide à domicile, des établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) ou encore celui des crèches et de la petite enfance. L'objectif était une création rapide du nombre de places. Mais la réponse apportée par le secteur lucratif aux besoins des classes moyennes et des personnes les plus vulnérables ne s'est pas significativement améliorée, en raison des coûts des prestations et du niveau du reste à charge pour les usagers.

Paradoxalement, l'ouverture à la concurrence lucrative ne s'est donc pas accompagnée d'un meilleur pilotage de l'offre par les pouvoirs publics, face aux groupes lucratifs fortement capitalisés et aux gros acteurs associatifs résultant de fusions imposés par les pouvoirs publics. Ainsi, chaque réforme est l'occasion de réduire le champ des appels à projets³⁹. L'AAP est menacé de devenir obsolète dix ans après sa création⁴⁰.

Hormis le secteur médico-social, on relève deux exceptions législatives :

- la loi du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion⁴¹. L'article L. 365-1 du code de la construction et de l'habitation (CCH) qualifie expressément les services d'aide au logement social de service social d'intérêt général (SSIG) au sens de la directive « Services ». La loi définit les activités et le public concernés. Les organismes susceptibles d'intervenir doivent faire l'objet d'un agrément de l'Etat, dont la durée et la portée territoriale sont limitées. Seuls peuvent être agréés des organismes dont la gestion est désintéressée au sens fiscal du terme⁴², quel que soit, cependant, leur statut juridique : associations, fondations, mais aussi sociétés sous réserve de restrictions statutaires garantissant une gestion bénévole et désintéressée⁴³. Les collectivités publiques qui lancent des marchés publics sur des opérations entrant dans le champ d'application de cette réglementation, doivent limiter la mise en concurrence aux seuls organismes agréés et doivent rejeter la candidature des organismes non agréés. Ce droit spécial conféré aux organismes agréés a été jugé conforme aux objectifs de la directive « Services » par le Conseil d'Etat⁴⁴ ;

³⁸ Loi « Hôpital, Patients, Santé, Territoire (HPST) du 21 juillet 2009. Article L 313-1-1 du code de l'action sociale et des familles

³⁹ Article 65 de la loi du 28 décembre 2015 d'adaptation de la société au vieillissement, et décret du 15 juin 2016, Décret du 20 août 2019 portant diverses mesures de simplification d'ordre sanitaire et social qui exonère de procédure d'AAP l'extension de la capacité autorisée d'un établissement.

⁴⁰ Geneviève GUEYDAN et Jean-Robert JOURDAN, « Les appels à projets, une tentative d'articuler régulation de l'offre et projet associatif, ERES « vie sociale » 2020/ n° 31-32, p. 97 à 109, <https://www.cairn.info/revue-vie-sociale-2020-3-page-97.htm>

⁴¹ L. n° 2009-323 du 25 mars 2009, JO du 27.

⁴² CGI, art. 261, 7, 1°, d).

⁴³ CCH, art. L. 365-3 et R. 365-3 issus respectivement de L. n° 2009-323, préc. et décr. n° 2009-1684 du 30 déc. 2009, JO du 31.

⁴⁴ CE 26 mars 2018, n° 406848.

- La loi du 5 mars 2014⁴⁵ en ce qui concerne la formation professionnelle destinée à certains publics, considérée comme un service social d'intérêt général. Ainsi, selon l'article L. 6121-2-1 du code du travail : *« Dans le cadre du service public régional de la formation professionnelle défini à l'article L. 6121-2 et sous réserve des compétences du département, la région peut financer des actions d'insertion et de formation professionnelle à destination des jeunes et des adultes rencontrant des difficultés d'apprentissage ou d'insertion, afin de leur permettre de bénéficier, à titre gratuit, d'un parcours individualisé comportant un accompagnement à caractère pédagogique, social ou professionnel. À cette fin, elle peut, par voie de convention, habiliter des organismes chargés de mettre en œuvre ces actions, en contrepartie d'une juste compensation financière. L'habilitation, dont la durée ne peut pas excéder cinq ans, précise notamment les obligations de service public qui pèsent sur l'organisme. Cette habilitation est délivrée, dans des conditions de transparence et de non-discrimination et sur la base de critères objectifs de sélection, selon une procédure définie par décret en Conseil d'État⁴⁶ ».*

Mais d'autres SIEG et en particulier les services sociaux pourraient plus largement bénéficier d'un régime dérogatoire pour peu qu'il y ait une volonté politique en ce sens. Ainsi, la directive du 26 février 2014 dite « Marchés publics » précise que : *« Les États membres et les pouvoirs publics restent libres de fournir eux-mêmes ces services à caractère social ou de les organiser sans que cela entraîne la conclusion de marchés publics, par exemple en se contentant de financer ces services ou en octroyant des licences ou des autorisations à tous les opérateurs économiques remplissant les conditions prédéfinies par le pouvoir adjudicateur, sans fixation de limites ou de quotas, à condition qu'un tel système garantisse une publicité suffisante et soit conforme aux principes de transparence et de non-discrimination »⁴⁷.*

Ainsi la CJUE a admis s'agissant des transports de patients, en cas d'urgence, fournis par des OSBL, qu'ils pouvaient échapper aux règles de passation des marchés publics⁴⁸. La CJUE constate que les règles de passation des marchés publics ne s'appliquent pas aux marchés portant sur des services de défense civile, de protection civile et de prévention des risques à la double condition qu'ils correspondent à certaines activités limitativement énumérées et qu'ils soient fournis par des OSBL. La Cour considère que la prise en charge de patients en situation d'urgence par un secouriste/ambulancier formé aux premiers secours, ainsi que le transport en ambulance qualifié, relèvent de la catégorie de la « prévention des risques » qui concerne aussi bien les risques collectifs qu'individuels. L'inapplicabilité des règles de passation des marchés publics est liée premièrement au fait qu'il s'agit d'un service d'urgence, c'est-à-dire lorsqu'il existe un risque objectivement appréciable de dégradation de l'état de santé pendant le transport, et deuxièmement au fait que ceux-ci soient fournis par des organisations ou des associations sans but lucratif. L'objectif de cette exception, selon la CJUE est, « ainsi que cela découle du considérant 28 de cette directive, de préserver la nature particulière des organisations ou des associations sans but lucratif, en leur évitant d'être soumises aux procédures définies par ladite directive ... mais cela ne doit pas aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire⁴⁹ ». Mais il doit s'agir, selon la Cour, de véritables organismes sans but lucratif, à savoir des organisations ou des associations ayant pour objectif d'assumer des missions sociales, qui sont dépourvues de finalité commerciales et qui réinvestissent les éventuels bénéfices en vue d'atteindre leurs objectifs. En ce sens, la directive s'oppose à ce qu'une réglementation nationale puisse permettre à des organismes de bénéficier de ces exceptions s'ils ne poursuivent pas effectivement un but non lucratif.

Début d'une reconnaissance officielle des associations et de leurs apports à la société ? En tout cas, une remarque à méditer à l'heure où se multiplient les sociétés « à mission » et même les sociétés commerciales agréées ESUS qui, bien qu'ayant une lucrativité limitée, n'en sont pas moins autorisées à distribuer des dividendes contrairement aux OSBL.

C'est pourquoi, le HCVA recommande à l'approche de la prochaine présidence française de :

- Promouvoir et réellement prendre en compte les spécificités des SSIG et des opérateurs non lucratifs en France et en Europe,
- Participer aux débats communautaires sur les SSIG et favoriser les processus de partenariat entre opérateurs non lucratifs et les pouvoirs publics,

⁴⁵ L. n° 2014-288 du 5 mars 2014, JO du 6.

⁴⁶ Les modalités d'habilitation ont été fixées : décr. n° 2014-1390 du 21 nov. 2014, JO du 23 réél. C. trav., art. R. 6121-1 et s.

⁴⁷ Dir. 2014/24/UE du 26 févr. 2014, consid. 114.

⁴⁸ CJUE 21 mars 2019, aff. C-465/17.

⁴⁹ Ainsi, le transport de patients en dehors de situations d'urgence ne bénéficie pas de cette dérogation et doit être mis en concurrence.

- Créer un lieu d'informations, d'échange, de concertation et de construction de positionnement entre acteurs français et européens sur les SSIG,
- Promouvoir les spécificités des SSIG et des opérateurs non lucratifs (secteur de l'économie sociale) en France et en Europe.

Le droit des SSIG ne peut se réduire à un problème de compréhension du droit communautaire par les différents acteurs, et d'excès de précautions à chaque strate de contrôle !

Concurrence et initiatives associatives citoyennes : proposition pour la présidence française de l'UE : pour une subsidiarité de service d'intérêt général (versus délégation de service public)

Dans le chapitre consacré à la place des services d'intérêt général dans le droit de la concurrence européen, le HCVA recommande à l'approche de la prochaine présidence française de :

- *promouvoir et réellement prendre en compte les spécificités des SSIG et des opérateurs non lucratifs en France et en Europe,*
- *participer aux débats communautaires sur les SSIG et favoriser les processus de partenariat entre opérateurs non lucratifs et les pouvoirs publics,*
- *créer un lieu d'informations, d'échange, de concertation et de construction de positionnement entre acteurs français et européens sur les SSIG,*
- *promouvoir les spécificités des SSIG et des opérateurs non lucratifs en France et en Europe.*

Dans cette logique, on pourrait utilement **réfléchir au croisement d'une perspective : la subsidiarité et un moyen (l'initiative citoyenne européenne) que l'Europe connaît bien** (bien que l'UE ait fait une lecture restrictive de la subsidiarité, cf ci-dessous). Le HCVA propose de tester la mise en œuvre du principe de « subsidiarité », dans une logique bottom up, comme pendant et complément au principe de « délégation » (de service public), des services d'intérêt général que les initiatives citoyennes, notamment incarnées sous forme associative, créent et développent.

Sur le principe de subsidiarité, on peut utilement se référer au Rapport préparé pour le Comité directeur des autorités locales et régionales (CDLR), « DEFINITION ET LIMITES DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITE », paru dans Communes et régions d'Europe, n°55, 1998. On peut aussi, plus près de nous et sur un tout autre registre, écouter la démonstration de Isabelle Barth sur Xerfi Canal <https://www.dailymotion.com/video/x8267nd> :

- **la délégation**, dans une logique **top down**, repose sur l'idée qu'il est rationnel de déléguer une ressource rare (le savoir et pouvoir de l'autorité, en l'occurrence) et de déléguer aux échelons « inférieurs » la mise en œuvre. Cette méthode requiert de i) identifier les attentes des demandeurs (et donc de fixer des objectifs) ; ii) donner les moyens nécessaires à l'exécution ; iii) rester présent en cas de besoin. L'autorité analyse, pilote, évalue.
- **la subsidiarité**, dans une logique **bottom up**, repose sur l'idée qu'une autorité ne peut effectuer une tâche qui peut être effectuée à un échelon « inférieur ». La mission doit être effectuée par l'entité ou la personne la plus apte à le faire, notamment parce qu'elle est mieux placée pour identifier les attentes des demandeurs et y répondre. En cas de problème, l'échelon inférieur a recours à l'échelon supérieur.

Sans nier les complexités d'une telle distinction, on pressent qu'on a là une source de reconnaissance des savoirs et compétences particulières des associations : elles sont proches des réalités sociales, économiques, culturelles de populations dont les pouvoirs publics sont plus éloignés, soit géographiquement, soit du fait de leur posture d'autorité publique. Les pouvoirs publics ont en revanche d'autres ressources et légitimités que les associations n'ont pas.

D'une façon générale, l'économie sociale et solidaire a le potentiel d'instaurer ou restaurer des liens sociaux et économiques. Les associations y jouent un rôle essentiel, à la fois comme mobilisatrices de citoyenneté et comme contributrices à l'intérêt général. Il y aurait un sens politique fort à reconnaître la force des initiatives de citoyens groupés, telles qu'on les voit s'exprimer dans des revendications sur la propriété et la gestion des « biens communs » ou sur « l'initiative associative » (ne se réduisant ni à la commande publique, y compris sous forme d'appels à projets, ni à des entreprises sociales, quelle que soit l'importance de l'une et de l'autre).

Le HCVA préconise en ce sens que la loi *ouvre la voie à la reconnaissance « légale » des initiatives citoyennes, aux côtés des délégations de service public et marchés publics, au travers de la subsidiarité. Une telle inscription pourrait se faire soit dans une loi sur la citoyenneté soit dans la loi sur l'ESS⁵⁰. Pour ce faire, la loi française pourrait, à l'instar des exemples des projets de loi européens (reconnaissance d'un principe de subsidiarité horizontale en Italie), établir que l'Etat reconnaît et favorise :*

- *l'initiative autonome des citoyens -individuels ou associés- pour mettre en œuvre des droits et s'organiser en conséquence,*
- *la constitution d'entreprises d'ESS, dont associatives, pour mettre en œuvre des activités d'intérêt général.*

1 – La reconnaissance de la force et la légitimité autonome des initiatives citoyennes :

La loi française pourrait s'inspirer de *l'initiative citoyenne européenne* (ICE) prévue par l'article 11 du Traité de l'Union européenne, dont le paragraphe 4 prévoit que « des citoyens de l'Union, au nombre d'un million au moins, ressortissants d'un nombre significatif d'Etats membres, peuvent prendre l'initiative d'inviter la Commission européenne, dans le cadre de ses attributions, à soumettre une proposition appropriée sur des questions pour lesquelles ces citoyens considèrent qu'un acte juridique de l'Union est nécessaire aux fins de l'application des traités ».

Le 17 février 2015, une première ICE a abouti pour faire reconnaître que l'eau est un droit humain universel et oblige la Commission à répondre.

Cette reconnaissance pourrait par exemple permettre à des citoyens de réclamer la reconnaissance d'un droit collectif à un service d'intérêt général sur la base de leurs droits individuels dans la Charte des droits fondamentaux (cf exemple de Naples où les citoyens ont pu faire reconnaître par la Cour constitutionnelle le droit à l'eau et, sur cette base, la « communalisation » du service de l'eau qui avait été privatisé dans des conditions insatisfaisantes, sous le contrôle des citoyens).

Elle permettrait aussi de mieux assoir le financement associatif sous formes de subventions.

PROPOSITION DE TEXTE de reconnaissance de l'initiative citoyenne :

« Des citoyens, au nombre de 50 000 au moins, ressortissants d'un nombre significatif de régions (?), peuvent prendre l'initiative d'inviter l'Etat et les collectivités publiques, dans le cadre de leurs attributions, à soumettre une proposition appropriée sur des questions pour lesquelles ces citoyens considèrent qu'un acte juridique est nécessaire aux fins de l'application de la loi ».

2 - La détermination de la reconnaissance des services d'intérêt économique général qu'elles rendent :

Il s'agit de trouver une voie d'ancrage légal des services d'intérêt général et/ou des initiatives citoyennes organisées en communs qui ne les enferme pas dans un corner comme à l'heure actuelle, mais qui tire le meilleur parti de la législation européenne.

⁵⁰ Le HCVA avait déjà fait cette proposition dans son rapport sur l'intérêt général en mai 2016

L'idée est de trouver un vecteur de reconnaissance :

- des initiatives citoyennes désintéressées qui permettent de mettre en œuvre les droits humains, l'accès aux ressources matérielles et immatérielles,
- de certaines des personnes morales de l'ESS ou au moins de certaines de leurs activités en tant que services d'intérêt économique général au sens du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Ceci permettrait de donner un cadre facilitant les conditions de leur mandatement.

Deux pistes se présentent, complémentaires :

- reconnaître aux initiatives citoyennes telles qu'imaginées ci-dessus, un pouvoir de déclencher la prise en compte des besoins et des moyens d'y faire face via des organisations d'ESS « en communs » ;
- exploiter la définition donnée des entreprises qui sont considérées comme « recherchant une utilité sociale » au sens de la loi ESS de 2014 et examiner les conditions dans lesquelles :
 - les collectivités publiques reconnaissent, organisent et financent le(s) service(s) d'intérêt économique rendu(s) par lesdites entreprises d'utilité sociale,
 - l'autorité publique établit les missions particulières de d'intérêt général imparties en fonction des besoins ainsi que des obligations de service public qui en découlent,
 - l'autorité publique charge ces entreprises de la gestion de ce service d'intérêt général au moyen d'un acte officiel de mandat opposable.

Proposition de texte (complément à l'article 2 de la Loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire)

=> reconnaissance des SIEG et mandatement :

« Les collectivités publiques reconnaissent, organisent et financent les SIEG -y compris SSIG- au sens de l'article 106-2 du TFUE, rendus par les associations et, plus généralement, par les organismes sans but lucratif recherchant une utilité sociale au sens de l'article 2 de la présente loi. L'autorité publique reconnaît les missions particulières d'intérêt général imparties en fonction des besoins ainsi que les obligations de service public qui en découlent. Elle charge les dits organismes de la gestion du SIEG au moyen d'un acte officiel de mandat opposable ».

Chapitre V

Protection des savoirs et des savoir-faire associatifs

Grâce à la participation de nombreux bénévoles et aux expérimentations et expertises de terrain qu'elles développent, les associations ont toujours été créatrices de réponses innovantes aux besoins sociaux, culturels, économiques des personnes. Leur rôle et place dans les domaines de l'action sociale, de la santé, du tourisme social, de la culture, de l'éducation et de la formation, du numérique libre, en sont des preuves tangibles : elles ont créé des dispositifs qui ont retenu l'attention des pouvoirs publics qui les ont encouragés ou relayés, ou qui ont été copiés et concurrencés par les entreprises du marché lucratif.

Elles ne sont plus seulement détentrices de savoir-faire, mais également productrices de savoirs, et font à ce titre l'objet d'une reconnaissance institutionnelle désormais bien installée. Ainsi que le relevaient déjà Yves Lochard et Maud Simonet-Cusset il y a presque vingt ans dans un article intitulé *Entre science et politique : les politiques du savoir dans le monde associatif*⁵¹, les associations mènent, depuis vingt-ans environ, dans leurs domaines d'intervention, des enquêtes et études complétant celles du monde académique, et elles influencent la décision publique et les politiques sociales par leur participation à de nombreux comités et observatoires économiques et sociaux institués par l'État.

La valeur créée par les associations irrigue par conséquent la société toute entière, servant directement l'intérêt général et parfois indirectement les intérêts privés : un parc bien entretenu par une association qui s'en occupe crée ainsi de la valeur immobilière pour les riverains.

La protection contre la captation à des fins privées de la valeur créée par les organismes désintéressés avec le soutien de fonds publics

Néanmoins, comme s'en inquiétait le HCVA dans son rapport intitulé *Rôle et place des associations dans le contexte des nouveaux modèles d'entreprise* adopté le 2 juillet 2019, on assiste à une captation, à des fins privées, de la valeur créée par les associations et leurs membres sans que les pouvoirs publics ne s'interposent. Le rapport citait l'exemple d'une association qui animait, en banlieue, un tiers-lieu, dans une friche louée par son propriétaire. L'association en question y était encouragée par une fondation et la collectivité locale, sur une période pluriannuelle. Les activités se multipliaient, la fréquentation était au rendez-vous. Des citoyens « désintéressés » venaient ainsi gratuitement participer à des *citizen labs*, contribuant notamment à la conception de nouveaux services pour les *seniors*. A l'échéance du bail, le propriétaire annonça son souhait d'y mettre fin pour vendre le lieu et empocha naturellement la plus-value issue de sa vente. L'association, toujours aussi prolétaire - au sens où elle est dépossédée du capital qu'elle contribue à créer, selon l'expression de François Bloch-Lainé - n'eut pas d'autre choix que de reprendre ses activités ailleurs et partir à la recherche de nouveaux soutiens publics et privés, qui allaient lui demander de mesurer son impact social pour justifier d'un nouvel investissement.

Dans cet exemple, le HCVA relevait que le dispositif du mécénat (lequel induit pour l'État une dépense fiscale dont le corollaire est la renonciation, par l'ensemble de la société, à l'éventuelle action de service public que l'État aurait autrement pu mener au moyen de l'impôt perçu...) et les subventions publiques avaient ainsi contribué à enrichir le propriétaire privé, au travers du soutien à l'association, sans qu'ait été prévu de garde-fou.

Des solutions pourraient être adoptées, par exemple sous forme de restitution de la plus-value aux pouvoirs publics ou à une cause similaire, comme cela existait il y a longtemps dans le domaine sanitaire et social (décret de 1961⁵²). Cette problématique complexe (car nécessitant de trouver une solution juste respectant à la fois l'affectation du travail fourni pour l'intérêt général et le droit du propriétaire de se séparer de son bien) est également prise en compte (avec, au sein des contrats de prêts, notamment : restitution de la plus-value ou interdiction de vendre pendant un temps donné -) dans les établissements publics culturels afin qu'éviter que le propriétaire d'une œuvre ne vende celle-ci sur le marché de l'art juste après l'avoir exposée dans l'établissement, ce qui a bien sûr pour effet de faire monter sa côte/valeur...

⁵¹ Lien social et Politiques – RIAC, 50, *Société des savoirs, gouvernance et démocratie*, Automne 2003, pages 127 à 134.

⁵² Décret n°61-30 du 11 janvier 1961 relatif à diverses mesures administratives et financières dans le domaine de l'action sanitaire et sociale.

Au-delà de cette préoccupation d'éthique fiscale visant à faire en sorte que ce qui a été accordé au profit de l'intérêt général demeure au service de celui-ci et ne puisse pas servir des intérêts exclusivement privés, et avant de revenir ci-après au sujet de leur protection juridique, il convient de dire quelques mots de la mesure des savoirs et savoir-faire associatifs et des limites qu'elle pose.

La mesure des savoirs et savoir-faire associatifs et des limites qu'elle pose

Le contexte économique et social, l'arrivée de nouveaux acteurs de l'utilité sociale (ESS et entreprises ESUS, label B-Corp, entreprises à mission...) et les politiques publiques de rigueur ont poussé les associations ainsi que les bailleurs de fonds privés et publics à entamer depuis plusieurs années une réflexion sur la mise en place d'indicateurs visant à mesurer l'utilité sociale desdites associations.

Cependant, les méthodes de mesure et d'évaluation, issues du secteur lucratif, doivent être adaptées avec précaution et humilité lorsqu'elles sont appliquées au secteur associatif (sur ce point, cf. page 49 du rapport du HCVA intitulé *Rôle et place des associations dans le contexte des nouveaux modèles d'entreprise*, adopté le 2 juillet 2019), en se souvenant que tout n'est pas mesurable et en conservant une disproportion nette entre les efforts consacrés à la mission et ceux consacrés à l'évaluation, afin que cette dernière ne devienne pas trop chronophage, notamment pour les petites structures.

Plus encore, si l'évaluation des savoirs et savoir-faire des associations importantes est plus aisée, l'exercice est susceptible de poser des difficultés lourdes de conséquences pour la capacité des petites associations de proximité à lever des fonds, que cela soit par le biais de l'appel à la générosité publique, par le biais de la subvention publique ou auprès des banques. Faute dans certains cas d'actifs matériels suffisants pour présenter une garantie aux yeux des banquiers et bailleurs, l'association devra mettre en avant sa principale force, à savoir l'actif immatériel que représentent son savoir-faire et les savoirs acquis sur le terrain, sa capacité de mobilisation et l'engagement de ses bénévoles. Comptablement retranscrit, voire repris pour la mémoire de l'association au sein d'un règlement intérieur, cet actif immatériel permettra de donner une image fidèle de la structure en s'émancipant de son seul budget financier.

Les associations sont donc créatrices de savoirs et savoir-faire désormais reconnus et « mesurables » lesquels, elles-mêmes ne parvenant pas toujours à en assurer l'exploitation, se font le plus souvent préempter par le secteur lucratif.

Certes, l'intérêt général qui fonde la mission des associations suppose la possible appropriation des résultats de leurs actions par la société, mais cela doit néanmoins à notre avis supposer un retour pour la communauté au sens large et non la marchandisation, par des acteurs du secteur lucratif, des solutions développées dans un cadre non lucratif grâce aux aides publiques, exonérations d'impôts et réductions d'impôts afférentes au dispositif du mécénat. Par ailleurs, les règles fiscales régissant les organismes à but non lucratif obligent ceux-ci à fortement limiter leurs ressources tirées d'activités commerciales, tandis que l'externalisation de ces activités d'exploitation implique quant à elle la création et la gestion d'une nouvelle entité juridique et engendre des risques fiscaux. Il en résulte que peu d'associations se lancent dans cette voie de l'exploitation commerciale de leurs savoirs et savoir-faire, renonçant ainsi à un véritable retour vertueux sur leur travail, retour qui leur permettrait de financer d'autres R&D, expérimentations et actions de terrain...

Sous un autre angle, la préoccupation de la reconnaissance et protection des savoirs et savoir-faire associatifs répond également à un souci légitime : celui de préserver à la sphère non lucrative l'affectation de la valeur qu'ils représentent aux fins d'éviter que les pouvoirs publics et citoyens ne soient dépossédés de la valeur d'intérêt général que leur action non lucrative, exclusivement désintéressée, a pu créer.

La protection juridique proprement dite

Concernant leur protection juridique proprement dite, lorsque le savoir ou savoir-faire n'est pas une œuvre donnant lieu à une protection au titre des droits d'auteur (cf. ci-après), la première des choses à faire en faveur de leur protection sur le long terme pourrait être de les formaliser au sein d'un document interne, afin qu'ils ne soient plus tributaires des aléas liés à la transmission orale.

Le droit, dont nous verrons qu'il n'est pas tout à fait adapté en la matière à l'esprit comme aux enjeux du secteur non lucratif, ouvre alors deux voies de protection des savoirs et savoir-faire pouvant être couplées : le secret et le brevet.

Au sujet de la première, le secret, il convient de rappeler que si les connaissances techniques ou la manière de mettre en œuvre un produit ne donnent pas lieu à un droit exclusif d'exploitation (d'autres structures peuvent découvrir ces connaissances et les exploiter), l'association pourra néanmoins les garder secrets en mettant en place des clauses de confidentialité (la non-divulgaration des savoirs conditionnant le secret) dans les contrats de travail des salariés et/ou les contrats signés avec les bénévoles.

Les procédés, les innovations techniques que le secret protège peuvent par ailleurs compléter ou prolonger une invention brevetée. S'il y a réellement invention technique, c'est-à-dire produit ou procédé apportant une solution technique nouvelle à un problème technique donné, impliquant une activité inventive et susceptible d'application industrielle, la protection par le biais du brevet pourra également être envisagée. L'exploitation pourra en ce qui la concerne être opérée par le détenteur du brevet mais également par tout tiers auquel celui-ci aura, en contrepartie d'une rémunération, accordé une licence d'exploitation de brevet.

Les droits d'auteur

Quant aux droits d'auteur, rappelons que si les associations sont effectivement amenées à utiliser des œuvres protégées par les droits d'auteur/droits voisins, elles ne peuvent pas elles-mêmes avoir la qualité d'*auteurs* au sens du code de la propriété intellectuelle, ainsi que l'a rappelé la première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 15 janvier 2015 n°13-23566. Elles pourront en effet seulement être propriétaires de l'œuvre collective et investies des droits d'auteur corrélatifs, ainsi qu'en dispose l'article L. 113-5 du code de la propriété intellectuelle : « *L'œuvre collective est, sauf preuve contraire, la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée. Cette personne est investie des droits de l'auteur* ». Et pour qu'il y ait naissance d'une « œuvre » et que le droit d'auteur, lequel naît sans formalité de dépôt du simple fait de la création de l'œuvre, puisse entrer en jeu, il faudra impérativement que l'œuvre nécessairement formalisée (les idées et concepts ne sont pas protégés) soit originale et porte la marque de la personnalité de l'auteur ou de ses auteurs. A cette seule condition naîtront pour les auteurs personnes physiques, des droits moraux perpétuels et incessibles et, durant 70 après leur mort ou après la divulgation de l'œuvre si l'œuvre appartient à une personne morale comme une association, des droits patrimoniaux cessibles permettant d'interdire ou d'autoriser l'utilisation de l'œuvre en contrepartie d'une rémunération éventuelle.

Vers des solutions adaptées aux associations qui contribuent à l'intérêt général

Il résulte de ce qui précède que les dispositifs de valorisation et protection juridique des savoirs et savoir-faire existent mais qu'étant pensés pour le secteur marchand, ils ne sont qu'insuffisamment adaptés à une appropriation par les associations, dont la préservation durable de l'action au profit de l'intérêt général et des populations « non solvables » répond à des enjeux politiques et de société spécifiques. Un bon exemple en est le secteur des services à la personne longtemps portés par les communes ou les associations (en particulier en milieu rural) avec le souci de pouvoir venir en aide aux personnes âgées les plus démunies. Mais la création d'avantages fiscaux pour les particuliers employeurs, le transfert de la prise en charge au département (avec une tarification unique) et le désengagement des collectivités locales ont permis au secteur privé de capter la part d'activité économiquement rentable en milieu urbain et périurbain. Alors que les associations parvenaient auparavant à équilibrer leur budget en offrant leurs services non seulement en zone rurale mais également en zone urbaine et au profit de populations solvables comme non solvables, il ne leur reste plus aujourd'hui que l'action dans les zones rurales au modèle économique très souvent déficitaire. Cette inquiétante réalité ne met pas seulement en danger la survie de ces associations et celle des savoirs et savoir-faire qu'elles ont développés, mais fait courir le risque important d'un véritable trou noir dans la prise en charge des personnes en état de grande fragilité dans les zones rurales...

Afin d'éviter que les savoirs et savoir-faire associatifs soient captés et exploités par un secteur lucratif davantage en capacité de les exploiter, le HCVA demande que les savoirs, savoir-faire et initiatives d'intérêt général des associations soient sinon protégées ou à tout le moins ne puissent pas être réappropriées par des organismes lucratifs afin d'en garantir et favoriser l'accès à tous. Cette protection que les pouvoirs publics doivent rapidement mettre en œuvre, selon des modèles à définir, aura tout son sens particulièrement lorsque les associations créent cette valeur grâce à des financements publics.

Proposition du HCVA

Le HCVA demande au Gouvernement d'ouvrir un chantier sur la protection de la production « intellectuelle d'intérêt général » des associations avec les administrations concernées.

Annexes

L'emploi associatif dans l'aide à domicile : situation et effets de la concurrence

HCVA

11/09/2020

François-Xavier Devetter, CLERSE, IMT Lille Douai, Université de Lille

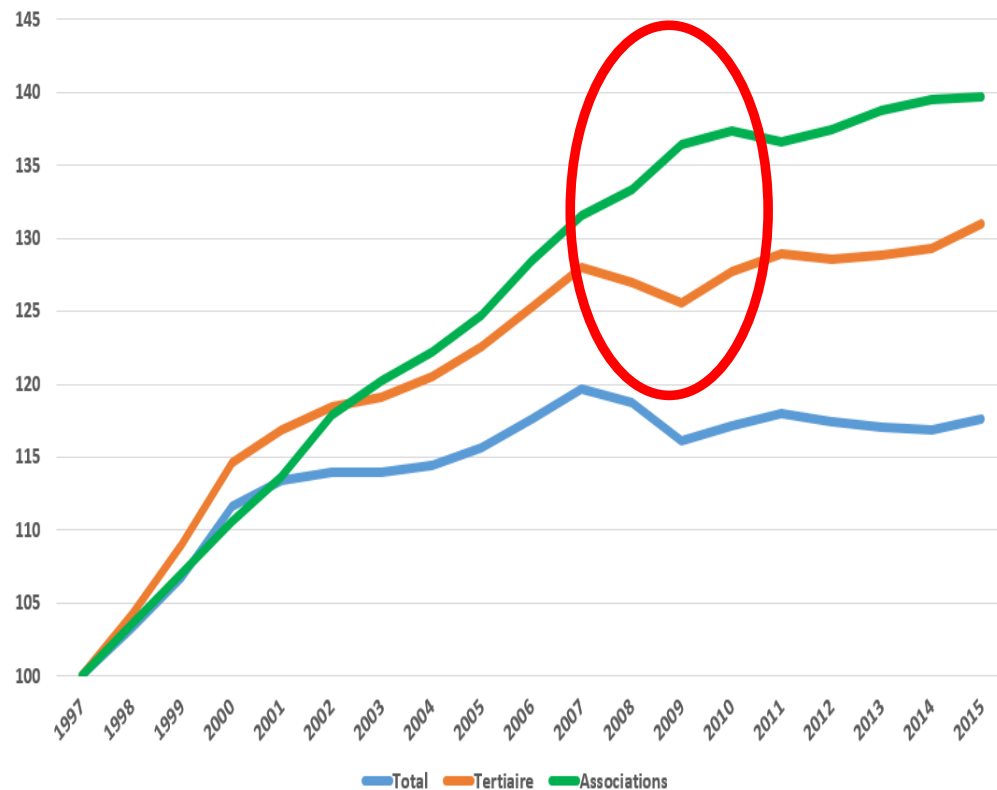
Plan

1. Quelques éléments généraux sur l'emploi associatif
2. Transformation du « marché de l'aide à domicile »
3. Conséquences pour les salariés
4. Conséquences sur l'offre de services

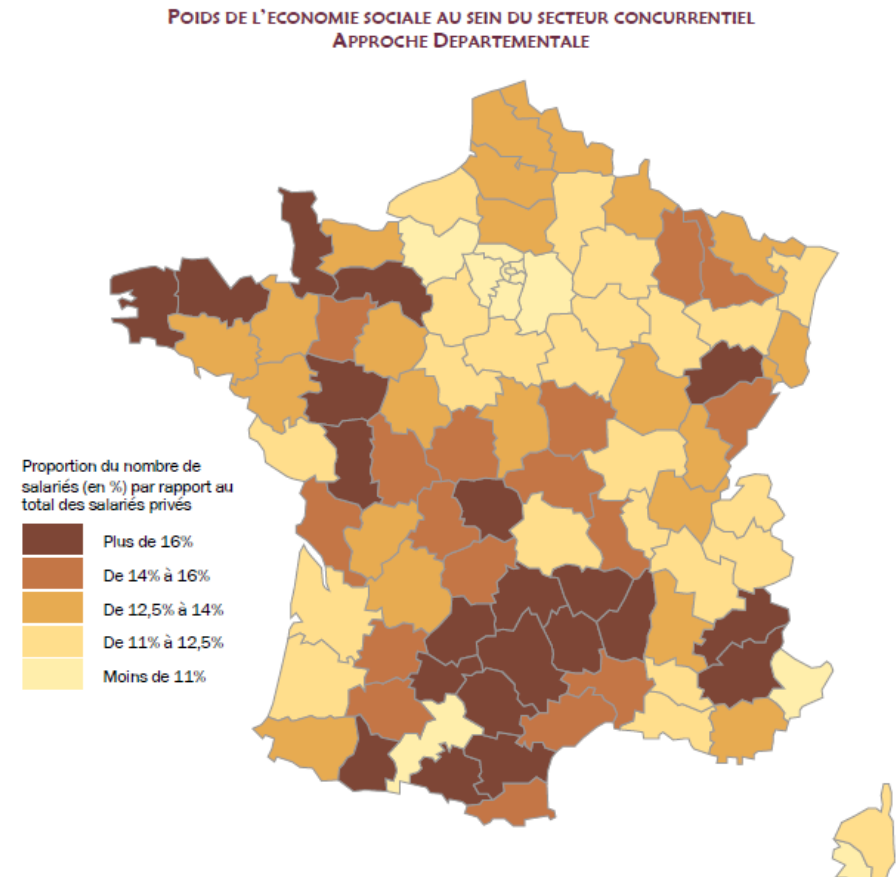
1. Quelques éléments généraux sur l'emploi associatif

Un bilan quantitatif nettement positif... (notamment dans certaines régions)

Évolution du niveau de l'emploi de 1997 à 2015 (estimé en décembre). Base 100 décembre 1997.



Source : Acoess. Champ : Le champ couvert est celui du secteur privé Acoess-Urssaf



L'ESS met en avant des valeurs démocratiques qui ne se traduisent pas par un meilleur traitement des salariés. Comment expliquer ce paradoxe?

- L'ESS comme substitut "économe" à l'emploi public (Hély, 2009)
- Manque de moyens et contraintes budgétaires (Richez-Battesti et al., 2011)
- Technicisation et professionnalisation des pratiques (Bouquet, 2016, Gérôme, 2015)

- Mais surtout des spécificités sectorielles importantes : cinq domaines essentiels pour le secteur associatif

Enseignement	16,86
Activités pour la santé humaine	12,25
Hébergement médico-social et social	21,71
Action sociale sans hébergement	25,57
Activités des organisations associatives	8,96
Ensemble	85,35

La qualité de l'emploi associatif : un diagnostic complexe

	EBL	Associations	Public
+	Heures Tensions avec le client	Pénibilités physiques Horaires atypiques Rythme de travail Participation	Sécurité d'emploi
-	Développement des compétences Autonomie Horaires atypiques Sécurité d'emploi Participation Variété et créativité	Heures	Qualité de la relation avec les supérieurs hiérarchiques Flexibilité exigée Reconnaissance

- À domaine donné, le secteur associatif affiche, en moyenne, une qualité d'emploi supérieure.
- À domaine donné, les organisations publiques offrent une qualité d'emploi différentes des EBL mais qui ne peut être caractérisée de meilleure.

ASSOCIATIONS			
	Santé	Médico-Social	Sport et Culture
+	Pénibilités physiques Qualité de la relation avec les collègues Pressions morales Tensions avec le client Rythme de travail Reconnaissance	Pénibilités physiques Qualité de la relation avec les superviseurs et collègues Tensions avec le client Reconnaissance	Heures Tensions avec le client Reconnaissance
-	Flexibilité exigée	Heures Dvlp. des compétences Horaires atypiques	

- Au sein des domaines où le secteur associatif est relativement important, globalement, les associations offrent une meilleure qualité d'emploi.
- Interprétation à nuancer quelque peu pour le domaine Médico-Social dans la comparaison avec le public.

Des environnements de travail plus éthiques ?

- Des salariés aux trajectoires précédentes plus précaires
- Des inégalités plus faibles et moins de discriminations à l'embauche et sur le plan salarial (plus encore « toutes choses égales par ailleurs »).

	Salaire moyen	Cadres	PI	Employés	Employés / cadres	% de salaires faibles
ESS	1328	2142	1533	1003	47%	40%
Particuliers	784			704		77%
Privé	1660	3033	1768	1197	39%	20%
Public	1616	2535	1738	1259	49%	18%

Brève synthèse

- Un bilan en termes de qualité de l'emploi assez complexe et ambiguë ... et surtout difficile à faire sans tenir compte de la spécificité sectorielle de la « production associative ».
- Des positionnements de structures parfois ambiguës également et une croissance du flou entre statuts (ESUS, entreprises à mission, ...) :
 - Des associations parfois engagées dans des démarches SAP de manière choisie ou contrainte....
 - Des entreprises nettement positionnées sur un « quasi marché des politiques sociales » soit dans des démarches RSE affichées soit dans le cadre d'une stratégie de prise en charge globale des personnes âgées (adossées aux groupes gérant des établissements).
 - Des structures qui brouillent les frontières (RSE, entreprises sociales, coopératives, ...).
- Importance de mieux étudier les secteurs spécifiques : médico-social et notamment aide à domicile (ou services à la personne ?).

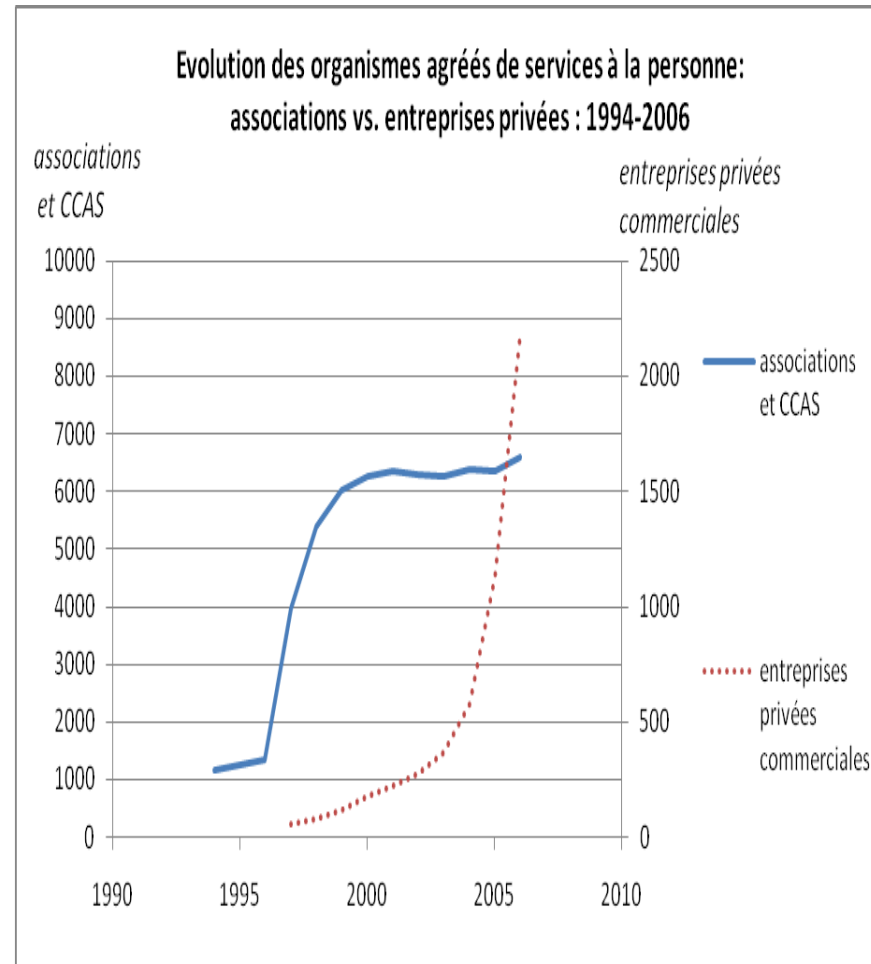
2. Transformation du « marché » de l'aide à domicile

Intro.

- Un secteur historiquement associatif... avec quelques nuances (le public ; le particulier employeur ; le travail informel)
- Le « modèle » associatif aujourd'hui (l'emploi associatif : entre « *peut mieux faire* » et « *pas si mal* »):
- Quels effets de la concurrence ?
 - Réponses à des publics différents : écrémage ou complémentarité ?
 - Des qualités de service différentes ?
 - Des qualités d'emploi différentes ? (+ le coût public de l'emploi « low cost »)

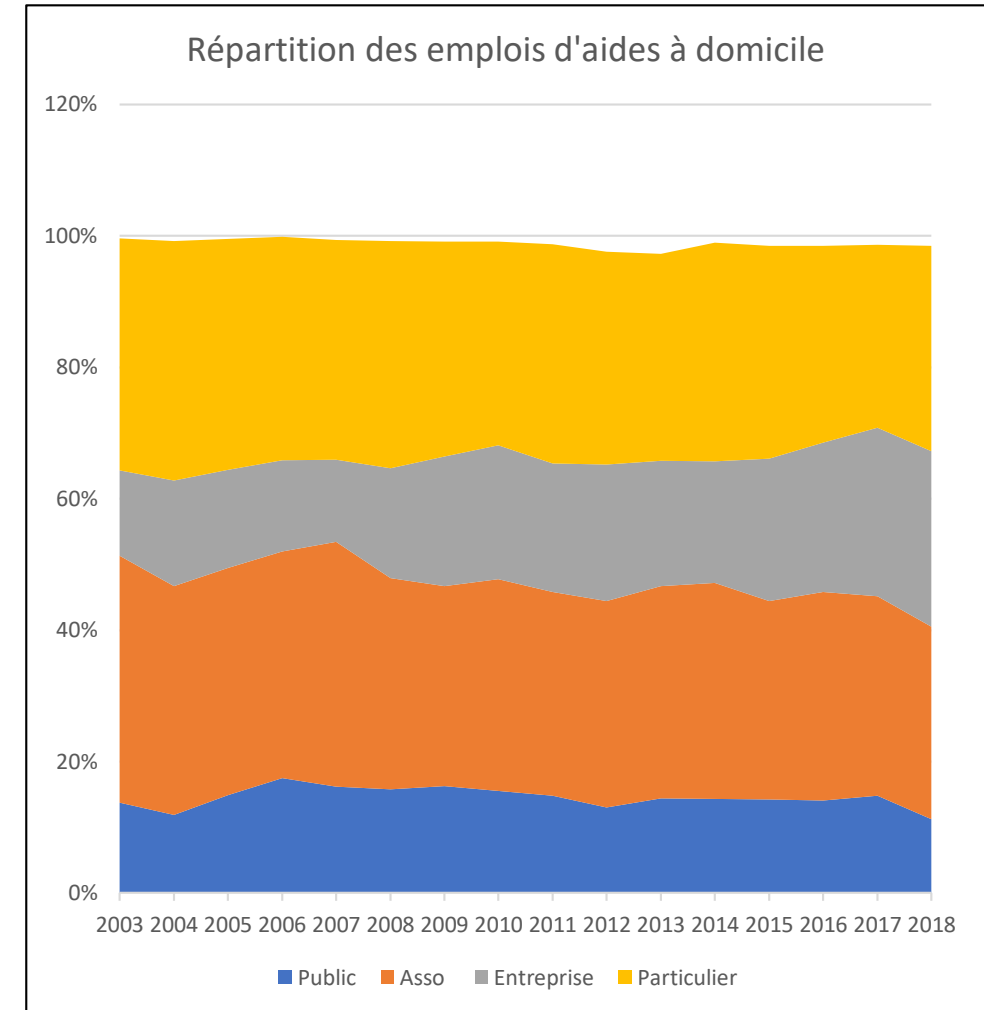
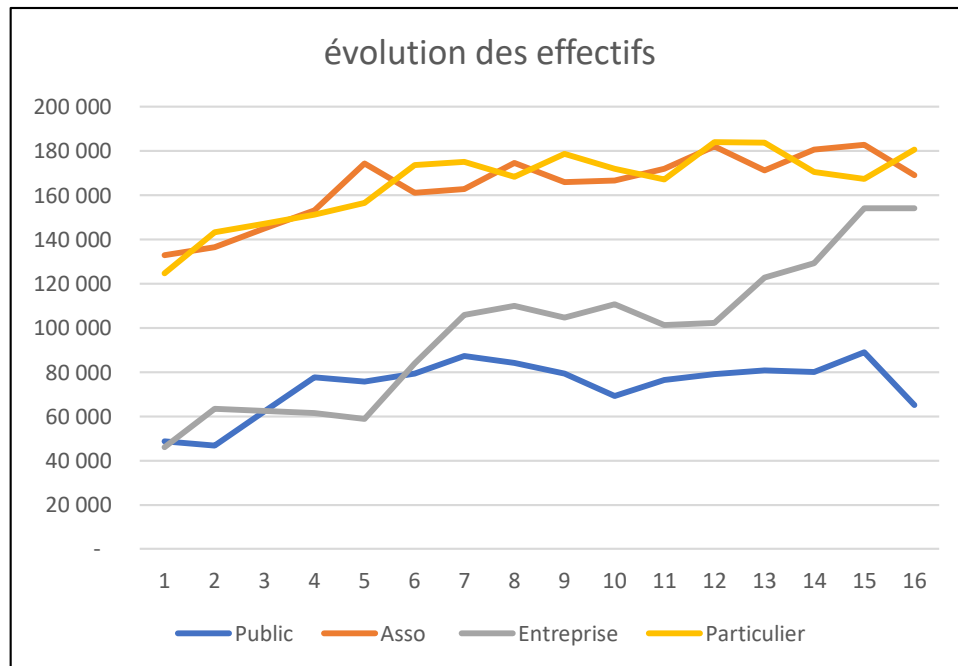
Une rupture dans la politique publique (2005)

	« Action sociale »	« SAP »
Critère de définition du périmètre	La finalité du service rendu	La « nature des tâches » réalisées
Comment stabiliser une demande ?	Des critères médicaux et sociaux → APA	Une solvabilisation marchande → CESU
Comment établir la qualité des services ?	Développement de la formation (DEAVS) et contrôles accrus (Autorisation)	Normalisation et libre-choix
Comment garantir un niveau minimal de qualité de l'emploi ?	Une convention collective revalorisée.	Une logique de compensation des bas salaires (RSA)



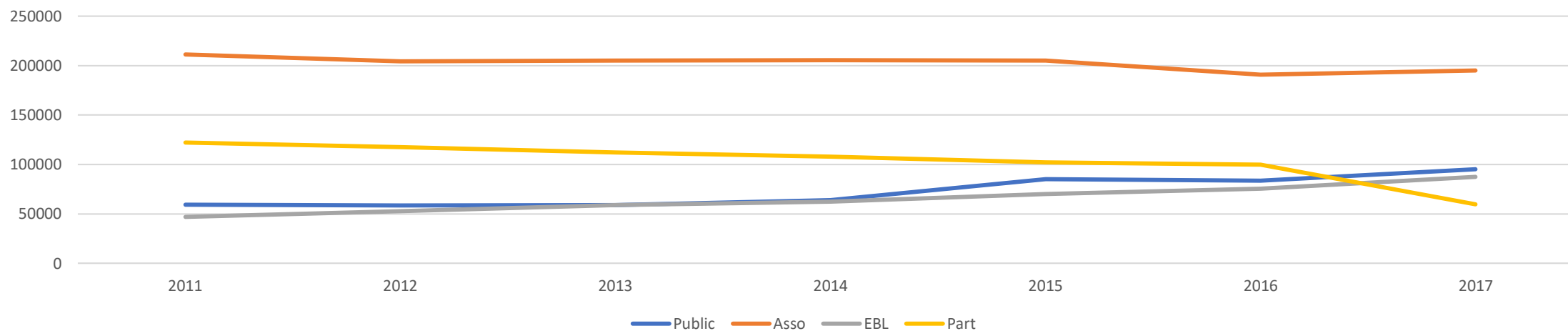
Evolution de l'emploi associatif dans l'aide à domicile depuis 2003

- Trois périodes :
 - 2003-2009 : croissance forte pour tous les opérateurs
 - 2009-2015 : stagnation générale
 - 2015-2018 : croissance du secteur à but lucratif

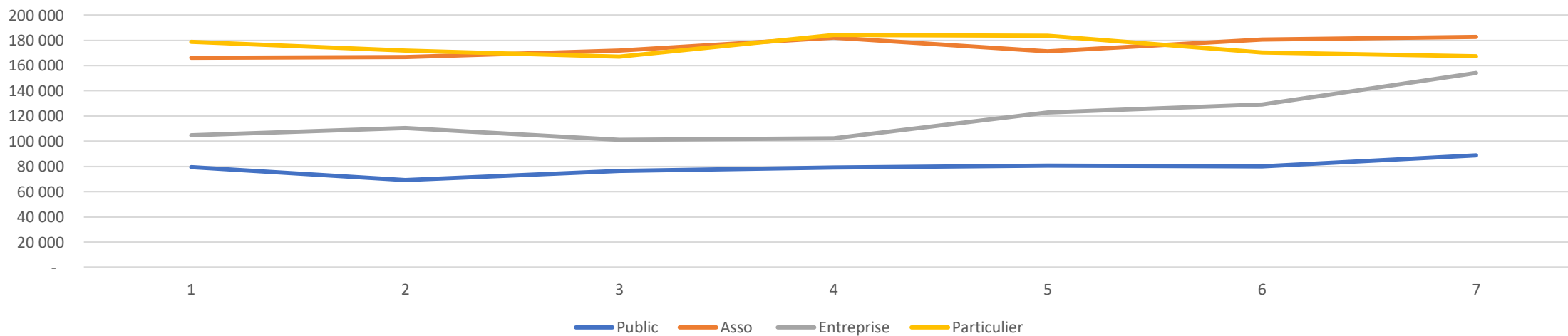


Source : Enquêtes Emploi

Evolution des effectifs d'Aides à domicile entre 2011 et 2017 source DADS

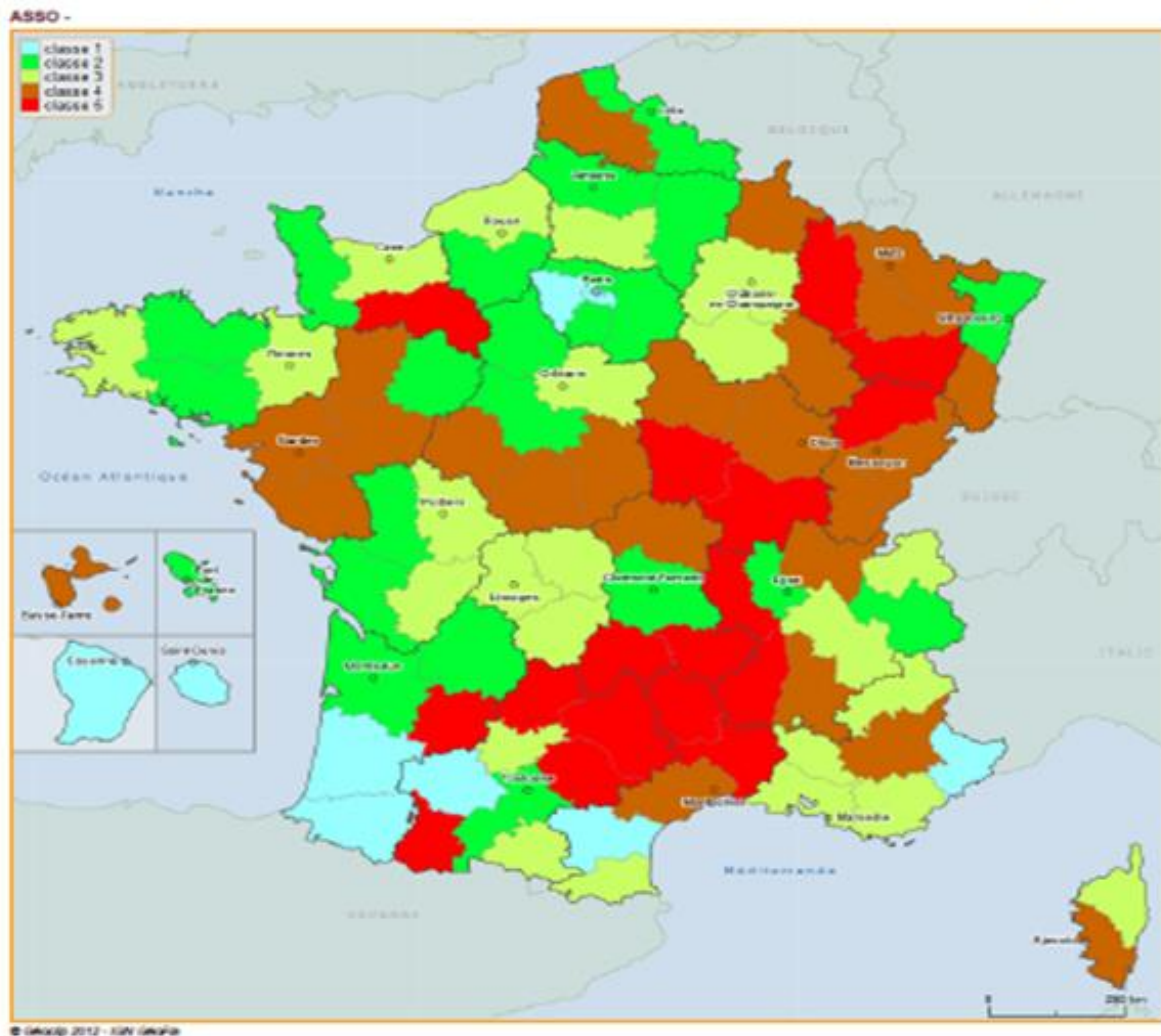


Enquete emploi



Et des écarts encore plus massifs au niveau départemental (2010)

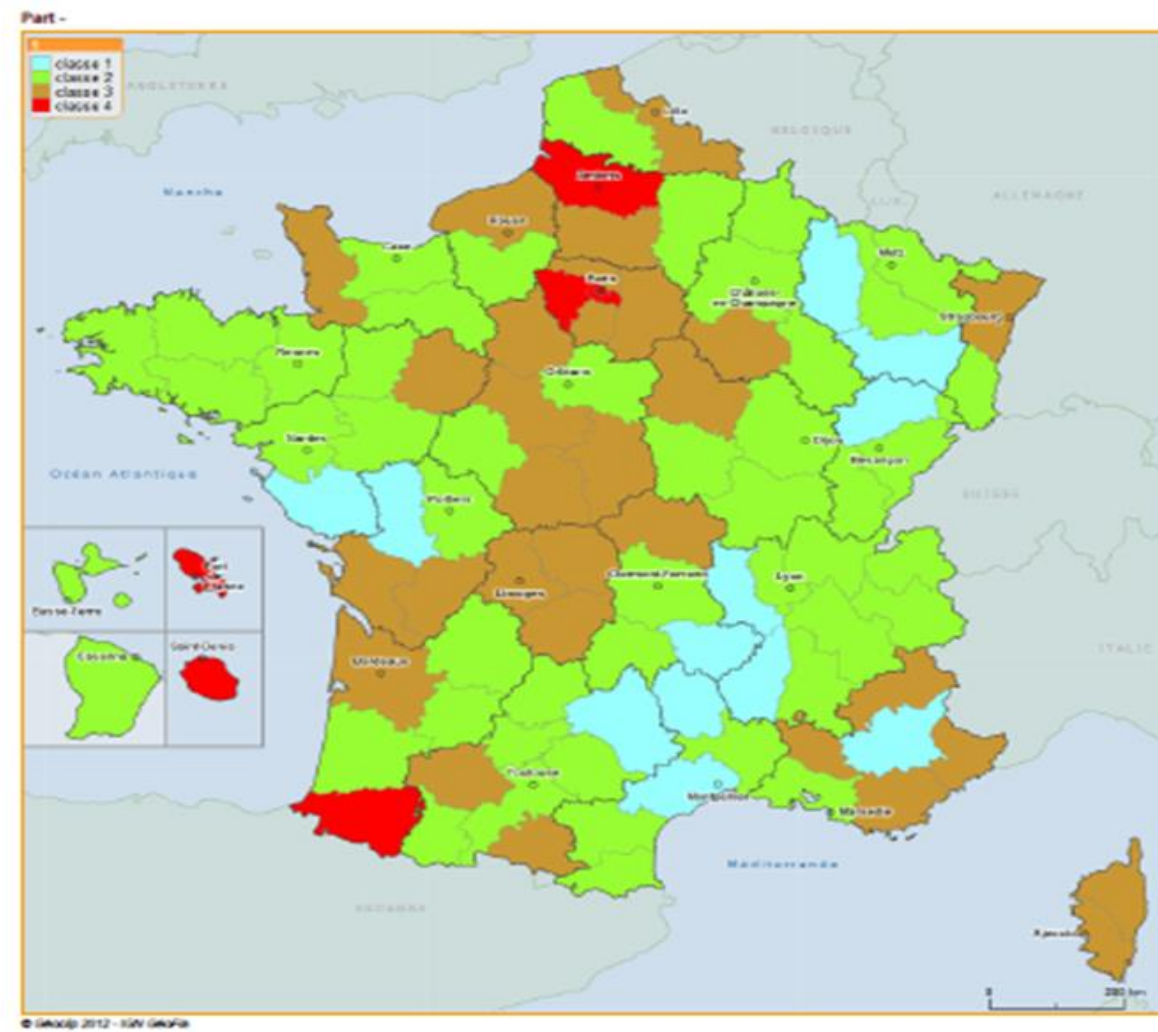
Associations	Particuliers Employeurs	Organismes publics	Entreprises à but lucratif
57%	19%	14%	10%
Lozère (86%)	Somme (42%)	Landes (60%)	Hauts-de-Seine (31%)
Orne (86%)	Pyrénées-Atlantiques (39%)	Deux-Sèvres (51%)	Paris (24%)
Lot et Garonne (84%)	Alpes-Maritimes (35%)	Gers (44%)	Alpes-Maritimes (24%)
Loire (83%)	Bas-Rhin (34%)	Puy de Dôme (39%)	Rhône (21%)
Mayenne (81%)	Corrèze (31%)	Eure (36%)	Essonne (21%)
Nièvre (81%)	Loir et Cher (20%)	Savoie (33%)	Val de Marne (20%)



Carte réalisée à partir de données importées par l'utilisateur.

Part du secteur associatif sur l'ensemble des emplois AD

Classe 1 = moins de 25% ; classe 2 = 25-40% ; classe 3 = 40-50% ; classe 4 = 50-60% et classe 5 = 60% et +



Carte réalisée à partir de données importées par l'utilisateur.

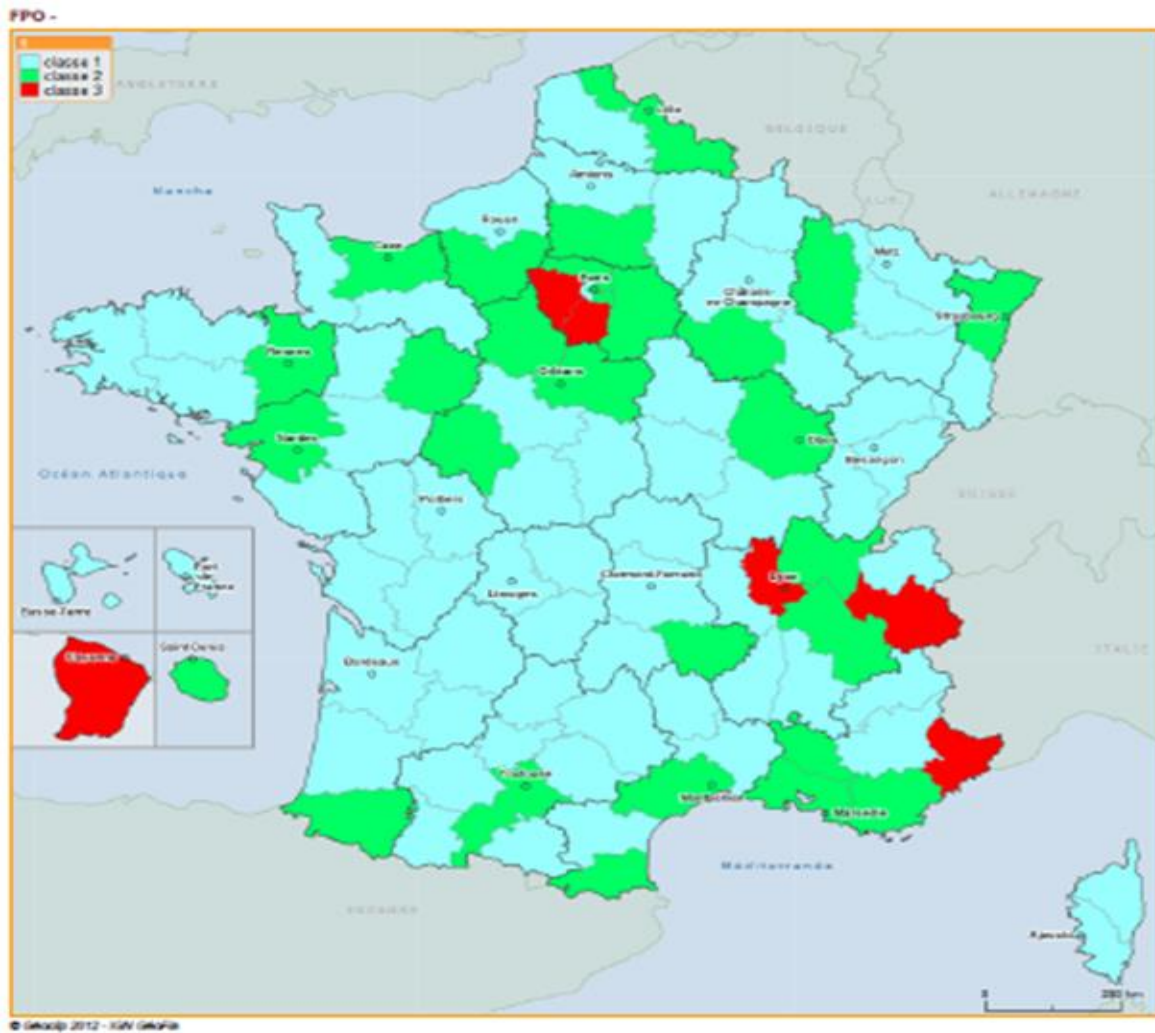
Part du particulier employeur

Classe 1 = moins de 20%

Classe 2 = 20-40

Classe 3 = 40-50

Classe 4 = 50% et +



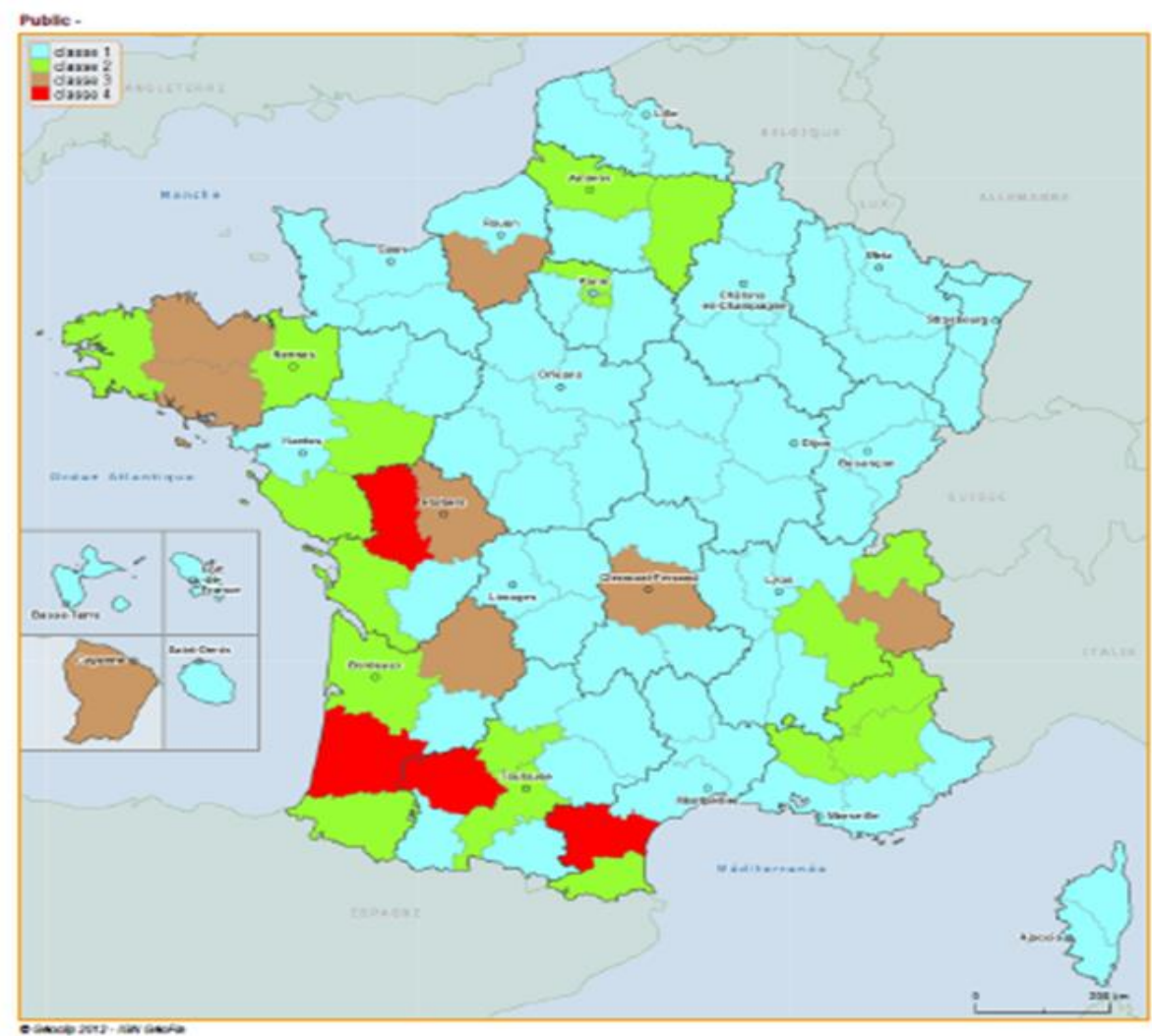
Carte réalisée à partir de données importées par l'utilisateur.

Part des entreprises privées :

Classe 1 = moins de 10%

Classe 2 = 10 -20%

Classe 3 = 20 et +



Carte réalisée à partir de données importées par l'utilisateur.

Part du secteur public :

Classe 1 = moins de 10%

Classe 2 = 10- 20%

Classe 3 = 20 -30%

Classe 4 = 30% et +

Comment expliquer ces transformations ?

- Politiques publiques :
 - Plan Borloo, concurrence et libre-choix
 - Loi ASV et convergence tarifaire $(19 + 24)/2 = 21\text{€}50\ldots$
- Des coûts différents :
 - CCN et pratiques RH → csq sur les salariés
 - Choix des bénéficiaires et des publics → csq sur l'offre de services
- Des acteurs innovants ?

3. Des conséquences pour les salariés

Politiques « RH » et conditions de travail et d'emploi

- Des CCN et des politiques de branches sensiblement différentes (mais qui ne recouvrent pas complètement la distinction EBL / ASSO) :
 - identité professionnelle et classification,
 - ancienneté et carrière,
 - formation moins fréquente et moindre prise en compte de la qualification (place du diplôme) dans les EBL
 - temps de travail et déplacement
 - encadrement plus réduit et temps collectifs moins fréquents
 - des écarts observables en termes de temps de travail et donc de salaire mensuels assez nets (mais loin derrière les CCAS)
- Des associations moins inégalitaires ? + méthodes de recrutement

	CCN Branche aide à domicile (2003 – 2010)	CCN Particuliers employeurs	CCN Services à la personne
Champ d'application	Ensemble des entreprises et organismes privés non lucratifs d'aide à domicile.	« Tâches de la maison à caractère familial ou ménager » réalisées au domicile des particuliers.	Les activités déterminées dans la Loi Borloo (dont la majorité s'effectue dans les domiciles privés).
Classification & activités	Les intervenantes à domicile sont réparties sur 4 niveaux de classifications. Ces niveaux sont déterminés en fonction de l'état (degré d'autonomie) des usagers. L'ancienneté est prise en compte à l'intérieur des niveaux (le passage d'un niveau à l'autre étant déterminé par la détention d'un diplôme).	Les intervenantes sont réparties sur 5 niveaux de classification (selon des critères classiques comme la responsabilité ou l'autonomie). Les 3 1ers niveaux de salaires sont en dessous du Smic. C'est l'ancienneté : chez l'employeur (et non dans le poste) qui est prise en compte.	Les salariés sont réparties sur 4 niveaux, selon des critères classant (connaissance, technicité, autonomie, résolution de problèmes, relationnel). Quasiment pas de progression à l'ancienneté (+ 5centimes au bout de 2 ans puis 5 ans).
Reconnaissance des diplômes	Classement automatique sur la base de la reconnaissance de quelques diplômes (le DEAVS – Diplôme d'Etat d'Auxiliaire de Vie Sociale – étant au cœur du système).	Reconnaissance uniquement des CQP – Contrat de qualification professionnelle – de la branche (assistante de vie, garde d'enfants, employé polyvalent). Pas de reconnaissance du DEAVS).	Pas de prise en compte des diplômes.
Frais km	37 centimes (?)	0	20 centimes
Temps collectifs	l'employeur doit organiser des temps d'échanges d'une durée minimale de 8 heures par an pour les salariés de la filière intervention	--	--

DADS 2017

Salaires annuels nets

Moyenne	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Public	13 037	13 469	14 161	14 304	13 395	13 339	13 047
Asso	10 189	10 165	10 382	10 474	10 494	10 757	10 823
EBL	8 997	9 081	9 334	9 509	9 610	10 067	9 923
Particulier	7 722	7 967	8 421	8 550	8 677	8 990	
	1 192	1 084	1 049	965	885	689	899

Salaires horaires nets

Moyenne	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Public	10,27	10,33	10,33	10,63	10,61	10,48	10,60
Asso	9,84	9,58	9,73	9,68	9,72	9,60	10,31
EBL	10,97	10,86	11,05	10,91	10,77	10,30	10,66
Particulier	11,60	13,53	14,82	15,24	15,42	15,14	-

Durée hebdomadaire

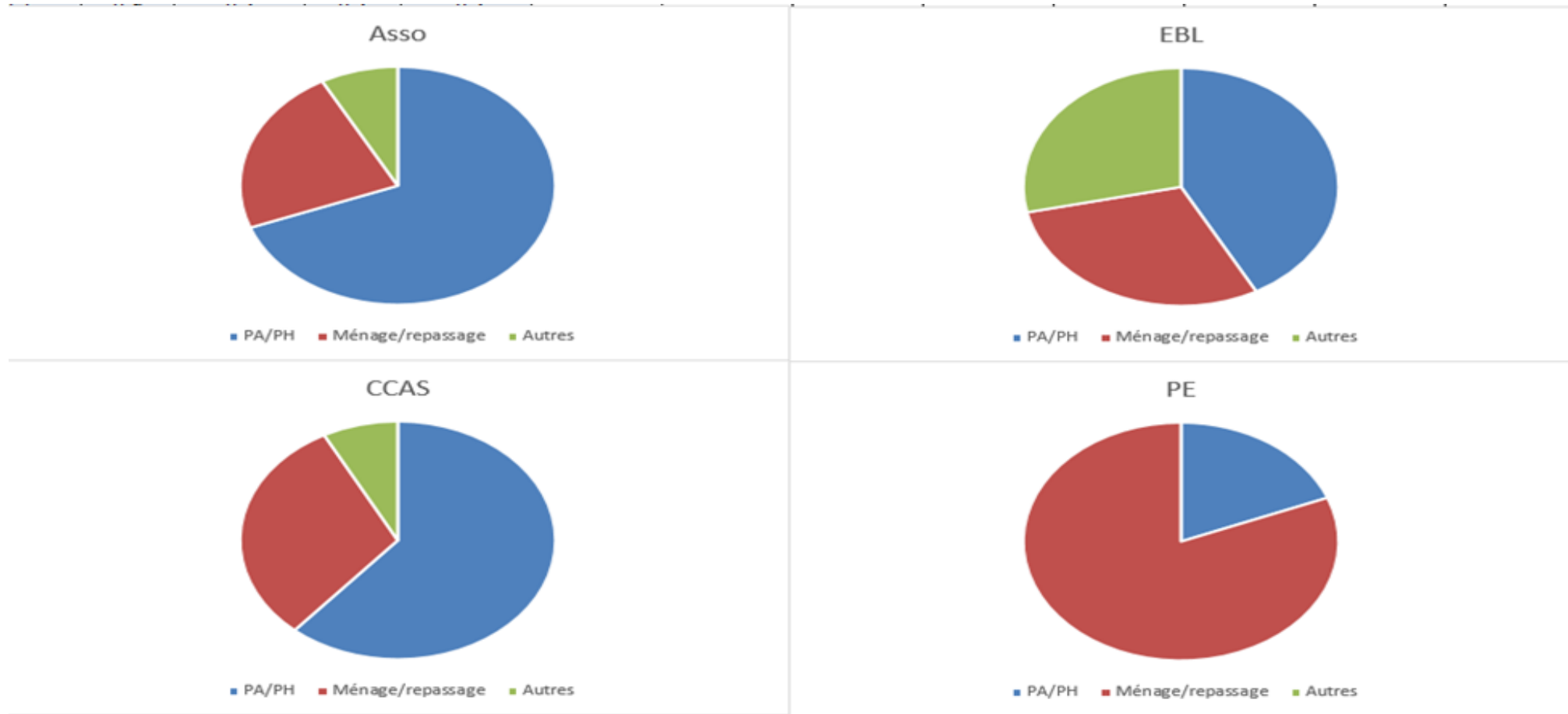
	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Public	27	28	29	29	27	27	26
Asso	22	23	23	23	23	24	22
EBL	17	18	18	19	19	21	20
Part	14	13	12	12	12	13	18

4. Des conséquences sur l'offre de service

Activités et Marchés

- Secteur lucratif et associatif offrent-ils les mêmes services ?
 - En termes d'activités : personnes âgées vs services de confort ?
 - En termes de secteurs géographiques : associatif rural vs lucratif urbain ?
 - En termes de « segments de clientèles » : clients solvables vs allocataires APA ?

En termes d'activités : personnes âgées vs services de confort ?



Sources : Données DARES, Nova

En termes de secteurs géographiques : associatif rural vs lucratif urbain ?

- Départements urbains vs départements ruraux : 6 départements avec une présence « entreprises » importantes (Haut de Seine, Paris, Yvelines, Essonne, Alpes-Maritimes, Rhône.... + Lot). Départements riches et urbains.
- Zones urbaines vs zones rurales y compris au sein des départements.
- Un rôle des politiques départementales ? Probable mais modéré... pour le moment.

	Part du secteur associatif	Part du Particulier Employeur	Part du privé lucratif	Part du secteur public
Intercept	3,490*	-2,53***	-1,65***	1,69
Log de la densité de population	-0,59**	-0,004	0,02***	0,05**
Log du revenu fiscal moyen des 75 ans et plus.	-0,264	0,027***	0,186***	-0,193
Rapport interdécile	0,007	0,023**	-0,003	-0,03*
Part de la population de plus de 75 ans	-0,009	0,010*	-0,007**	0,006
Nombre d'heures par personne de 75 ans et plus.	-0,000	-0,000	-0,0006*	0,002*
R ²	0,24	0,24	0,66	0,09

En termes de « segments de clientèles » : clients solvables vs allocataires APA ?

- Absence de données spécifiques sur les revenus des usagers/clients mais une proportion de bénéficiaires de l'APA plus importante en moyenne dans le secteur associatif.
+ une concentration très nette des EBL dans les départements les plus riches...
- Des politiques tarifaires variables...
 - Exemple O² : des tarifs élevés et modifiés en fonction des volumes et des zones d'activité.
 - Exemple Adhap : des tarifs élevés également... mais réduit en cas d'APA...
- Volonté plus ou moins délibérée de cibler une clientèle ?

Exemple des Ehpad

- Des tarifs sensiblement plus élevés dans le secteur commercial
- Des services « inclus » moins nombreux (ex. linge des résidents)
- Des tarifs sociaux bien moins fréquents (HAS)
- Une présence territoriale plus ciblée
- Des taux d'encadrements identiques

Département		Nombre d'EHPAD	Premier décile (D1)	Premier quartile (Q1)	Médiane	Troisième quartile (Q3)	Neuvième décile (D9)	Rapport inter décile
BAS-RHIN	1-Public	50	1 683 €	1 730 €	1 826 €	1 884 €	1 980 €	1,18
BAS-RHIN	2-Privé non lucratif	55	1 791 €	1 866 €	1 981 €	2 069 €	2 173 €	1,21
BAS-RHIN	3-Privé commercial	4	2 294 €	2 486 €	2 857 €	3 574 €	4 112 €	1,79
BOUCHES-DU-RHONE	1-Public	27	1 853 €	1 953 €	2 005 €	2 081 €	2 159 €	1,17
BOUCHES-DU-RHONE	2-Privé non lucratif	38	1 918 €	2 024 €	2 137 €	2 294 €	2 492 €	1,30
BOUCHES-DU-RHONE	3-Privé commercial	106	2 318 €	2 471 €	2 592 €	2 804 €	2 976 €	1,28
CANTAL	1-Public	22	1 536 €	1 595 €	1 659 €	1 731 €	1 774 €	1,15
CANTAL	2-Privé non lucratif	14	1 508 €	1 528 €	1 668 €	1 750 €	1 781 €	1,18
CANTAL	3-Privé commercial	2	2 364 €	2 364 €	2 388 €	2 411 €	2 411 €	1,02

Définition du service et démarche « commerciale »

- Relations avec les pouvoirs publics : lobbying et partenariats (Oliver Wyman / FESP)
- Une stratégie de promotion du libre-choix...
(<http://www.ifrap.org/emploi-et-politiques-sociales/services-la-personne-des-tarifs-inegaux-entre-associations-et>)... mais pas pour toutes les règles.
- Deux types de qualité / conventions de professionnalité :
 - Standardisation et certification
 - Professionnalisation

Quel contrôle de la qualité des services offerts ?

Principe	Dispositif	Mesures complémentaires	Hypothèse centrale	Modèle
Libre-choix et concurrence	Agrément (ou autorisation type 1)	« équipement du marché » : labels, certifications, etc.	Les clients peuvent choisir les meilleurs services	Hôtellerie, loisirs, etc.
Encadrement public	Autorisation	Tarification et dialogue	L'acteur public peut orienter la production du service	Santé, éducation

La dimension accessibilité aux services des associations (secteur EHPAD)

Le principe du libre choix :

Intégrer le libre choix comme un élément fondamental de la prise en charge des personnes vulnérables. Préserver le libre choix des personnes vulnérables en leur donnant la possibilité d'avoir accès à des offres variées d'hébergement adaptées et accessibles tant sur le plan territorial en évitant l'éloignement avec les proches, que sur le plan financier.

Travailler à la réduction des inégalités sociales, financières et territoriales, en veillant à limiter les différences existantes en fonction des départements concernés. Renforcer la solvabilité des personnes âgées en perte d'autonomie.

Passer d'un modèle de « service à la personne » à un modèle « au service de la personne ».

Des lieux de vie et d'exercice de la citoyenneté :

Les EHPAD doivent être des lieux de vie, des lieux d'accompagnement et de soins, mais également des lieux d'exercice de pleine citoyenneté et des lieux ouverts sur la cité. Ils doivent être un outil de lutte contre l'isolement social en accueillant de manière flexible des personnes âgées vulnérables du territoire vivant encore à domicile.

Anticiper les besoins

Pour éviter les logiques de marché et de concurrence, anticiper davantage les besoins émergents des territoires, construire et proposer une offre d'hébergement variée.

Imaginer des parcours résidentiels diversifiés en intégrant la nécessité d'avoir des lieux d'accueil et de répit en cas d'événements entraînant des vulnérabilités parfois transitoires. Grâce à ces offres, renforcer ainsi l'attractivité des territoires.

Revaloriser les métiers du grand âge

Face à la pénurie de personnel et aux difficultés de recrutement, revaloriser les métiers pour augmenter leur attractivité : revalorisation salariale, mais également effort de formation initiale et continue.

Donner aux établissements davantage de moyens humains pour améliorer la qualité du lien, soignant/résident.

La dimension accessibilité aux services des associations (secteur petite enfance)

- La reconnaissance des professionnels(les) de la petite enfance dans un contexte où les métiers du CARE ont une place essentielle, malgré cela l'attractivité de ces métiers est en baisse et le turn-over dans les structures croissant; cela passe par une revalorisation salariale, un plan de formation continue et des temps d'échanges de pratiques, ce qui va avoir indéniablement un impact sur le coût des structures.
- Proposer, dans l'optique du bien-être de l'enfant et de ses parents, des possibilités d'accueil hybride entre différents modes de garde pouvant répondre à des besoins spécifiques (horaires atypiques, recherche d'emploi etc ...) et ainsi inciter les parents à recourir plus fréquemment à un mode garde pour leurs jeunes enfants et mieux concilier vie familiale et vie professionnelle et vie sociale.
- L'offre d'accueil de la petite enfance sur un territoire doit être visible et attractive pour les parents qui sont parfois très éloignés de l'emploi, en situation d'exclusion sociale et ne s'autorisant pas à solliciter un mode de garde. L'enjeu pour ces enfants et leurs parents est de leur proposer un parcours d'accompagnement jusqu'à l'école, les structures d'accueil de la petite enfance quel que soit leur statut constituant la première étape de l'inclusion.

La dimension comptable et des outils de gestion

Promouvoir le compte de résultat par origine et par destination, véritable document de transparence financière et de présentation des actions menées au service de la mission sociale, dans toutes les structures de statistiques économiques.

Le HCVA trouve par ailleurs nécessaire :

- d'analyser l'influence des outils de gestion sur les finalités et les modes d'organisation des associations,
- de mettre en débat les outils et les conventions, y compris les statistiques,
- de dégager des pistes pour des outils spécifiques permettant de lutter contre la prégnance des outils dominants qui sont autant d'armes concurrentielles au service des organisations capitalistes.

La dimension fiscale

- S'appuyant sur ces différents éléments, le HCVA recommande de faire évoluer la doctrine fiscale actuelle afin de retenir comme critère principal, outre celui de la gestion désintéressée de l'organisme, sa réelle utilité sociale, c'est-à-dire l'impact réel de son action sur le bien-être des populations accueillies ou bénéficiaires de ses prestations.

L'utilité sociale d'une association pourrait ainsi être évaluée à partir de l'impact social de son action et non plus de la seule question de savoir si l'association exerce ou non une activité concurrentielle.

- Le HCVA propose également de remplacer au BOFIP (boi-is-champ-10-50-10-10) la règle des « 4P » par les règles suivantes :
 - « est d'utilité sociale, l'activité qui tend à satisfaire un besoin d'intérêt général auquel l'application des règles de la concurrence serait susceptible de faire échec, en droit comme en fait ;
 - sont susceptibles d'être d'utilité sociale, les actes payant s'inscrivant dans une logique de mutualisation entre différents publics, de telle sorte que puissent y avoir accès les personnes justifiant l'octroi d'avantages particuliers. »
- Il est en outre proposé d'ajouter deux dispositions au Code général des impôts :

A l'article 206-1 bis, après l'alinéa 1 un alinéa rédigé comme suit :

« Par dérogation, les excédents dégagés par les activités lucratives accessoires d'une association ayant mis en place une sectorisation – sur option – sont soumis à une imposition à taux réduit dès lors qu'ils sont affectés en totalité à l'activité d'intérêt général de l'association »

A l'article 219 bis un II ainsi libellé :

« II.- Par dérogation aux dispositions de l'article 219, le taux de l'impôt sur les sociétés est fixé à 10 % en ce qui concerne les revenus visés au 1 bis, alinéa 2 de l'article 206, perçus par les établissements publics, associations et collectivités sans but lucratif. »

- Dans le cadre de la mutualisation de moyens d'intérêt commun (fonctions supports, locaux, salariés... notamment en incitant à la construction de groupements d'employeurs) évoqué plus haut, le risque d'assujettissement à la TVA des remboursements de charges, opérés même à prix coûtant, par des associations par ailleurs exonérées de TVA sur leurs activités est réel. C'est pourquoi, le HCVA demande

instamment que ce problème soit revu à l'occasion de la prochaine loi de finances. A défaut, il serait vain d'inciter à des coopérations ou mutualisations de moyens entre associations.

- Enfin, et afin de favoriser une mutualisation financière privée au sein de chaque organisme et de compenser ainsi la diminution des financements publics, il convient, le Haut Conseil renouvelle sa proposition, de modifier le § 140 alinéa 2 de la doctrine BOI-IS-CHAMP-10-50-20-10, en supprimant l'adverbe « significativement » dans la phrase « Il est en outre nécessaire que l'activité non lucrative demeure significativement prépondérante ».

La dimension européenne

Le droit des SSIG ne pouvant se réduire à un problème de compréhension du droit communautaire par les différents acteurs, et d'excès de précautions à chaque strate de contrôle, le HCVA recommande de :

- promouvoir et réellement prendre en compte les spécificités des SSIG et des opérateurs non lucratifs en France et en Europe ;
- participer aux débats communautaires sur les SSIG et favoriser les processus de partenariat entre opérateurs non lucratifs et les pouvoirs publics ;
- créer un lieu d'informations, d'échange, de concertation et de construction de positionnement entre acteurs français et européens sur les SSIG ;
- promouvoir les spécificités des SSIG et des opérateurs non lucratifs (secteur de l'économie sociale) en France et en Europe.

Il s'agit globalement de trouver une voie d'ancrage légal des services d'intérêt général et/ou des initiatives citoyennes organisées en communs qui ne les enferme pas dans un corner, mais qui tire le meilleur parti de la législation européenne.

L'idée est de trouver un vecteur de reconnaissance :

- des initiatives citoyennes désintéressées qui permettent de mettre en œuvre les droits humains, l'accès aux ressources matérielles et immatérielles ;
- de certaines des personnes morales de l'ESS ou au moins de certaines de leurs activités en tant que services d'intérêt économique général au sens du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Ceci permettrait de donner un cadre facilitant les conditions de leur mandatement.

Deux pistes complémentaires se présentent :

- reconnaître aux initiatives citoyennes un pouvoir de déclencher la prise en compte des besoins et des moyens d'y faire face via des organisations d'ESS « en communs » ;
- exploiter la définition donnée des entreprises qui sont considérées comme « recherchant une utilité sociale » au sens de la loi ESS de 2014 et examiner les conditions dans lesquelles :
 - les collectivités publiques reconnaissent, organisent et financent le(s) service(s) d'intérêt économique rendu(s) par lesdites entreprises d'utilité sociale,
 - l'autorité publique établit les missions particulières de d'intérêt général imparties en fonction des besoins ainsi que des obligations de service public qui en découlent,
 - l'autorité publique charge ces entreprises de la gestion de ce service d'intérêt général au moyen d'un acte officiel de mandat opposable.

PROPOSITIONS DE TEXTES (complément à l'article 2 de la Loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire) :

=> reconnaissance des SIEG et mandatement :

« Les collectivités publiques reconnaissent, organisent et financent les SIEG - y compris SSIG- au sens de l'article 106-2 du TFUE, rendus par les associations et, plus généralement, par les organismes sans but lucratif recherchant une utilité sociale au sens de l'article 2 de la présente loi. L'autorité publique reconnaît les missions particulières d'intérêt général imparties en fonction des besoins ainsi que les obligations de service public qui en découlent. Elle charge les dits organismes de la gestion du SIEG au moyen d'un acte officiel de mandat opposable ».

La dimension protection des productions intellectuelles d'intérêt général

Le HCVA demande au Gouvernement d'ouvrir un chantier sur la protection de la production « intellectuelle d'intérêt général » des associations avec les administrations concernées.



*Ministère de l'Éducation nationale et de la Jeunesse
Secrétariat d'État auprès du Ministère de l'Éducation nationale et de la Jeunesse*

Le secrétaire d'État

Paris, 18 DEC. 2019

Madame la Vice-présidente,

Le Haut Conseil à la Vie Associative m'a remis en juillet dernier un rapport sur la place et le rôle des associations alors qu'émergent de nouveaux modèles d'entreprises. Une partie de ces travaux portait sur l'incidence qu'a pu avoir, parmi d'autres facteurs, l'apparition de concurrences, à la fois commerciales avec le monde lucratif mais aussi entre projets associatifs, autour du modèle économique d'un grand nombre d'associations et, par répercussion, sur la situation des publics bénéficiaires.

Ces travaux se concluaient par une série de propositions, parmi lesquelles le souhait d'approfondir la réflexion sur ce thème.

Conscient de l'importance de cette dernière, je vous invite à poursuivre vos travaux dans ce domaine.

Je souhaite qu'à partir des données que vous aurez recueillies auprès des associations de différents secteurs (services aux personnes, tourisme, culture, accueil de jeunes,...) et des travaux scientifiques existants sur le sujet, vous établissiez un diagnostic aussi précis que possible sur les impacts positifs et négatifs de la concurrence, tant sur les organismes, que sur les populations auxquelles ils s'adressent.

A partir de ces travaux, il vous appartiendra de formuler un certain nombre de propositions afin que le modèle économique non lucratif soit conforté en continuant à servir un modèle de société solidaire et nécessaire à la cohésion sociale.

Madame Joëlle BOTTALICO
Vice-Présidente
Haut Conseil à la vie associative
95 avenue de France
75650 PARIS Cedex 13

.../...

Ce rapport devra s'articuler avec les réflexions de la mission confiée à Charles Benoit Heidsieck et Cathy Racon-Bouzon sur les alliances territoriales entre entreprises, fondations, associations et pouvoirs publics.

Vos propositions intégreront également les situations nationale et européenne, au sein desquelles interviennent les associations.

Je souhaiterais disposer de votre rapport au 31 octobre 2020.

Je vous remercie, ainsi que les membres du Haut Conseil, pour les travaux que vous conduisez et les propositions que vous portez au service de l'ensemble du monde associatif.

Je vous prie d'agréer, Madame la Vice-présidente, l'expression de ma considération distinguée

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'G. Attal', with a stylized, flowing script.

Gabriel ATTAL

<i>28 mai 2020</i>	Frédéric Marty - CNRS – UMR 7321 GREDEG, Université Côte d’Azur
<i>19 juin 2020</i>	Lionel Maurel , directeur adjoint scientifique à l’institut national des sciences humaines et sociales du CNRS
<i>10 septembre 2020</i>	François-Xavier Devetter , professeur d’économie à l’université de Lille et à l’Institut Mines-Télécom Lille-Douai.
<i>10 septembre 2020</i>	Laurence Tiennot Herment , présidente d’AMF Téléthon
<i>19 novembre 2020</i>	Charles-Benoît Hiedsieck – Le Rameau
<i>17 décembre 2020</i>	Françoise Brié , directrice de la Fédération nationale solidarité femmes
<i>21 janvier 2021</i>	Marie-Reine Tillon , présidente de l’Union nationale de l’aide, des soins et des services aux domiciles (UNA) et Vincent Vincentelli en charge de l’actualité juridique et des relations institutionnelles de l’UNA
<i>5 février 2021</i>	Isabelle de Silva , présidente de l’Autorité de la concurrence, accompagnée de Frédérique Laporte, Anissa Bensalah et Joël Tozzi, rapporteurs
<i>18 février 2021</i>	Jean-Louis Bancel , président d’honneur du groupe Crédit coopératif
<i>18 mars 2021</i>	Jean-Dominique Tortuyaux , vice-président CPME en charge de l’économie sociale et solidaire, Président d’Axess, confédération des employeurs de secteur sanitaire, social et médico-social et Michaël Canovas, directeur de cabinet d’Unicancer

Annexe 5 - Références article Frédéric Marty

- Allais M.**, (1943), *A la recherche d'une discipline économique* – tome 1 L'économie pure, éditions de l'Atelier
- Coase R.**, (1960), "The Problem of Social Cost", *Journal of Law and Economics*, vol 1, pp.1-44.
- Deakin S. and Pratten S.**, (1998), "Reinventing the Market? Competition and Regulatory Change in Broadcasting", *Journal of Law and Society*, 26(3), pp.323-350.
- Didry C. et Marty F.**, (2016), « La politique de concurrence comme levier de la politique industrielle dans la France de l'après-guerre », *Gouvernement et Action Publique*, volume 5, n°4, octobre-décembre 2016, pp.23-45.
- Gaffard J.-L.**, (2020), « Le libéralisme social demeure-t-il une alternative ? », *mimeo*
- Gerber D.**, (1998), *Law and Competition in the Twentieth Century: Protecting Prometheus*, Clarendon Press, Oxford.
- Grossmann E.**, (2006), "Europeanization as an Interactive Process: German Public Banks Meet EU State Aid Policy", *Journal of Common Market Studies*, 44(2), pp.325-348.
- Marchal A.**, (1960), « De quelques faux dogmes en matière d'organisation européenne », *Revue Economique*, 11(5), pp.673-704.
- Marchal A.**, (1968), « Le secteur public et l'économie de marché dans la CEE », *Revue Economique*, 19(5), pp.737-764.
- Marty F.**, (2002), *Pluralité et dynamique des conventions de réglementation : Une analyse économique de la jurisprudence du Conseil de la Concurrence relative au secteur électrique*, ENS Paris -Saclay.
- Marty F.**, (2014), « Politiques européennes de concurrence et économie sociale de marché », in Solis-Potvin L., (s.d.), *Les valeurs communes dans l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, août 2014, pp.341-377.
- Marty F.**, (2015), "Towards an Economics of Convention-Based Approach of the European Competition Policy", *Historical Social Research*, volume 40 (2015), issue 1, pp.94-111
- Marty F.**, (2019), "Conventions de l'Etat et politique de concurrence européenne", *GREDEG Working Paper*, n°2019-39, novembre.
- Marty F. et Kirat T.**, (2018), « Les mutations du néolibéralisme américain quant à l'articulation des libertés économiques et de la démocratie » *Revue Internationale de Droit Economique*, volume XXXII, 2018-4, pp.471-498.
- Salais R. et Storper M.**, (1993), *Les mondes de production – enquête sur l'identité économique de la France*, Paris, éditions de l'EHESS.
- Salais R.**, (2013), *Le viol d'Europe – enquête sur la disparition d'une idée*, Paris, PUF.
- Salais R.**, (2015), « La construction européenne: un refus originel de la démocratie », *Idées économiques et sociales*, 2015-1, n°179, pp.8-18.
- Salais R.**, (2015), « Revisiter la question de l'Etat à la lumière de la crise de l'Europe : Etat extérieur, situé ou absent », *Revue française de socio-économie*, 2015-2, Hors-série, pp.245-262.
- Schmidt, S.K.**, (2008), "Beyond Compliance: The Europeanization of Member States through Negative Integration and Legal Uncertainty", *Journal of Comparative Policy Analysis*, 10(3), pp. 297-306.
- Seidel K.**, (2010), *The Process of Politics in Europe - The Rise of European Elites and Supranational Institutions*, Tauris ed.
- Töller A.E.**, (2010), "Measuring and Comparing the Europeanization of National Legislation: A Research Note", *Journal of Common Market Studies*, 48(2), pp.417-444.
- Vay M.**, (2019), « L'impossible doctrine européenne du service public : aux origines du service d'intérêt économique général (1958-1968) », *Revue Française de Sciences Politiques*, 69(11), pp.75-94.
- Warloutzet L.**, (2008), « Europe de la concurrence et politique industrielle communautaire : la naissance d'une opposition au sein de la CEE dans les années 1960 », *Histoire, économie et société*, 2008-1, 27, pp.47-61.

Aujourd'hui, même si les principes de non lucrativité et de non distribution des bénéfices, véritable ADN du secteur associatif continuent de représenter une frontière entre le secteur marchand lucratif et le non marchand non lucratif, cette frontière entre les deux mondes est désormais battue en brèche.

Le Haut Conseil à la vie associative s'est beaucoup penché sur cette question. Au fil de ses travaux et rapports, la concurrence lui est en effet apparue comme un facteur important de perturbation du modèle économique des associations et, par répercussion, comme un accélérateur d'exclusion sociale.

L'ensemble de ces constats a conduit le HCVA à s'interroger dans ce rapport sur les causes, inévitablement multiples, des transformations à l'œuvre et à rechercher des solutions susceptibles de se traduire en propositions d'aménagements législatifs ou réglementaires.

La recherche de solutions à ces transformations profondes initiées au niveau européen passe sans doute dans un premier temps, par les interstices laissés par la réglementation européenne de la concurrence et par leur appropriation par les Autorités Françaises.

Il faut sans doute également s'efforcer de contrecarrer la stratégie de l'écémage des opérateurs privés en imposant à tous de revenir à un adossement de segments « rémunérateurs », avec des segments « déficitaires ».

Il importe par ailleurs d'imaginer des solutions juridiques concrètes afin de mieux protéger les savoir-faire associatifs et limiter leur appropriation à des fins mercantiles.

Enfin, il conviendrait sans doute d'inverser la rigueur de certains principes fiscaux exclusivement articulés sur le dogme de la concurrence.