

LE DOGME DE LA CONCURRENCE PRODUIT DE L'EXCLUSION

Voilà près de 10 ans que le Haut-Conseil à la vie associative (HCVA) ausculte le monde associatif au travers de ses nombreuses auditions, secteur par secteur, de ses rapports et de ses études. Exploration de la notion de concurrence.

Le constat est aujourd'hui avéré : la fragilisation du modèle économique associatif, par l'effet de la dégradation des financements publics et de l'apparition d'une concurrence lucrative, en réduisant l'assiette de mutualisation des recettes et des coûts, exclut mécaniquement des catégories de population pas assez pauvres pour percevoir les aides publiques, mais pas assez riches pour s'offrir les services dont elles ont besoin. Insensiblement, sans que les politiques ne s'y intéressent vraiment, un nombre croissant de personnes n'ont plus accès aux établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (Ehpad) ou à l'aide à domicile, aux centres aérés, aux colonies de vacances ou aux villages du même nom, aux musées et à bien d'autres services encore ! Comment ce phénomène a-t-il pu apparaître et s'accélérer à ce point ? Nous y voyons au moins trois causes.

Jusque dans les années 1970, l'économie traditionnelle était trop occupée à recons-

truire ce que la guerre avait détruit et à développer la société de consommation pour s'intéresser à des activités moins rentables, voire structurellement déficitaires et que le bénévolat et les aides publiques rendaient possibles pour les associations. Mais les deux chocs pétroliers et la crise économique interminable qui s'en sont suivis ont contraint ladite économie à s'intéresser à ce qu'elle avait jusque-là dédaigné. Ce furent d'abord les maisons de retraite avec les entreprises Korian et autres Orpea, mais pas les établissements d'accueil pour handicapés, moins rentables. Ce furent parallèlement les

Combien de temps faudra-t-il pour que sonne la fin de la récréation et que le pragmatisme et

l'intérêt général

redeviennent le cœur de la boussole ?

villages de vacances, puis les centres aérés, suivis aujourd'hui de l'aide à domicile.

La deuxième cause réside incontestablement dans les politiques publiques : coupes sombres budgétaires, recours généralisés aux appels à projets ou aux appels d'offres en dehors de toute contrainte réglementaire, privilégiant en fait le moins-disant sur le mieux-disant, entraînant par là même une dégradation du service rendu et un reniement de toutes les valeurs ayant animé l'ensemble des mouvements d'après-guerre, qu'ils soient laïcs ou confessionnels.

La troisième cause est, à nos yeux, la plus importante parce qu'elle explique en partie les deux autres. Il s'agit de l'idéologie de la concurrence présidant aux orientations de la Commission européenne et aux décisions des États membres : « l'intérêt général résulte de la libre confrontation des intérêts particuliers ».

Dès lors que des associations ou l'État développent une activité économique en apparence, ils doivent se soumettre aux lois du marché. Si ce dernier fait défaut, il suffit de le créer ! C'est précisément ce à quoi s'emploie l'État par l'orientation qu'il donne aux aides publiques, la privatisation galopante des services et entreprises publics. Seulement voilà : le processus ne s'opère pas sans « casse » au niveau des associations elles-mêmes et, plus encore, au niveau des personnes fragilisées. Combien de marginalisés faudra-t-il compter pour que cette fracture sociale invisible soit appréhendée comme il convient ? Combien de temps faudra-t-il pour que sonne la fin de la récréation et que le pragmatisme et l'intérêt général redeviennent le cœur de la boussole ? ■



AUTEUR

Thierry Guillois

TITRE

Président

de la commission juridique
et fiscale du HCVA,
avocat associé, cabinet PDGB

Dans un contexte où la concurrence est le maître mot, les associations devraient se trouver en compétition à la fois les unes avec les autres, mais également avec les entreprises commerciales, afin de « bénéficier de la préférence des consommateurs »². Est-ce à dire que l'intérêt général est désormais un « produit » comme un autre ? De la même façon, est-ce à dire que les personnes en situation de difficulté – voire de grande précarité – ne sont assimilables, en définitive, qu'à de simples « consommateurs » ? Cette perspective ne peut être satisfaisante...

FIN DE « L'EXCLUSIVITÉ » ASSOCIATIVE

Longtemps considérées comme en situation de « monopole » sur certains secteurs, les associations ne visaient en réalité qu'à pourvoir à des besoins qui n'étaient qu'insuffisamment pris en compte par le marché. Absence de rentabilité, marge trop faible ou encore coûts trop importants constituaient autant d'arguments pour les acteurs lucratifs leur permettant de justifier leur absence sur tout un pan de l'économie sociale et solidaire (ESS). Désormais, face à l'émergence, ou parfois la résurgence, d'un certain nombre de (nouveaux) besoins, de nombreux acteurs – lucratifs ou non – sont apparus afin de capter une « clientèle aisée ».

Bien que revêtant des aspects protéiformes, il ne peut être nié que, directement ou indirectement, le « monopole » associatif n'existe pas ou, à tout le moins, n'existe plus. De l'accompagnement de nos seniors à la collecte des invendus en passant par le

tourisme social et les activités de jeunesse et de plein air, la concurrence entre les différents opérateurs s'inscrit désormais dans une multitude d'activités.

Fortes d'une crise sanitaire inédite et d'une demande croissante, des structures de différentes formes (associations, sociétés, filiales commerciales d'associations, etc.) se sont créées afin de répondre aux attentes d'une partie de la population en proie à des difficultés économiques, sociales, voire médicales. Mais elles ne demeurent, en réalité, que les prolongements d'une situation déjà installée et qui se consolide au fil des ans : de plus en plus de sociétés commerciales essaient de faire rimer rentabilité et intérêt général. Alors que, pour beaucoup, la conjugaison de ces deux termes paraît antinomique, les opérateurs lucratifs souhaitent faire fi de ce qu'ils considèrent comme un préjugé.

LA CONCURRENCE CONTRE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL

Le 1^{er} août 2020, Olivia Grégoire, secrétaire d'État à l'Économie sociale, solidaire et responsable, déclarait qu'il fallait « encourager et soutenir l'économie sociale et solidaire »¹, sans pour autant interdire la concurrence. *Quid* des relations entre concurrence et intérêt général ?

INTÉRÊT GÉNÉRAL : LES DIFFICULTÉS SOULEVÉES PAR L'ÉMERGENCE DES ACTEURS LUCRATIFS

En pratique, l'installation de cette nouvelle catégorie d'acteurs soulève des difficultés inédites pour les associations déjà en place.

Diversité des modèles économiques

Il est patent que les modèles économiques des structures en concurrence ne s'inscrivent pas de la même manière dans la sphère publique. À une structure dont la pérennité dépend des dons, des subventions, des cotisations et du bénévolat lui répond une entité dont les ressources sont constituées parfois de subventions publiques et du prix dont doivent s'acquitter les personnes souhaitant bénéficier de ses services ou de ses produits. À un opérateur qui se trouve confronté au carcan des règles fiscales relatives à la ●●●

1. Y. Fosset, « Yvelines : Emmaüs et l'économie solidaire ont le vent en poupe », *Le Parisien*, 1^{er} août 2020.

2. Définition Larousse.

●●● publicité (règle des « 4P ») lui répond une personne morale qui, à quelques exceptions près – telles que le dénigrement ou encore la publicité mensongère –, bénéficie d'une liberté totale pour mettre en avant et en valeur les activités qu'elle déploie et les services qu'elle propose. Aussi, l'émergence de sociétés commerciales invite, voire contraint les associations à multiplier les ressources humaines, matérielles et financières afin de continuer à pourvoir aux intérêts de leurs bénéficiaires. Dans un contexte économique déjà délicat, il y a fort à parier qu'une partie d'entre elles pourront difficilement « rivaliser » avec ces opérateurs lucratifs.

Protection de l'innovation associative

La nouvelle « compétition » entre associations et acteurs lucratifs pose, en filigrane, la question de l'innovation associative et, par là même, celle de la nécessité de pourvoir à sa protection.

Alors que la protection de toutes les marques et de tous les brevets est payante, la problématique de l'innovation et du savoir-faire est en réalité plus complexe. Comment disposer d'une propriété intellectuelle sur des éléments qui sont, au regard du droit actuel – européen et international –, inappropriables ? Seule une refonte, globale ou ponctuelle, des textes en vigueur semble pouvoir résoudre cette difficulté. De la même façon, cette protection risque de se heurter à une difficulté intellectuelle : comment protéger une innovation alors que celle-ci a vocation, par définition, à intéresser et/ou aider le plus grand nombre ?



“ Dans un contexte économique déjà délicat, il y a fort à parier qu'une partie des associations pourront difficilement « rivaliser » avec les opérateurs lucratifs ”

Dès lors, sur le terrain juridique, les associations ne semblent pas disposer des moyens leur permettant de protéger efficacement le fruit du travail qu'elles ont déployé depuis des dizaines, voire des centaines d'années, grâce notamment à leurs bénévoles. À la lumière de ce constat, il est alors aisé pour de nouveaux opérateurs – sociétés ou associations – de s'inscrire dans des actions qui étaient jusque-là délaissées par la plupart d'entre elles. Émerge alors un marché qui conduit le citoyen à se transformer en consommateur et qui impose une course à la cotisation et/ou au prix le moins élevé pour l'ensemble des structures, obérant ainsi, pour certaines d'entre elles, leur perspective de survie.

RÔLE DE L'ÉTAT DANS LA COURSE À LA CONCURRENCE

De son côté, l'État n'est pas en reste dans cette course à la concurrence et à la prédation des savoir-faire associatifs. Deux exemples le montrent aisément :

■ l'association Citoyens & Justice avait développé un guide de bonnes pratiques destiné à favoriser la réinsertion des détenus en fin de peine. Elle communiqua celui-ci au ministère de la Justice en contrepartie des subventions qui lui avaient été octroyées. Loin de confier de nouvelles missions à l'association sur la base de ce guide, le ministère diffusa un cahier des charges dans le cadre d'un marché public afin de mettre en concurrence ce savoir-faire avec d'autres

opérateurs. Le ministère avait considéré que ce guide était « libre de droit » ;

■ plus récemment, le gouvernement avait décidé de mettre en concurrence, dans le cadre d'un marché public, le réseau d'appel qui gère le « 3919 », numéro destiné à l'écoute des femmes victimes de violences conjugales et créé il y a près de 30 ans par Solidarité Femmes, réseau de 73 associations réparties sur l'ensemble du territoire et dont la qualité d'écoute et l'efficacité sont reconnues par tous. Activité d'intérêt général s'il en est, elle risquait d'être ravalée au rang d'un produit marchand. Fort heureusement, le gouvernement a pour le moment renoncé à lancer son appel d'offres.

Pourquoi, dès lors, un tel acharnement ? La réponse n'est malheureusement pas que conjoncturelle. Elle procède plus profondément d'une vision globale des règles devant régir nos rapports économiques et sociaux. En clair, d'une idéologie.

Pour le comprendre, il convient de remonter aux origines de la construction européenne et à son évolution depuis 1957. Lors de l'élaboration du traité de Rome et au cours des premières années qui s'en sont suivies, deux visions s'affrontèrent, l'une défendant la promotion d'une politique industrielle, soutenue par la France et l'Italie, l'autre privilégiant l'idée d'une concurrence pure et parfaite, soutenue par l'Allemagne. La première n'excluait pas la concurrence, mais celle-ci ne devait être qu'un moyen devant permettre le développement de programmes inscrits dans un plan destiné à assurer la promotion de l'industrie européenne. Au final, c'est la conception allemande qui s'imposa au bénéfice des articles

101 et 102 du traité défendus par les autorités d'Outre-Rhin et par la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE).

Encore convient-il de préciser que cette suprématie de la concurrence connut deux phases :

■ une première période au cours de laquelle le rôle de chaque État compris comme défenseur de l'intérêt général fut conçu comme subsidiaire. En particulier, l'État pouvait gérer des entreprises chargées d'un service d'intérêt économique général (SIEG) ou présentant le caractère d'un monopole. Celles-ci n'étaient soumises aux règles de la concurrence inscrites dans le traité que dans les limites où l'application de ces règles ne faisait pas échec à l'accomplissement, en droit ou en fait, de la mission particulière qui leur était impartie ;

■ mais, peu à peu, la notion d'activité économique, elle-même inscrite dans le traité, s'imposa sur les autres : peu importe le statut de l'entreprise – public ou associatif –, c'est la nature de l'activité et les moyens de la mettre en œuvre qui priment ; la meilleure façon de produire l'intérêt général, et en particulier celui des consommateurs, est de soumettre cette activité aux règles de la concurrence.

À partir du milieu des années 1980, et plus particulièrement encore du traité de

Maastricht en 1992 et de l'entrée en vigueur du marché unique en 1993, la politique de la concurrence s'est imposée comme un dogme, sans étude d'impact, sans recherche des éventuels effets indésirables, que ce soit au niveau national, au détriment de l'intérêt général véritable, ou au niveau européen, au préjudice de l'emploi et de tout soutien à l'industrie européenne dans un marché mondialisé.

Mais pour que la concurrence existe, encore faut-il qu'il y ait des marchés. Si ceux-ci sont absents, il suffit de les créer, même artificiellement, en privatisant les services publics et, s'agissant du secteur associatif, en lançant des appels d'offres tous azimuts, quitte à écorcher un savoir-faire et, surtout, à laisser sur le bord de la route des pans entiers de la population ne pouvant accéder ni aux prestations commerciales, ni aux services associatifs contraints de s'adapter, se restructurer ou disparaître³.

La crise pandémique que nous traversons et l'incroyable pénurie de ressources premières que subissent les États européens permettent, peut-être, d'entrevoir quelques frémissements. Souhaitons qu'ils se concrétisent rapidement par une inflexion assumée des politiques européennes et nationales en la matière. ■

AUTEUR

TITRE

Thierry Guillois

Président

de la commission juridique
et fiscale du HCVA,
avocat associé, cabinet PDGB



3. Ces réflexions sont notamment inspirées des travaux de Frédéric Marty, chercheur au CNRS et professeur à l'université Côte-d'Azur, et de Mélanie Vay, auteur de « L'impossible doctrine européenne du service public » (*Revue française de science politique*, vol. 69, 2019).



AUTEUR

TITRE

Charles Dubreuil

Avocat,

cabinet PDGB