



---

## Dossier d'actualité

### Les impacts de la proposition de directive sur les marchés publics sur les systèmes de Sécurité Sociale européens.

---

*Décembre 2012*

<b>INTRODUCTION :</b> .....	2
<b>I. LA PROPOSITION DE DIRECTIVE TEND À REMETTRE EN CAUSE LE CADRE NORMATIF ET JURISPRUDENTIEL DE L'UNION EUROPÉENNE QUI RECONNAISSAIT JUSQU'ICI UN STATUT DÉROGATOIRE À LA SÉCURITÉ SOCIALE OBLIGATOIRE.</b> .....	3
A. CETTE PROPOSITION DE DIRECTIVE RÉPOND À UN OBJECTIF DE CLARIFICATION DES RÈGLES APPLICABLES AUX SERVICES SOCIAUX DANS LA CONTINUITÉ DES ÉVOLUTIONS RÉCENTES DU DROIT DE L'UE EN LA MATIÈRE.....	3
B. L'INCLUSION DE LA SÉCURITÉ SOCIALE OBLIGATOIRE DANS LE CHAMP D'APPLICATION DE LA DIRECTIVE 2011 CONSTITUE UNE RUPTURE PAR RAPPORT AU CADRE NORMATIF ET JURISPRUDENTIEL EXISTANT.....	7
<b>II. LA POSITION DE LA COMMISSION A SURPRIS LES PARTIES PRENANTES ET SOULÈVE LA QUESTION DE SA PERTINENCE DANS UNE EUROPE ÉCONOMIQUEMENT ET SOCIALEMENT FRAGILISÉE PAR LA CRISE.</b> .....	10
A. SUITE AUX RÉACTIONS VIVES PROVOQUÉES PAR SON TEXTE, LA COMMISSION RÉAFFIRME SA VOLONTÉ DE SÉCURISATION JURIDIQUE SANS POUR AUTANT ADMETTRE OU JUSTIFIER UNE RUPTURE NORMATIVE.....	11
B. SI LES MOTIVATIONS DE LA COMMISSION SONT COMPRÉHENSIBLES, BIEN QUE JURIDIQUEMENT CONTESTABLES, ON PEUT NÉANMOINS S'INTERROGER SUR L'OPPORTUNITÉ D'UNE TELLE MESURE.....	15
<b>CONCLUSION :</b> .....	18
<b>BIBLIOGRAPHIE :</b> .....	19

## INTRODUCTION :

Le 20 décembre 2011, le commissaire au marché intérieur, Michel Barnier, a présenté une proposition de directive visant à moderniser et sécuriser le cadre juridique de passation des marchés publics. Celle-ci a vocation à remplacer la directive 2004/18, critiquée pour sa complexité et ses insuffisances, notamment dans le domaine des services sociaux. Elle admet ainsi la spécificité des services sociaux d'intérêt général (SSIG) et reconnaît l'inadaptation des procédures classiques de passation des marchés publics pour assurer la qualité des prestations d'ordre social. La mention explicite de la Sécurité Sociale obligatoire dans le champ d'application de la proposition de directive (annexe XVI) a cependant déclenché une vive polémique, certains y voyant une tentative insidieuse d'ouvrir la voie à une privatisation des systèmes de Sécurité Sociale.

En effet, cet ajout signifie que la Sécurité Sociale obligatoire elle-même pourrait faire l'objet d'un marché de service. Un Etat qui souhaiterait externaliser la gestion des prestations sociales auprès d'un prestataire de service devrait respecter une procédure spécifique impliquant la publication des avis de marché et d'attribution du marché – et cela à partir du moment où le marché dépasse le seuil de 500 000 euros. Cette évolution vient à rebours des « fondamentaux » de la doctrine sociale de la Cour de Justice de l'UE qui avait jusqu'ici exclu la Sécurité Sociale du champ du marché intérieur et du droit de la concurrence en raison de son caractère non économique, de sa finalité exclusivement sociale et de son mécanisme solidaire<sup>1</sup>.

Ce tournant idéologique avait déjà été noté lors de l'adoption de la directive « Services »<sup>2</sup> en 2006, avec l'abandon du projet Bolkenstein<sup>3</sup> qui, au nom de la liberté de circulation et de prestation de services, englobait dans son champ d'application tous les services ayant une contrepartie économique, quelle que soit la nature de leur activité, et proposait l'application du droit du pays d'origine aux travailleurs détachés, au mépris des droits sociaux nationaux. De même, dans un arrêt du 15 juillet 2010, *Commission c. République fédérale d'Allemagne*<sup>4</sup>, la CJUE affirme que « la préservation de ces éléments de solidarité n'est pas, par nature, inconciliable avec l'application d'une procédure de passation de marché. La mutualisation des risques, sur laquelle repose toute activité d'assurance, peut, en effet, être garantie par un organisme ou une entreprise d'assurance sélectionnés au terme d'un appel d'offre au niveau de l'Union ».

Parallèlement, le Traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009, a pourtant introduit pour la première fois la notion de service non économique d'intérêt général, dont ressortent les régimes légaux de Sécurité Sociale, auxquels ne s'appliquent ni les règles de la concurrence ni celles de la commande publique. Il rappelle également que les Etats ont une compétence exclusive dans le domaine de la Sécurité Sociale<sup>5</sup>.

Ce dossier propose d'une part d'analyser le point problématique que constitue l'inclusion de la Sécurité Sociale obligatoire dans le corps de la proposition de directive de la Commission à la lumière du cadre normatif et jurisprudentiel existant (1) ; d'autre part, de replacer les enjeux de ce texte en confrontant les positions des différents acteurs et en interrogeant l'opportunité d'une telle initiative (2).

---

<sup>1</sup> CJCE, 17 février 1993, *Poucet* (affaire C-159/91) et *Pistre* (affaire C-160/91)

<sup>2</sup> Directive 2006/123/CE

<sup>3</sup> COM (2004) 2 final.

<sup>4</sup> CJUE, 15 juillet 2010, Grande Chambre, «Manquement d'État – Directives 92/50/CEE et 2004/18/CE – Marchés publics de services – Assurance vieillesse d'entreprise des travailleurs salariés de la fonction publique communale – Attribution directe de contrats, sans appel d'offres au niveau de l'Union, à des organismes d'assurance désignés dans une convention collective conclue entre partenaires sociaux » (affaire C-271/08), § 58.

<sup>5</sup> Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, protocole n°26.

**I. La proposition de directive tend à remettre en cause le cadre normatif et jurisprudentiel de l'Union européenne qui reconnaissait jusqu'ici un statut dérogatoire à la Sécurité Sociale obligatoire.**

**A. Cette proposition de directive répond à un objectif de clarification des règles applicables aux services sociaux dans la continuité des évolutions récentes du droit de l'UE en la matière.**

En septembre 2009, dans ses orientations politiques pour l'actuel mandat de la Commission, M. José Manuel Barroso s'était personnellement engagé sur la création d'un cadre de qualité pour les services publics et sociaux. En effet, si le marché intérieur européen s'est construit sur les principes de libre prestation de services et de liberté d'établissement, la place des services publics a constitué depuis les années 1990 « une pomme de discorde permanente dans le débat public européen »<sup>6</sup>.

- **La notion de service d'intérêt général, une catégorie juridique récente qui souffre d'un manque de clarté terminologique :**

Dès 1957, dans le Traité de Rome, l'article 86 §2 tente de concilier marché unique et services publics en créant la notion de services d'intérêt économique général (SIEG), sans pour autant en donner une définition précise.

« 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. »<sup>7</sup>

Il faut ensuite attendre le Traité de Lisbonne, en 2009, pour que la notion de service d'intérêt général (SIG) devienne une catégorie juridique à part entière intégrée dans le droit primaire au sein du protocole n°26 du Traité. Les SIG sont des services considérés par les autorités publiques des Etats membres comme faisant l'objet d'obligations de service public spécifiques, en raison de leur objectif d'intérêt général. Ils comprennent à la fois des activités non économiques, qui ne sont soumises ni à une législation spécifique de l'UE, ni aux règles du Traité relatives au marché intérieur et à la concurrence, et des activités économiques (SIEG). Les SIEG sont des services marchands remplissant des missions d'intérêt général qui ne seraient pas exécutés par le marché (ou seraient exécutés dans des conditions différentes en termes de qualité, de sécurité, d'accessibilité, d'égalité de traitement ou d'accès universel) en l'absence d'une intervention de l'Etat<sup>8</sup>. La plupart du temps, les SIEG ne peuvent équilibrer leurs comptes qu'à partir des aides octroyées par les pouvoirs publics. Cette dérogation aux règles de la libre concurrence est prévue par les articles 106 §2 et 107 §2 du Traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE) et ses conditions ont été précisées par la Cour de justice de l'UE dans son arrêt *Altmark* du 24 juillet 2003<sup>9</sup>, puis reprises par la Commission dans le Paquet Monti-Kroes de juillet 2005. Ainsi, les aides octroyées pour compenser les charges d'un SIEG ne sont pas considérées comme des aides d'Etat au sens de l'art. 107 §1 TFUE si elles satisfont quatre critères cumulatifs :

---

<sup>6</sup> Mario Monti, « Une nouvelle stratégie pour le marché unique au service de l'économie et de la société européennes », Rapport au Président de la Commission européenne, José Manuel Barroso, présenté le 9 mai 2010.

<sup>7</sup> Article 86 §2 TCE devenu article 106 §2 TFUE.

<sup>8</sup> Communication de la Commission « Un cadre de qualité pour les SIG en Europe », 2011

<sup>9</sup> CJCE, 24/07/2003, *Altmark* (C-226/01)

- Un critère de mandatement : l'entreprise doit être officiellement et clairement mandatée par les pouvoirs publics pour l'exécution d'obligations de service public.
- Un critère de transparence : les paramètres de calcul de la compensation accordée par les pouvoirs publics doivent être préalablement établis, de façon objective et transparente.
- Un critère de non surcompensation : la compensation octroyée ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service, compte tenu des recettes qui lui sont relatives et d'un bénéfice raisonnable.
- Un critère d'analyse des coûts : lorsque le choix de l'entreprise chargée de l'exécution du service ne résulte pas d'une procédure de marché public, le niveau de compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée, aurait encourus.

En matière de services, le débat européen s'est pendant longtemps focalisé sur la problématique macroéconomique posée par la libéralisation des industries en réseaux, qui ont d'ailleurs fait l'objet de plusieurs directives sectorielles depuis les années 1970. Ce n'est qu'en 2006 que la Commission entame une réflexion sur les services sociaux du fait du rôle particulier qu'ils jouent dans le modèle de société européen et l'économie sociale de marché. Dans sa communication sur les services sociaux d'intérêt général (SSIG), la Commission précise que ces derniers ne constituent pas une catégorie juridique distincte mais sont contenus dans les SIG et partant, couvrent à la fois des activités économiques, soumises aux règles du marché intérieur et de la libre concurrence, ainsi que des activités non économiques, exclues du champ d'application de ces réglementations. Selon la Commission, les SSIG peuvent se rattacher à l'un des deux grands groupes suivants :

- Les régimes légaux et les régimes complémentaires de protection sociale, sous leurs diverses formes d'organisations (mutualistes ou professionnelles), couvrant les risques fondamentaux de la vie, tels que ceux liés à la santé, la vieillesse, les accidents du travail, la retraite, etc.
- Les autres services essentiels prestés directement à la personne jouant un rôle de prévention et de cohésion sociale (aides aux personnes, réinsertion professionnelle, logement social, etc.)<sup>10</sup>

Malgré des avancées non négligeables dans la prise en compte par le droit européen de la particularité des services publics, ces notions souffrent d'un manque de clarté et de précision sur le plan terminologique. La distinction entre service économique et service non économique n'est pas donnée *a priori* ; elle nécessite une analyse au cas par cas, d'autant que la réalité des services diffère fortement d'un Etat à un autre, voire d'une autorité locale à une autre. Dans le domaine du droit de la concurrence, la Cour de Justice estime que ce n'est pas le secteur ou le statut d'une entité assurant un service (par exemple le fait qu'il s'agisse d'une entreprise publique ou privée, d'une association d'entreprises ou d'un organisme d'administration publique), ni son mode de financement, qui déterminent si ses activités sont considérées comme économiques ou non économiques, mais la nature de l'activité elle-même.

---

<sup>10</sup> Communication de la Commission sur les SSIG de 2006.

- **La volonté de la Commission de mieux prendre en compte le rôle et la spécificité des services sociaux :**

Dans sa communication de 2007 intitulée « Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen », la Commission fait ressortir que :

« Ces services [les services sociaux] sont tous engagés dans un important processus de modernisation, afin de mieux pouvoir répondre à de nouveaux défis tels que l'évolution des besoins des citoyens européens et l'impact du vieillissement, tout en étant confronté à des contraintes financières. Ce processus a souvent abouti à de profonds changements dans la manière dont ces services sont organisés, fournis et financés, se traduisant notamment par l'apparition de nouveaux domaines d'action, le recours à l'externalisation de services jusqu'alors fournis directement par les autorités publiques et le transfert accru de compétences vers le niveau local. Sous l'effet combiné de ces changements, un nombre croissant d'activités exercées quotidiennement par les services sociaux entrent désormais dans le champ d'application du droit communautaire, dans la mesure où elles sont considérées comme étant de nature économique. Cette nouvelle situation a soulevé une série de questions d'ordre pratique et la consultation a montré que certains acteurs du secteur avaient des difficultés à comprendre et appliquer les règles, en particulier celles relatives aux aides d'État et à la passation des marchés publics. »<sup>11</sup>

En effet, contrairement aux services publics de réseaux, les services sociaux ne sont pas encadrés par une directive ou un règlement sectoriel spécifique. Dès lors, les conditions d'application du droit de l'UE aux services sociaux ne se sont pas complètement stabilisées. Le Paquet « Almunia-Barnier », adopté par le collège des commissaires européens le 20 décembre 2011, vise précisément à prendre en compte le rôle et les spécificités des services sociaux et à clarifier les règles applicables pour leur mise en œuvre et leur financement.

Le Paquet Almunia offre un cadre plus adapté à la spécificité du financement des services sociaux. En effet, jusqu'alors, les compensations octroyées par une autorité publique pour la prestation d'un SIEG ne constituaient pas des aides d'Etat au sens de l'article 107 §1 du TFUE et étaient exemptées de l'obligation de notification à la Commission prévue à l'article 108 si elles remplissaient les quatre conditions définies par la jurisprudence Altmark de 2003. Le Paquet Monti-Kroes de juillet 2005 assouplit ce cadre en exemptant de l'obligation de notification préalable des services qui ne rempliraient pas l'ensemble des conditions posées par l'arrêt Altmark : il concerne les compensations dont le montant est inférieur à 30 millions d'euros par an lorsque le chiffre d'affaire annuel du bénéficiaire n'atteint pas 100 millions d'euros, de même que toutes les compensations octroyées aux entreprises de logement social et aux hôpitaux sous réserve de certaines conditions. L'article 2 de la décision 2012/21/UE va encore plus loin en étendant formellement aux « services sociaux » l'exemption de notification des aides d'Etat qui existait, depuis 2005, pour les hôpitaux. Cette exemption est par ailleurs reconnue par la Directive « Services » pour les services d'aide à la personne « en situation de fragilité ». Cette définition n'inclut cependant pas d'autres types de services sociaux qui ne seraient pas spécifiquement destinés aux personnes fragiles, telle que l'action sociale de la branche retraite, orientée vers les personnes âgées non dépendantes dans une perspective de prévention. Par exemple, le considérant 33 de la directive service place bien l'aide-ménagère à domicile des personnes âgées non dépendante dans la liste des activités soumises aux règles de marché.

---

<sup>11</sup> Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions du 20 novembre 2007, « Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen », COM (2007) 750 final, p. 8-9

La proposition de directive de décembre 2011 sur la modernisation des règles de passation des marchés publics amende la directive 2004/18/CE actuellement en vigueur en créant un régime procédural spécifique pour les services sociaux. En effet, le chapitre III intitulé « Régime applicable aux marchés publics de services » de la directive de 2004 distingue deux catégories de services :

- Article 20 : Des services dits « prioritaires » listés dans l'annexe 2.A (transports, voiries, télécommunications, publicité, entretiens, etc.) soumis à une procédure « lourde »
- Article 21 : Des services « non prioritaires » listés dans l'annexe 2.B (comprenant notamment les services sociaux et sanitaires, les services de recherche d'emploi, les services de santé et les services médico-sociaux) uniquement soumis à des obligations de publicité et de transparence sur les résultats de la procédure de passation (art. 35 §4 : « les pouvoirs adjudicateurs (...) envoient un avis concernant les résultats de la procédure de passation au plus tard 48 jours après la passation du marché ou de la conclusion de l'accord-cadre »).

La proposition de directive de 2011 va plus loin que la directive de 2004. L'évaluation de l'impact et de l'efficacité de la législation actuelle en matière de passation de marchés publics a montré que les services sociaux, de santé et d'éducation présentaient des caractéristiques spécifiques, qui les rendaient impropres à l'application des procédures normales. En effet, comme le souligne le considérant n°11, les services sociaux sont fournis dans un contexte particulier, qui varie fortement d'un Etat membre à l'autre, du fait de différences organisationnelles et culturelles. De plus, de par leur nature même, ces services ont une dimension transfrontalière très limitée. Les Etats membres doivent donc disposer d'un large pouvoir discrétionnaire pour l'organisation du choix du prestataire. La proposition tient compte de ces éléments :

- D'une part, un seuil plus élevé de 500 000 euros (contre 200 000 dans la directive de 2004) est fixé pour les marchés publics de services sociaux (art. 4). Pour justifier ce montant, la Commission se base sur une analyse quantitative préalable concernant la valeur des marchés de services sociaux attribués à des opérateurs économiques étrangers. Or, celle-ci a montré que les marchés inférieurs à ce montant ne présentaient pas d'intérêt d'un point de vue transfrontalier.
- D'autre part, un régime procédural allégé de passation des marchés s'applique aux services sociaux (art. 75). Le pouvoir adjudicateur est uniquement tenu de respecter des principes fondamentaux d'égalité de traitement et de transparence : publication d'un avis de marché et publication de l'avis d'attribution du marché. L'obligation de publication préalable de l'avis de marché n'apparaissait pas dans l'art. 21 de la directive 2004/18. Cet ajout vise à garantir un meilleur accès des opérateurs étrangers à la commande publique.
- Enfin, l'article 76 de la proposition de directive promeut un haut niveau de qualité en matière de service sociaux, en accord avec les principes énoncés dans la Charte européenne des droits fondamentaux et dans l'article 153 du TFUE. Il enjoint les Etats membres à veiller au respect « des principes de qualité, continuité, accessibilité, disponibilité et exhaustivité des services », à assurer « les besoins spécifiques des différentes catégories d'utilisateurs, ainsi que la participation et le renforcement de la position des utilisateurs ».

Ces trois apports contribuent donc bien à adapter les règles de passation de marchés aux spécificités des services sociaux et à concilier les principes fondamentaux du marché intérieur (libre prestation de services et non-discrimination des opérateurs) avec les exigences de l'économie sociale.

La dichotomie, établie par la jurisprudence de la Cour de Justice et entérinée par le Traité de Lisbonne, entre services économiques et services non économiques, nous laissait penser que seuls les services sociaux de nature économique pouvaient être concernés par un texte réglementant la passation de marchés publics. Or, dans un effort de clarification et de sécurisation juridique, la proposition de directive adjoint une liste exhaustive des catégories de services visées par ce régime spécifique dans l'annexe XVI. Sans surprise, celle-ci contient les catégories déjà présentes dans l'annexe 2.B de la directive 2004/18 (les services sociaux et sanitaires, dont les services de recherche d'emplois, les services de santé et les services médico-sociaux). Toutefois, elle mentionne explicitement, pour la première fois, la Sécurité Sociale obligatoire. Cela signifie donc qu'en l'état du texte, la Sécurité Sociale obligatoire pourrait faire l'objet d'un marché public sous les conditions précédemment exposées.

***B. L'inclusion de la Sécurité Sociale obligatoire dans le champ d'application de la directive 2011 constitue une rupture par rapport au cadre normatif et jurisprudentiel existant.***

L'annexe XVI énumère les catégories de services visées par l'article 74 de la proposition de directive. Deux catégories attirent notre attention : les services de Sécurité Sociale obligatoire et les services de prestation.

Codes CPV	Description
<b>75300000-9</b>	<b>Services de Sécurité Sociale obligatoire</b>
<b>75310000-2</b>	<b>Services de prestations</b>
75311000-9	Indemnités de maladie
75312000-6	Indemnités de maternité
75313000-3	Indemnités d'invalidité
75313100-4	Indemnités d'incapacités temporaires
75314000-0	Indemnités chômage
75320000-5	Pensions des fonctionnaires d'Etat
75330000-8	Prestations familiales
75340000-1	Allocations familiales

L'inclusion de la Sécurité Sociale obligatoire dans le champ d'application de la proposition de directive relative aux marchés publics constitue une rupture par rapport à l'état actuel du droit de l'UE. En effet, cela semble entrer en contradiction avec l'état de la jurisprudence de la Cour de justice et avec la doctrine même de la Commission.

- **Le caractère non économique des activités de la Sécurité Sociale obligatoire : un principe construit et défendu par le juge communautaire.**

La Cour de Justice a jugé de façon constante, depuis son arrêt du 17 février 1993, *Poucet et Pistre*<sup>12</sup>, que les organismes de sécurité sociale ne constituent pas des « entreprises » au sens de l'article 86 TCE (devenu article 106 §2 TFUE), c'est-à-dire n'exercent pas des activités économiques et ne sont donc pas soumis aux règles européennes de la concurrence. Dans cet arrêt, la Cour démontre le caractère non économique des organismes de Sécurité Sociale sur la base de trois critères essentiels :

- Ces organismes exercent une fonction à caractère **exclusivement social** et sont **dépourvus de but lucratif**. Ils visent en effet à couvrir l'ensemble d'une population indépendamment de leur condition de fortune et de leur état de santé contre les risques de toute nature susceptibles d'induire une charge imprévue (risques maladie, vieillesse, invalidité, décès, maternité).
- Ils mettent en œuvre **le principe de solidarité**, lequel implique que les prestations servies ne sont pas strictement proportionnelles aux cotisations acquittées et que les droits à prestation perdurent même lorsque les cotisations dues n'ont pas été versées.
- Ils sont soumis au **contrôle de l'Etat**, qui intervient comme autorité de tutelle. Il en résulte que les caisses de sécurité sociale appliquent la loi et n'ont aucune influence sur le montant des cotisations, l'utilisation des fonds et la détermination du niveau des prestations.

S'appuyant sur l'arrêt *Höfner et Elser* du 23 avril 1991<sup>13</sup>, selon lequel « dans le contexte du droit de la concurrence, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement », la Cour estime que les organismes de Sécurité Sociale n'exercent pas une activité économique et ne constituent donc pas des « entreprises ». Ainsi, la Cour écarte les régimes obligatoires de Sécurité Sociale du champ d'application des règles de la concurrence et du marché commun.

Par la suite, la Cour a maintenu sa position. Dans son arrêt du 16 mars 2004, *AOK Bundesverband*<sup>14</sup>, elle confirme la non-application des règles de la concurrence à l'activité de nature non économique des fédérations des caisses allemandes d'assurance maladie. L'arrêt du 11 juillet 2006, grande Chambre *Federación Espanola de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) c. Commission*<sup>15</sup> a également réitéré ce principe concernant des entités publiques gestionnaires du système national de santé espagnol. Le juge européen a appliqué le même raisonnement en excluant des règles de la concurrence l'activité exercée par la caisse française de retraite des indépendants dans l'arrêt CJCE du 27 octobre 2005, *Nazairdis SAS*<sup>16</sup>.

En revanche, dans l'arrêt CJCE du 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA)*<sup>17</sup>, traitant du statut d'un régime complémentaire facultatif de retraite (Coreva) géré par une caisse d'un régime obligatoire (en l'espèce, la mutualité sociale agricole), la Cour a jugé que les règles de la concurrence s'appliquaient compte tenu du caractère facultatif de la couverture en cause. Elle spécifie qu' « un organisme à but non lucratif, gérant un régime d'assurance vieillesse destiné à compléter un régime de base obligatoire, institué par la loi à titre facultatif et fonctionnant (...) selon le principe de la capitalisation, est une entreprise au sens des articles 85 et suivants du traité CE ». On pourrait conclure, au regard de ces différents arrêts, que les régimes obligatoires par répartition obéissent, par nature, au principe de la solidarité et sont donc, pour cela, des

<sup>12</sup> CJCE, 17 février 1993, *Poucet et Pistre* (affaires jointes C-159/91 et C-160/91)

<sup>13</sup> CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser* (affaire C-41/90)

<sup>14</sup> CJCE, 16 mars 2004, *AOK Bundesverband* (affaires C-264/01, C-306/01, C-354/01, C-235/01)

<sup>15</sup> CJCE, 11 juillet 2006 grande Chambre *Federación Espanola de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) c. Commission* (affaire C-205/03 P.)

<sup>16</sup> CJCE, 27 octobre 2005, *Nazairdis SAS* (affaires C-266/04 à C-270/04, C-276/04, C-321/04 à C-325/04)

<sup>17</sup> CJCE, 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance* (affaire C-244/94)



régimes de Sécurité Sociale exclus des règles communautaire du droit de la concurrence, tandis que les institutions chargées de la gestion d'un régime facultatif reposant sur la technique de la capitalisation doivent être qualifiées comme des entreprises exerçant une activité économique et, à ce titre, sont soumises au droit communautaire de la concurrence. Pour autant, cela ne signifie pas que tous les régimes fonctionnant sur un système par capitalisation doivent nécessairement être gérés en situation de concurrence. En effet, dans trois arrêts rendus le 21 septembre 1999 dits « Fonds de pension néerlandais »<sup>18</sup>, la Cour a admis le monopole de gestion accordé à des fonds de pension à affiliation obligatoire et fonctionnant par capitalisation. Elle appuie sa décision sur les motifs suivants : tout d'abord, compte tenu du faible niveau des prestations légales, les pensions servies par ces régimes complémentaires remplissent une fonction sociale significative ; de plus, l'obligation d'affiliation à un régime unique pour un secteur déterminé permet une mutualisation satisfaisante des risques ; et en troisième lieu, la gestion de ces fonds repose sur un socle de solidarité minimale, du fait notamment de l'indépendance des cotisations par rapport au risque et de la prise en charge de tous les travailleurs<sup>19</sup>.

- **En accord avec la jurisprudence, la Commission a jusqu'ici toujours exclu la Sécurité Sociale du champ d'application des règles du marché intérieur et de la concurrence :**

La jurisprudence de la Cour a donc soutenu le caractère non économique de l'activité des régimes de Sécurité Sociale obligatoire et a défendu, à ce titre, la licéité des monopoles de gestion accordés par certains Etats membres sur la base du principe de solidarité. Cette position a d'ailleurs été confortée dans la doctrine même de la Commission. En effet, dans sa communication de 2007, la Commission qualifie clairement les notions de services économiques d'intérêt général et de services non économiques d'intérêt général, en précisant que ces derniers comprennent les prérogatives étatiques traditionnelles, telles que la police, la justice et les régimes légaux de Sécurité Sociale.<sup>20</sup> Les régimes légaux de Sécurité Sociale sont ainsi explicitement considérés comme des services non économiques d'intérêt général qui, par définition, ne sont pas soumis aux règles du marché intérieur et de la concurrence. Sur la base de cette doctrine, la directive Services de 2006<sup>21</sup> a d'ailleurs formellement exclu de son champ d'application la Sécurité Sociale. Elle pose, dans le considérant n°14, repris par l'article 1 §6, que « la présente directive n'affecte pas la législation des Etats membres en matière de Sécurité Sociale ». De même, le considérant n°34 réitère cette position :

« La Cour de justice a estimé que la caractéristique essentielle de la rémunération réside dans le fait que celle-ci constitue la contrepartie économique des services en cause et que cette caractéristique est absente dans le cas des activités qui sont accomplies, sans contrepartie économique, par l'État ou pour le compte de l'État, dans le cadre de ses missions dans les domaines social, culturel, éducatif et judiciaire, tels que les cours dispensés au sein du système d'éducation nationale ou encore **la gestion des régimes de sécurité sociale qui n'ont aucune activité de nature économique.** (...) Ces activités ne sont donc pas couvertes par la définition de « service » à l'article 50 du traité et n'entrent donc pas dans le champ d'application de la présente directive. »

---

<sup>18</sup> CJCE, 21 septembre 1999, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensionenfonds Textielindustrie* (C-67/96), *Brentjens Handelsonderneming BV c. Stichting Bedrijfspensionenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen* (C-115/97), et *Maatschappij Drijvende Bokken BV c. Stichting Pensionenfonds voor de Vervoer en Havenbedrijven* (C-219/97).

<sup>19</sup> X. Prétot, « La CJCE et le fonds de pension néerlandais, *Ad augusta per angusta...* », *Dr. Soc.* janvier 2000, p. 106 sq.

<sup>20</sup> COM (2007) 750 final, p. 5

<sup>21</sup> Directive 2006/123 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.

Enfin, dans une communication du 20 décembre 2011 relative à l'application des règles de l'UE en matière d'aides d'Etat aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général, comprise dans le Paquet Almunia, la Commission consacre une section particulière au cas de la Sécurité Sociale<sup>22</sup> :

La qualification des régimes de sécurité sociale comme relevant d'une activité économique dépend de la manière dont ils sont établis et structurés. En substance, la Cour de justice et le Tribunal opèrent une distinction entre les régimes fondés sur le principe de solidarité et les régimes économiques.

La Cour de justice et le Tribunal recourent à une série de critères pour déterminer si un régime de sécurité sociale est fondé sur le principe de solidarité, auquel cas il ne relève pas d'une activité économique. Un ensemble de facteurs peuvent entrer en ligne de compte à cet égard:

- (a) le caractère obligatoire ou non de l'affiliation au régime;
- (b) l'objectif exclusivement social ou non du régime;
- (c) le but lucratif ou non du régime;
- (d) le fait que les prestations versées soient ou non indépendantes du montant des cotisations;
- (e) le fait que le montant des prestations versées soit ou non nécessairement proportionnel aux revenus de l'assuré; et
- (f) le fait que le régime soit ou non soumis au contrôle de l'État.

Il convient de distinguer les régimes fondés sur la solidarité des régimes économiques. Contrairement aux régimes fondés sur la solidarité, les régimes économiques sont fréquemment caractérisés par les éléments suivants:

- (a) le caractère facultatif de l'affiliation;
- (b) le principe de la capitalisation (les prestations auxquelles le bénéficiaire a droit dépendent des cotisations versées ainsi que des résultats financiers du régime);
- (c) l'existence d'un but lucratif; et
- (d) le versement de prestations destinées à compléter celles d'un régime de base.

Certains régimes combinent des caractéristiques des deux catégories. En pareil cas, la qualification du régime dépend d'une analyse des différents éléments en question et de leur importance respective.

Au regard du droit de l'UE et de la jurisprudence, la mention de la Sécurité Sociale dans l'annexe XVI de la proposition de directive de 2011 constitue sinon une rupture, tout au moins une incohérence dans la position de la Commission sur ce sujet. Doit-on, pour autant, y voir une tentative de faire de la Sécurité Sociale un marché et de remettre ainsi en cause les mécanismes de solidarité qui la sous-tendent ? Ce texte a, quoi qu'il en soit, provoqué de vives inquiétudes qui trouvent une voix dans les débats actuels du Parlement européen et du Conseil. Il convient donc de questionner les motivations de la Commission et de replacer les enjeux d'une telle initiative.

## **II. La position de la Commission a surpris les parties prenantes et soulève la question de sa pertinence dans une Europe économiquement et socialement fragilisée par la crise.**

---

<sup>22</sup> Communication de la Commission du 20 décembre 2011

**A. Suite aux réactions vives provoquées par son texte, la Commission réaffirme sa volonté de sécurisation juridique sans pour autant admettre ou justifier une rupture normative.**

Lorsque la Commission a présenté sa proposition en décembre 2011, celle-ci a été plutôt bien accueillie, notamment par la Sécurité sociale française, représentée à Bruxelles par la REIF. En effet, de nombreuses parties prenantes avaient salué les efforts réalisés par la Commission en matière de liberté plus grande laissée au pouvoir adjudicateur pour s'affranchir du seul critère de prix, au bénéfice de l'offre économiquement la plus avantageuse, pour un gain en termes de qualité de la prestation de service. Le travail des différents acteurs (et notamment des organismes de protection sociale) avec les parlementaires en charge du dossier ont permis l'inscription de plusieurs amendements dans le rapport Tarabella, comme l'interdiction de plus de deux niveaux de sous-traitance, la solidarité entre délégataires et sous-traitant en cas de violation du droit social, ou encore la possibilité du pouvoir adjudicateur de poser des normes sociales et environnementales dans les cahiers des charges et clauses d'exécution. Ce n'est en effet qu'en septembre 2012 que le ministère belge des affaires sociales a « découvert » que la mention de la Sécurité Sociale obligatoire figurait explicitement parmi les services spécifiques visés par l'article 74 de la directive. Cette découverte a déclenché une vive polémique, alimentée par les médias<sup>23</sup> et aujourd'hui relayée dans les débats parlementaires. Les critiques s'articulent autour de deux problèmes principaux :

- En premier lieu, l'Union européenne est-elle compétente pour légiférer dans le domaine de la Sécurité Sociale, même de façon indirecte ?
- En second lieu, pourquoi la Sécurité Sociale, qualifiée de service non économique par la jurisprudence de la CJUE et la doctrine de la Commission, figure-t-elle dans le champ d'application d'une directive sur les marchés publics, qui ne concerne, par définition, que des activités économiques soumises aux règles du marché intérieur ?

Il convient de reprendre ces deux points et d'analyser les arguments de chacun des acteurs impliqués dans ce débat.

- **L'inclusion de la Sécurité sociale dans l'annexe 16 constitue-t-elle une atteinte au principe de subsidiarité ?**

Au regard du droit de l'UE, la protection sociale a toujours été considérée comme un domaine relevant de la compétence exclusive des Etats membres. L'UE s'engage, dans l'article 151 TFUE, à promouvoir une protection sociale adéquate en tenant compte de la diversité des pratiques nationales. En vue de cet objectif, elle soutient et complète les actions des Etats membres, notamment dans le domaine de la sécurité sociale et de la protection sociale des travailleurs. L'article 153 §4 TFUE précise néanmoins que « ces dispositions ne portent pas atteinte à la faculté reconnue aux Etats membres de définir les principes fondamentaux de leur système de sécurité sociale ». De même, la jurisprudence de la Cour de Justice pose dans l'arrêt *Duphar* du 7 février 1984<sup>24</sup> que le droit de l'UE ne porte pas atteinte à la compétence des Etats membres pour aménager leur système de sécurité sociale et n'a pas pour objectif l'harmonisation des systèmes nationaux. Ce point a été renforcé dans le protocole n°26 §2 du TFUE, qui stipule que « les dispositions des traités ne portent en aucune manière atteinte à la compétence des Etats membres pour fournir, faire exécuter et organiser des services non économiques d'intérêt général ».

---

<sup>23</sup> Cf. article Médiapart de Ludovic Lamant intitulé « Bruxelles veut ouvrir la Sécurité Sociale au privé », 21 octobre 2012.

<sup>24</sup> CJCE, 7 février 1984, *Duphar* (affaire C-238/82)

S'appuyant sur cette base juridique, les détracteurs de la proposition de directive ont vu dans la mention de la Sécurité Sociale à l'annexe XVI une atteinte au principe de subsidiarité et, partant, contestent la compétence de la Commission à intervenir, même indirectement, dans ce domaine.

Sur ce point, Stefaan de Rynck, porte-parole de Michel Barnier, conteste cette critique et précise, dans un droit de réponse à l'article de Médiapart du 21 octobre 2012, que les dispositions de la proposition de directive de la Commission ne remettent pas en cause l'organisation nationale des services de Sécurité Sociale et n'affecte en rien l'autonomie des Etats dans ce champ.

Il est vrai que la Commission ne remet pas explicitement en cause l'autonomie des Etats membres dans le domaine de la Sécurité Sociale. Le considérant n°11 pose en effet que « les Etats membres et/ou les pouvoirs publics restent libres de fournir ces services à caractère social eux-mêmes ou de les organiser d'une manière qui n'implique pas la conclusion de marchés publics ». On peut cependant regretter que ce principe ne figure pas dans aucun article de la proposition de directive. Néanmoins, en incluant la Sécurité Sociale obligatoire au sein de l'annexe XVI, c'est-à-dire dans le champ d'application des règles européennes en matière de passation de marchés publics, la proposition de directive impose aux Etats de respecter un socle minimal d'obligations de transparence et d'égalité de traitement. Ces obligations visent « à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication » (arrêt de la Cour du 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH*<sup>25</sup>). Ainsi, le considérant n°11 énonce que :

« Compte tenu de l'importance du contexte culturel et du caractère sensible de ces services, les Etats membres devraient avoir un large pouvoir d'appréciation pour organiser le choix des prestataires de services de la manière qu'ils jugent la plus appropriée. Les règles de la présente directive tiennent compte de cet impératif **en imposant le respect de principes fondamentaux de transparence et d'égalité de traitement** et en veillant à ce que les pouvoirs adjudicateurs soient en mesure d'appliquer des critères de qualité spécifiques pour le choix de prestataires de service, tels que ceux définis dans le cadre européen volontaire de qualité pour les services sociaux, rédigé par le Comité européen de Protection sociale ».

De surcroît, la proposition de directive ne reprend pas l'article 18 de la directive 2004/18 relatif aux marchés de services accordés sur la base de droits exclusifs. Cet article exclut du champ d'application de l'actuelle directive « les marchés publics de services attribués par un pouvoir adjudicateur à un autre pouvoir adjudicateur ou à une association de pouvoirs adjudicateurs sur la base d'un droit exclusif, dont ceux-ci bénéficient en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées et compatibles avec le Traité ». Cette exemption pouvait être considérée comme un filet de sécurité pour les organismes de Sécurité Sociale qui, quels que soit leur statut, opèrent sur la base de droits exclusifs accordés par l'Etat et versent des prestations définies par la loi. La suppression de cet article dans la proposition de directive de 2011 est donc un signe supplémentaire de la volonté de la Commission de faire appliquer les règles de passation des marchés publics même dans les domaines relevant de droits exclusifs nationaux.

L'intervention du législateur européen dans le domaine des marchés publics est tout à fait légitime. En effet, « la coordination au niveau communautaire des procédures de passation des marchés publics vise à supprimer les entraves à la libre circulation des services et à la libre circulation des marchandises, et donc à protéger les intérêts des opérateurs

---

<sup>25</sup> CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH* (affaire C-324/98), point 62

économiques établis dans un Etat membre désireux d'offrir des biens ou des services aux pouvoirs adjudicateurs établis dans un autre Etat membre » (arrêt CJCE du 3 décembre 2000, *Université de Cambridge*<sup>26</sup>). Cependant, la proposition de directive, dans l'état actuel du texte, fait intervenir le droit de l'UE dans un domaine qui relevait jusqu'ici de la prérogative des Etats et qui, par son caractère non économique, se situe en dehors du champ du marché intérieur. Ce texte fait donc entrer, de manière incidente, la Sécurité Sociale dans son champ de compétence exclusive. Sans aller jusqu'à parler de violation du principe de subsidiarité – puisque, comme l'a rappelé la Commission, les Etats restent libres d'organiser la gestion des prestations de Sécurité Sociale obligatoire sur leur territoire – ce texte brouille les lignes entre les domaines de compétences de chacun, et pousse un peu plus loin la logique de marchandisation de toute activité sociale.

- **La Sécurité Sociale peut-elle constituer un marché ?**

En incluant la Sécurité Sociale obligatoire parmi les services compris dans le champ d'application d'une directive qui, par définition, ne concerne que des activités économiques, la Commission européenne s'est vue accusée d'ouvrir la voie sinon à une privatisation, tout du moins, à une externalisation possible des régimes de Sécurité Sociale. A titre de réponse, la Commission a avancé deux types d'arguments d'une portée inégale.

Tout d'abord, elle prétend que les régimes de Sécurité Sociale obligatoire étaient déjà inclus dans le champ d'application de la directive 2004/18 actuellement en vigueur. Ils seraient en effet visés dans la catégorie n°27 « Autres services » de l'annexe IIB. Dès lors, la mention explicite de la Sécurité sociale obligatoire dans l'annexe XVI de la proposition de directive relèverait d'une volonté de clarification juridique et d'exhaustivité. Cependant, il convient de rappeler que l'annexe IIB liste un certain nombre de services pour lesquels la passation de marchés publics est soumise à une règle d'exception (définie à l'article 21). Or, en application d'une jurisprudence constante, les exceptions sont toujours d'interprétation stricte. La catégorie « Autres services » ne peut dès lors pas être considérée comme une catégorie ouverte, d'autant qu'elle ne fait l'objet d'aucune référence complémentaire aux nomenclatures européennes CPV. Si toutefois on envisageait une lecture extensive de cette catégorie, il faudrait alors comprendre que tous les services, notamment les services de nature régaliennne (défense, justice, sécurité, etc.), sont compris dans le champ d'application de la présente directive. Cela constituerait d'une part, un contre sens, dans la mesure où les services régaliens, tout comme la Sécurité Sociale obligatoire, sont, par nature, des activités non économiques non soumises aux règles du marché. D'autre part, l'article 1.2 sous d) de la directive 2004/18 pose que « les marchés publics de services sont des marchés publics autres que les marchés publics de travaux ou de fournitures portant sur la prestation de services visés à l'annexe II », ce qui implique que l'annexe II constitue un champ d'application limitatif. Au regard de ces éléments, nous émettons la plus grande réserve quant à l'interprétation avancée par la Commission sur ce point.

On peut par ailleurs noter que la proposition de directive rompt avec la logique de la directive 2004/18 dans la mesure où elle privilégie une définition ouverte des marchés de services. L'article 2 §11 énonce en effet que les marchés publics de services sont les marchés publics « ayant pour objet la prestation de services autres que ceux visés au point 8 (à savoir les marchés publics de travaux) ».

Deuxième argument avancé par la Commission pour justifier l'inclusion de la Sécurité Sociale obligatoire dans l'annexe XVI : la volonté de pourvoir à un vide juridique. En effet, dans l'éventualité où un Etat membre, dans le cadre de son autonomie en la matière, souhaiterait organiser certains services de Sécurité Sociale à travers un contractant, celui-ci

---

<sup>26</sup> CJCE, 3 décembre 2000, Université de Cambridge (affaire C-380/98), point 16

pourrait désormais le faire sur la base du régime allégé prévu à l'article 75 de la proposition de directive. En l'état actuel du droit, aucun outil juridique n'encadre une telle initiative. Comme l'explique Stefaan de Rynck, porte-parole de Michel Barnier, « si jamais un Etat souhaite organiser sa Sécurité Sociale à travers un marché public (ce qu'il est libre de faire, même si ce scénario est peu probable), il faudra dans ce cas précis avoir les outils juridiques pour faire respecter les règles de bonne gouvernance, de transparence et d'équité dans le choix du contractant privé ».

On pourrait noter, à l'appui de cet argument, que depuis l'arrêt CJCE du 8 mai 2000 *Commission c. Royaume de Belgique*, lorsqu'un Etat décide de confier à des organismes assureurs le soin d'assurer directement, et à leurs propres risques, une prestation de Sécurité Sociale, l'ensemble des règles des directives sur l'assurance<sup>27</sup> doivent s'appliquer. En l'espèce, la Cour a confirmé l'application des directives sur l'assurance, y compris des règles de la libre prestation de service, à la législation belge de Sécurité Sociale sur les accidents du travail dans la mesure où ces prestations sont versées par des entreprises d'assurances poursuivant un but lucratif à leurs propres risques. La CJUE prévoit donc la possibilité pour les Etats membres de choisir entre un système concurrentiel et l'organisation d'un système fondé sur la solidarité et contrôlé par l'Etat. Dans l'éventualité où ils privilégieraient un système concurrentiel, ils devraient, dès lors, respecter les règles du marché intérieur. En ce sens, la proposition de directive de la Commission ne ferait que codifier dans le corps législatif une opportunité ouverte par la jurisprudence. A l'heure actuelle, si un Etat externalise certaines prestations légales de Sécurité Sociale auprès d'une entreprise d'assurance privée, les règles qui s'appliquent, par défaut, à la procédure de passation du marché sont celles contenues au titre II de la directive 2004/18, c'est-à-dire un « régime procédural lourd ». L'ambition de la Commission sur ce point était donc de simplifier et de clarifier le cadre juridique applicable, en créant notamment un « régime allégé » de passation des marchés.

Néanmoins, même si les motivations de la Commission sont compréhensibles et cohérentes, il n'en reste pas moins que l'inclusion de la Sécurité Sociale obligatoire dans l'annexe XVI constitue une contradiction juridique. Comme nous l'avons rappelé, la Sécurité Sociale constitue une activité non économique d'intérêt général et ne saurait être qualifiée de « service » au sens de l'article 57 TFUE aux termes duquel « sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes ». Partant, elle ne saurait être intégrée à la notion de marché public qui couvre uniquement les marchés ayant pour objet la prestation de services au sens de l'article 57 du Traité. Par contre, les prestations légales de Sécurité Sociale (indemnités maladie, indemnités accident du travail, indemnités chômage) peuvent, en elles-mêmes, faire l'objet d'un marché. Comme le montre l'arrêt *Royaume de Belgique*, un Etat peut décider de confier le versement de ces prestations à une entreprise d'assurance, ce qui place ces prestations au cœur d'un système concurrentiel et, partant, dans le champ d'application de la directive assurance et des règles du marché – même si, dans ce cas, l'Etat est fondé à imposer à l'opérateur économique des exigences spécifiques quant à la qualité et à la continuité du service offert.

Il ressort de cet exposé que l'inclusion de la Sécurité Sociale obligatoire dans le champ d'application de la proposition de directive réglementant la passation des marchés publics ne peut être juridiquement justifiée, dans la mesure où elle constitue une activité non économique d'intérêt général à finalité exclusivement sociale et fondée sur le principe de solidarité, exclue *de jure* du droit de l'UE. Sans entrer dans la polémique qui voit dans ce texte l'affirmation d'une position ultra libérale et la volonté sous-jacente de privatiser les

---

<sup>27</sup> Directive 92/49/CEE

systèmes de protection sociale nationaux, il est important d'envisager les impacts qu'une telle initiative pourrait avoir sur la cohésion sociale et l'équilibre macroéconomique européen.

***B. Si les motivations de la Commission sont compréhensibles, bien que juridiquement contestables, on peut néanmoins s'interroger sur l'opportunité d'une telle mesure***

Dans le communiqué publié par le porte-parole de M. Barnier, celui-ci précise que le texte de la Commission s'adresse aux Etats qui souhaiteraient organiser leur Sécurité Sociale à travers un marché public en soulignant le fait que cette éventualité est « très peu probable ». Mais un tel bouleversement est-il si improbable que cela ? Dans un contexte de crise économique qui contraint fortement les finances publiques, plusieurs Etats membres pourraient, en effet, envisager d'externaliser une partie de leurs prestations de Sécurité Sociale vers des opérateurs privés en bénéficiant du régime allégé prévu au chapitre III de la proposition de directive. Il convient donc d'interroger l'opportunité d'un tel projet et d'évaluer l'impact qu'il pourrait avoir sur l'équilibre économique et social des pays européens.

**• L'externalisation de la Sécurité Sociale, un tonneau des Danaïdes pour les Etats**

Dans un contexte économique fortement perturbé, les motivations des Etats pour externaliser certaines prestations de Sécurité Sociale sont principalement de deux ordres. D'une part, le climat récessif entraîne une forte hausse des dépenses sociales alors même que le niveau des cotisations est affaibli du fait de l'inertie du marché du travail et de l'activité des entreprises. Au cours des dernières années, les dépenses de protection sociale dans l'UE 27 ont, en effet, augmenté, passant de 26,1% du PIB en 2007 à 29,6% en 2009 et 29,4% en 2010, selon les données d'Eurostat<sup>28</sup>. La moyenne de l'UE 27 a continué de masquer de fortes disparités d'un Etat membre à l'autre. En 2010, la part des dépenses de protection sociale par rapport au PIB était supérieure à 30% en France (33,8%), au Danemark (33,3%), aux Pays-Bas (32,1%), en Allemagne (30,7%), en Finlande (30,6%) ainsi qu'en Autriche et en Suède (30,4% chacun), et inférieure à 20% en Roumanie (17,6%), en Lettonie (17,8%), en Bulgarie et en Estonie (18,1% chacun), en Slovaquie (18,6%), en Pologne (18,9%), en Lituanie (19,1%) et à Malte (19,8%). Ces écarts reflètent des différences de niveaux de vie, mais illustrent également la diversité des systèmes nationaux de protection sociale ainsi que des structures démographiques, économiques, sociales et institutionnelles propres à chaque pays. D'autre part, avec le renforcement du Pacte de stabilité et de croissance, les Etats membres sont tenus de revenir à court terme à un niveau de déficit public inférieur ou égal à 3% de leur PIB. Or, les dépenses sociales sont incluses dans l'agrégat maastrichtien sur la base duquel la Commission exerce un suivi des politiques budgétaires. Une externalisation des prestations de Sécurité Sociale permettrait donc à un Etat de réduire la pression sur ses comptes publics, de manière quasi immédiate.

Certains Etats membres ont déjà choisi d'introduire une certaine concurrence dans leur système de Sécurité Sociale (Pays-Bas, Grande Bretagne) et se sont montrés plutôt favorables au maintien de la mention de la Sécurité Sociale obligatoire dans la proposition actuelle de directive sur les marchés publics. Par ailleurs, certains lobbies d'assurance, notamment britanniques, auraient d'ores et déjà manifesté leur intérêt pour concurrencer les acteurs historiques chargés de la gestion des prestations sociales. On peut donc craindre que l'adoption en l'état du texte de la proposition de directive sur les marchés publics n'encourage ce type d'évolution dans l'ensemble des Etats membres. Or, les exemples passés ont montré que l'introduction d'une concurrence dans les systèmes de protection

---

<sup>28</sup> Eurostat, communiqué de presse du 27 novembre 2012 (165/2012)

sociale n'était pas optimale. Prenons l'exemple des Pays-Bas<sup>29</sup>. En effet, la réforme du système d'assurance maladie des Pays-Bas en 2006 a instauré une concurrence entre différents organismes assureurs dans le domaine des soins de santé. L'Etat organise cette mise en concurrence en définissant le panier de soins à prendre en charge et en interdisant la sélection des risques ; les assureurs se voient par ailleurs contraints d'assurer la gamme complète des soins et d'accepter tous les adhérents. De plus, les pouvoirs publics ont prévu un système de péréquation afin de compenser les pertes financières supportées par les assureurs qui prennent en charge les assurés présentant des risques élevés. En 2011, le bilan de cette opération paraît très mitigé. D'une part, comme l'a montré un rapport de l'Organisation mondiale de la santé<sup>30</sup>, les Etats qui font le choix d'instaurer une concurrence entre assureurs maladie pour la couverture de base sont contraints de créer des systèmes de transferts financiers entre les différents assureurs pour prévenir la sélection des risques. Ainsi, aux Pays-Bas, les coûts globaux de l'assurance maladie n'ont pas baissé. Pire, la réduction de la péréquation accordée aux assureurs a engendré une augmentation des risques pour certains et le développement de subtiles formes de sélection des assurés. D'autre part, ce type de système ne permet pas de garantir l'équité sociale puisque les assurés les moins favorisés ont subi une dégradation de leur accès aux soins.

L'externalisation de la Sécurité Sociale pose également problème dans la mesure où elle n'est pas toujours compatible avec les exigences fondamentales du service public : l'universalité des prestations et la continuité du service aux assurés. Dans le cadre de la procédure de passation des marchés publics, les clauses de renégociation des marchés imposent une remise en concurrence régulière destinée à maintenir une égalité de traitement entre les opérateurs économiques. Ces clauses pourraient donc contrevenir au principe de continuité de service. Quant à l'universalité des prestations, l'exemple des Pays-Bas a démontré que la mise en concurrence induit un risque de sélection des assurés. Dès lors, malgré les précautions affichées dans l'article 76 de la proposition de directive, qui stipule que les Etats membres doivent veiller à assurer la qualité, la continuité, l'accessibilité, la disponibilité et l'exhaustivité des services, il semble difficile, dans les faits, d'éviter certains effets pervers issus du contexte concurrentiel.

Partant, l'externalisation de la Sécurité Sociale aurait des conséquences délétères tant sur le plan économique que sur le plan social. La croyance selon laquelle la mise en concurrence des assureurs pour les prestations sociales permettrait d'alléger le poids des dépenses publiques est erronée, car les Etats seraient *in fine* contraints de mettre en place des systèmes de financement compensatoires pour garantir l'équilibre financier des régimes et un accès universel aux prestations. En outre, la crise de 2008 a pu démontrer le rôle crucial des systèmes de protection sociale solidaires comme stabilisateurs automatiques permettant d'amortir les chocs conjoncturels. Loin de gagner au change, les Etats risqueraient de se priver d'un des vecteurs essentiels de croissance et de cohésion sociale.

- **Les amendements demandés par le Conseil et le Parlement européen devraient clore la polémique ... au moins pour un temps.**

Les débats au Parlement et au Conseil ont relayé ces inquiétudes, même si les interprétations du texte varient fortement selon les pays. En effet, le rapport relatif à la

---

<sup>29</sup> Pour développer cet exemple, nous nous sommes appuyés sur deux articles :

- Pascale Turquet, « L'assurance maladie aux mains du marché. Le cas des Pays-Bas », in *Les notes de l'Institut européen du salariat*, n°24, décembre 2011

- Marie Wierink, « La réforme de l'assurance maladie aux Pays-Bas, deux ans après », in *Revue française des affaires sociales* 2008/4, n°4, La Documentation française, p. 237-251.

<sup>30</sup> J. Kutzin, *Politique de financement de la santé : un guide à l'attention des décideurs*, Mémoire sur le financement de la santé. Divisions des systèmes de santé des pays, OMS, 2008, p. 20



proposition de directive sur la passation des marchés publics<sup>31</sup>, conduit par Marc Tarabella, rapporteur S&D pour la Commission parlementaire marché intérieur et protection des consommateurs, dans le cadre de la procédure législative ordinaire, révèle les divergences d'interprétations et de positions entre les parlementaires. Les représentants des Etats membres dans lesquels certaines prestations légales de Sécurité Sociale font déjà l'objet d'une gestion externalisée vers des prestataires privés sont, en effet, plutôt favorables à un texte qui allège leurs contraintes procédurales. Au contraire, les représentants de pays qui prônent des systèmes de Sécurité Sociale fondés sur un monopole d'Etat sont fortement opposés à une directive qui risquerait de fragiliser leur modèle. Dans un communiqué de presse, Marc Tarabella affirme avoir demandé expressément que la Sécurité Sociale soit exclue du champ d'application de la directive. Parmi les amendements déposés, la majorité des parlementaires requièrent la suppression de l'article 74 ou l'ajout d'un paragraphe réaffirmant la liberté des Etats de fournir des services sociaux et de les organiser sans recourir à une procédure de passation de marchés publics. Concernant l'annexe XVI, les positions sont moins tranchées ; certains réclament sa suppression tandis que d'autres plaident, au contraire, pour une plus grande exhaustivité des services mentionnés. Ce rapport a été discuté en commission IMCO le 28 novembre et les amendements ont été votés à huis clos le jeudi 29 novembre 2012.

Le Conseil a, de son côté, voulu réaffirmer le fait que la directive ne devait pas être applicable aux services non économiques d'intérêt général. Il propose ainsi les amendements suivants :

- L'ajout d'un considérant 3b énonçant que : « Il est également utile de rappeler que cette directive n'affecte pas la législation des Etats membres en matière de Sécurité Sociale, et ne traite ni de la libéralisation des services d'intérêt économique général réservés à des organismes publics ou privés, ni de la privatisation d'organismes publics prestataires de services. Il faut aussi rappeler que les Etats membres sont libres d'organiser leurs services de Sécurité Sociale obligatoire et de tout autre service, comme les services postaux, qu'ils s'agissent de services d'intérêt économique général, de services non économiques d'intérêt général, ou encore d'un mélange des deux. Il est important de préciser que les services non économiques d'intérêt général ne sont pas compris dans le champ d'application de la présente directive ».
- L'ajout d'un point 5 à l'article 1 rappelant que « le champ d'application de cette directive ne comprend pas les services non économiques d'intérêt général ».
- L'ajout d'une note de bas de page à la mention des services obligatoires de Sécurité sociale dans l'Annexe XVI selon laquelle, ces services ne sont pas couverts par la Directive lorsqu'organisés en tant que services d'intérêt général non économiques.

La procédure législative en cours devrait donc, selon toute vraisemblance, aboutir à une clarification du champ d'application de la directive, c'est-à-dire à l'exclusion des services non économiques d'intérêt général et, partant, à la suppression de la mention de la Sécurité Sociale obligatoire de l'annexe XVI.

---

<sup>31</sup> Projet de rapport du Parlement européen sur la proposition de directive sur la passation des marchés publics, rapporteur IMCO : Marc Tarabella, juillet 2012 (2011/0438 COD)

## CONCLUSION :

La proposition de directive visant à moderniser la procédure de passation des marchés publics élaborée par la Commission européenne en décembre 2011 a ranimé le débat, lancé en 2006 au moment des discussions sur la Directive « Services », concernant le statut des services sociaux d'intérêt général, qui n'est d'ailleurs, à ce jour, toujours pas clairement défini. Cette proposition de directive avait pour ambition de clarifier et sécuriser le cadre juridique applicable aux marchés de services. En effet, les marchés de services bénéficieraient d'un régime allégé, réduit à des obligations fondamentales de publicité et d'égalité de traitement des opérateurs économiques. Sur ce point, la position de la Commission est tout à fait louable et a d'ailleurs été saluée par bon nombre de professionnels et d'élus locaux. Néanmoins, l'inclusion de la Sécurité Sociale obligatoire dans le champ d'application de cette directive pose problème. Au regard du droit de l'UE et de la jurisprudence de la Cour de Justice, la Sécurité Sociale est considérée comme une activité non économique d'intérêt général, poursuivant un objectif exclusivement social et fondée sur un principe de solidarité. A ce titre, elle ne peut être considérée comme un « service » au sens du Traité et n'est donc pas soumise aux règles du marché intérieur et de la concurrence. Sa présence dans un texte relatif aux marchés publics constitue donc une rupture normative fondamentale.

Outre le fait que la Commission intervient ici, de manière indirecte, dans un domaine qui relève de la compétence exclusive des Etats membres, elle contredit sa propre doctrine. Par ailleurs, un tel texte pourrait ouvrir la voie à une externalisation des prestations sociales dans certains pays tentés de soustraire les dépenses sociales de leurs comptes nationaux. Or, de telles évolutions auraient des conséquences économiques et sociales significatives qui pourraient à terme fragiliser les sociétés européennes et remettraient en cause le modèle social européen.

Le débat est aujourd'hui porté par les co-législateurs. D'après les premières informations disponibles, le Conseil et le Parlement européen semblent être favorables à l'exclusion formelle et explicite des services non économiques d'intérêt général du champ d'application de la directive.

Depuis le Traité de Rome, l'Union européenne s'est efforcée de concilier les exigences libérales du marché unique et la promotion de la cohésion sociale. Mais il y a lieu de s'étonner que la Commission tente aujourd'hui de fragiliser cet équilibre au nom d'une doctrine libérale qui a pourtant failli avec éclat – et dont l'UE panse encore les plaies. Comme le souligne Alain Supiot dans un récent article, « force est de constater que la crise de 2008 n'a pas réussi à tirer nos dirigeants du profond sommeil dogmatique où les a plongés la doctrine ultralibérale »<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Alain Supiot, « Le sommeil dogmatique européen » in *Revue française des affaires sociales*, n°1 janvier/mars 2012, La Documentation française, p. 185-196

## **BIBLIOGRAPHIE :**

### **- Textes communautaires :**

J.O des Communautés européennes, Directive 92/49/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordinations des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE.

J.O de l'Union Européenne, Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation de marchés publics de travaux, de fournitures et de services

Commission européenne, Livre blanc sur les services d'intérêt général, adopté le 12 mai 2004 – COM (2004) 374.

J.O de l'Union européenne, Décision COM 2005/842/CE du 28 novembre 2005 concernant l'application de l'article 86 §2 TCE aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général.

Commission européenne, Communication du 26 avril 2006 « Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne. Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne » - COM (2006) 177 final.

J.O de l'Union Européenne, Directive 2006/123 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur.

Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions du 20 novembre 2007, « Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen » - COM (2007) 750 final.

Commission européenne, Document de travail, 1<sup>er</sup> Rapport bisannuel sur les services sociaux d'intérêt général du 2 juillet 2008 – COM (2008) 418 final.

Commission européenne, Document de travail, 2<sup>e</sup> Rapport bisannuel sur les services sociaux d'intérêt général du 22 octobre 2010 – SEC (2010) 1284 final.

Mario Monti, « *Une nouvelle stratégie pour le marché unique au service de l'économie et de la société européennes* », Rapport au Président de la Commission européenne, José Manuel Barroso, présenté le 9 mai 2010.

Commission européenne, Communication du 20 décembre 2011 relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'Etat aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général – COM (2011) 9404 final.

Commission européenne, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions du 20 décembre 2011, « Un cadre de qualité pour les SIG en Europe » - COM (2011) 900 final.

Commission européenne, Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 20 décembre 2011 sur la passation des marchés publics – COM (2011) 896 final

Projet de rapport du Parlement européen sur la proposition de directive sur la passation des marchés publics, rapporteur IMCO : Marc Tarabella, juillet 2012 (2011/0438 COD)

Eurostat, communiqué de presse du 27 novembre 2012 (165/2012)

### **- Arrêts de la CJUE :**

CJCE, 7 février 1984, *Duphar* (affaire C-238/82)

CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser* (affaire C-41/90)

CJCE, 17 février 1993, *Poucet* (affaire C-159/91) et *Pistre* (affaire C-160/91)

CJCE, 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance* (affaire C-244/94)

CJCE, 21 septembre 1999, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensionenfonds Textielindustrie* (C-67/96), *Brentjens Handelsonderneming BV c. Stichting Bedrijfspensionenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen* (C-115/97), et *Maatschappij Drijvende Bokken BV c. Stichting Pensionenfonds voor de Vervoer en Havenbedrijven* (C-219/97).

CJCE, 3 décembre 2000, *Université de Cambridge* (affaire C-380/98)

CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH* (affaire C-324/98)

CJCE, 24/07/2003, *Altmark* (C-226/01)

CJCE, 16 mars 2004, *AOK Bundesverband* (affaires C-264/01, C-306/01, C-354/01, C-235/01)

CJCE, 27 octobre 2005, *Nazairdis SAS* (affaires C-266/04 à C-270/04, C-276/04, C-321/04 à C-325/04)

CJCE, 11 juillet 2006 grande Chambre *Federación Espanola de Empresas de Tecnologia Sanitaria (FENIN) c. Commission* (affaire C-205/03 P.)

CJUE, 15 juillet 2010, Grande Chambre, «Manquement d'État – Directives 92/50/CEE et 2004/18/CE – Marchés publics de services – Assurance vieillesse d'entreprise des travailleurs salariés de la fonction publique communale – Attribution directe de contrats, sans appel d'offres au niveau de l'Union, à des organismes d'assurance désignés dans une convention collective conclue entre partenaires sociaux » (affaire C-271/08).

#### - Articles :

Bosio Mattias, « Les services sociaux dans le marché intérieur : à la frontière entre compétitivité et solidarité » in *Revue française des affaires sociales*, 2012/1, n°1, La Documentation française, p. 131-147

Guekhrière Laurent, « Guide Pratique sur les services sociaux d'intérêt général. Les services sociaux dans le marché intérieur », *Le courrier des maires et des élus locaux*, Collectif SSIG février 2012.

Kutzin J., *Politique de financement de la santé : un guide à l'attention des décideurs*, Mémoire sur le financement de la santé. Divisions des systèmes de santé des pays, OMS, 2008, p. 20

Lamant Ludovic, « Bruxelles veut ouvrir la Sécurité Sociale au privé », *Médiapart*, 21 octobre 2012.

Pellet Rémi, « L'avenir des services sociaux non marchands en Europe » in *Assurance et protection sociale*, dir. Jean-Louis Gillet, Dominique Loriferne et Xavier Prétot, Dalloz, 2011

Prétot Xavier, « La CJCE et le fonds de pension néerlandais, *Ad augusta per angusta...* », *Dr. Soc.* janvier 2000, p.106 sq.

Supiot Alain, « Le sommeil dogmatique européen » in *Revue française des affaires sociales*, n°1 janvier/mars 2012, La Documentation française, p. 185-196

Turquet Pascale, « L'assurance maladie aux mains du marché. Le cas des Pays-Bas », in *Les notes de l'Institut européen du salariat*, n°24, décembre 2011

Wierink Marie, « La réforme de l'assurance maladie aux Pays-Bas, deux ans après », in *Revue française des affaires sociales* 2008/4, n°4, La Documentation française, p. 237-251.

Note de la représentation belge au Comité de la Protection sociale, « The impact of public procurement directive's proposal on social protection. Marketization of Social Welfare ? Or why social sectors should be more attentive to economic EU regulations », septembre 2012.