

LES SERVICES SOCIAUX D'INTÉRÊT GÉNÉRAL DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE*

Stéphane Rodrigues

ABSTRACT: *Cet article analyse la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne applicable aux activités susceptibles d'être qualifiées de services sociaux d'intérêt général (SSIG) au sens de la doctrine de la Commission européenne. Il en ressort que si la finalité sociale d'une activité ne la fait pas échapper au droit de l'Union européenne, dès qu'est en jeu une activité économique, la Cour sait prendre en considération les objectifs d'intérêt général poursuivis par cette activité pour faire application du régime particulier de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne relatif aux entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général (SIEG).*

SOMMAIRE: Introduction. I – Les SSIG en tant qu'activités tantôt économiques tantôt non économiques: l'application du droit commun. II – Les SSIG en tant qu'activités d'intérêt général: l'application du régime de l'article 106, paragraphe 2, TFUE.

INTRODUCTION

«La construction d'un cadre européen adéquat pour la protection et la promotion des Services Sociaux d'Intérêt Général touche, de manière centrale, à ce que certains appellent une société de bien-être, un Etat-providence actif». C'est en ces termes ambitieux que Monsieur Vladimir Spidla, membre de la Commission européenne chargé de l'emploi, des affaires sociales et de l'égalité des chances concluait en septembre 2007, à Lisbonne, le premier Forum interinstitutionnel

* Le présent article a été publié dans l'annuaire social 2013 de Caritas-Luxembourg (*Sozialalmanach* 2013, pp. 183-195) et se base sur une actualisation de l'article co-signé par l'auteur et Madame Laetitia Driguez, maître de conférences à l'Université Paris 1, dans la revue *Actualité Juridique Droit Administratif* (AJDA) de 2008, pp. 191-197, sous le titre «Services sociaux d'intérêt général et droit communautaire. Entre spécificité et banalisation».

(Parlement européen, Conseil et Commission) consacré aux services sociaux d'intérêt général (ci-après «SSIG»). Doit-on toutefois les interpréter comme un aboutissement de la réflexion des institutions européennes sur ces services ou un vœu formulé pour l'avenir ? La réponse se situe certainement entre ces deux options, car si le thème des SSIG est débattu maintenant depuis 6 ou 7 ans à l'échelon européen, il est difficile de considérer qu'il serait aujourd'hui épuisé tant à Bruxelles et Strasbourg que dans les Etats membres.

Il convient de rappeler que le concept même de SSIG est relativement récent dans le vocabulaire communautaire. Il a fait son apparition dans le cadre, plus général, des débats portant sur les services d'intérêt général (ci-après «SIG») en Europe. C'est ainsi que le Livre blanc de la Commission de 2004 sur les SIG¹ constatait que la consultation publique ouverte l'année précédente sur la base d'un Livre vert² avait suscité *«un intérêt considérable de la part des parties concernées par le domaine des services sociaux, qui recouvrent notamment les services de santé, les soins de longue durée, la sécurité sociale, les services de l'emploi et le logement social»*. La Commission proposa alors de parler de SSIG et reconnût d'emblée leur rôle particulier *«en tant que partie intégrante du modèle européen de société»*, en soulignant que *«leur fourniture, leur développement et leur modernisation vont tout à fait dans le sens de la réalisation des objectifs fixés par le Conseil européen en mars 2000 à Lisbonne, notamment en ce qui concerne la création d'un lien positif entre les politiques économiques, sociales et en matière d'emploi»*.

Privilégiant une approche systématique, la Commission entreprit un exercice d'identification des particularités de ces services et de clarification du cadre communautaire dans lequel ils sont appelés à fonctionner et à se moderniser. Était ainsi adoptée en avril 2006 la première communication consacrée exclusivement aux SSIG³, étant précisé qu'entre temps les services de santé furent écartés du champ d'analyse pour faire l'objet d'un exercice de réflexion distinct⁴.

1 COM (2004) 374 final du 12.5.2004, spéc. chapitre 4.4.

2 COM (2003) 270 final du 21.5.2003 et rapport sur la consultation publique: SEC(2004) 326 du 29.3.2004.

3 COM (2006) 177 final du 26.4.2006: *«Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne – Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne»*. V. S. Rodrigues, «Communication de la Commission sur les SSIG», in *Concurrences*, n.º3/2006, chronique Secteur public, pp. 159-160.

4 Travaux qui allaient aboutir notamment à l'adoption de la directive 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9.3.2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers (JOUE L 88 du 4.4.2011, p. 45). Sur cette directive, lire notamment: De Grove-Valdeyron, 2011 et Driguez & Michel, 2011.

Sans chercher nécessairement à en donner une définition précise, exercice qui demeure délicat, la Commission présente les SSIG comme une sous-catégorie des SIG, qui, dès lors, peuvent être tantôt économiques, tantôt non économiques. Il est peut-être intéressant à cet égard de se remémorer les débats qui ont animé la jurisprudence et la doctrine françaises au milieu du XX^{ème} siècle à propos de l'éphémère catégorie des services publics sociaux que le Tribunal des conflits a finalement enterrée après avoir donné l'impression de la susciter⁵, ce qui a fait dire aux observateurs avisés que les services sociaux ne constituaient pas «*une catégorie à part*» mais devaient être assimilés soit aux services administratifs soit aux services industriels et commerciaux⁶.

Contournant en quelque sorte la difficulté, la Commission s'attache à identifier, sans prétendre à l'exhaustivité, six «*caractéristiques d'organisation*» des SSIG: leur fonctionnement sur la base du principe de solidarité compte tenu notamment de la non sélection des risques ou de l'absence d'équivalence à titre individuel entre cotisations et prestations ; leur caractère polyvalent et personnalisé pour répondre aux besoins nécessaires pour garantir les droits humains fondamentaux et protéger les personnes les plus vulnérables ; l'absence de but lucratif, notamment pour aborder les situations les plus difficiles; la participation de volontaires et de bénévoles, présentée comme l'«*expression d'une capacité citoyenne*» ; leur ancrage marqué dans une tradition culturelle (locale) qui trouve notamment son expression dans la proximité entre le fournisseur du service et le bénéficiaire permettant de prendre en compte les besoins spécifiques de ce dernier ; et une relation asymétrique entre prestataires et bénéficiaires ne pouvant être assimilée à une relation «*normale*» de type fournisseur/consommateur et nécessitant dès lors la participation d'un tiers payant.

Pour autant, ces différentes spécificités dans l'organisation des SSIG doivent-elles justifier un traitement spécifique par le droit de l'Union européenne ? Pour l'aider à répondre à cette question, la Commission ouvrit une consultation aux parties intéressées pour recueillir leurs réponses et réactions. Alors que cet exercice devait aboutir à l'adoption d'une communication annoncée comme stratégique par le commissaire Spidla au Forum SSIG précité de Lisbonne, ce dernier ne fût pas soutenu par le collège dans cette idée et dût se contenter

5 V. TC 22.1.1955, *Naliato*, rec. 694, à propos de l'organisation de colonies de vacances et TC, 4.7.1983, *Gambini*, rec. 540.

6 Long, Weil, Braibant, Delvolvé & Genevois, 1999: spéc. p. 231.

d'intégrer un chapitre au sein de la nouvelle communication sur les SIG du 20 novembre 2007⁷, elle-même adoptée comme document «*accompagnant*» la communication sur «*un marché unique pour l'Europe du 21^e siècle*»⁸. C'était clairement le signe que la Commission balance entre deux options: celle d'une reconnaissance de la spécificité des SSIG par un aménagement des règles du traité et celle de la banalisation de ces services dans le marché intérieur.

La dernière communication de la Commission portant sur un cadre de qualité pour les SIG en Europe, de décembre 2011, n'a pas davantage tranché la question, en soulignant que les termes «SSIG» couvrent à la fois des activités économiques et des activités non économiques⁹. Il en est de même à la lecture de la communication du même jour 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 (ci-après «SIEG»)¹⁰. Une telle approche reflète en fait l'état de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après, «la Cour» ou la «CJUE»), sans même qu'ils soient alors nommés ainsi, s'est interrogée sur l'application des règles du traité à ces services poursuivant un objectif social dont les Etats membres ne manquaient pas, en défense, de soulever la particularité.

S'il résulte d'une jurisprudence constante que la finalité sociale d'une activité ou d'une aide ne la fait pas échapper au droit de l'Union européenne, dès qu'est en jeu une activité économique¹¹ (I), il n'en reste pas moins que le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) a prévu, à l'article 106§2, un moyen de prise en considération des objectifs d'intérêt général (II). Ce faisant, la Cour s'efforce de rechercher «*un juste équilibre entre l'économique et le social*»¹².

7 COM (2007) 725 final. V. aussi ses annexes et notamment le document de travail n.° SEC(2004)1515 sur «*les progrès réalisés*» depuis la publication du Livre blanc de 2004.

8 COM (2007) 724 final, du même jour.

9 COM(2012) 900 final du 20.12.2011. Sur cette communication, lire notamment l'avis du Comité économique et social européen du 23 mai 2012, in JOUE C 229 du 31.7.2012, pp. 98-102.

10 Communication publiée au JOUE C 8 du 11.1.2012, pp. 4-14, sous la section 2.1 consacrée aux notions d'entreprise et d'activité économique et qui vise notamment les services de sécurité sociale.

11 Au sens d'activité consistant à offrir un bien ou un service sur un marché donné: v. CJCE, 2 juillet 1974, *Italie c/ Commission*, aff. 173/73, Rec. p. 709, pts 27-28.

12 Lire en ce sens: Sean Van Raepenbusch, «Les services sociaux en droit communautaire ou la recherche d'un juste équilibre entre l'économique et le social», in Jean-Victor Louis et Stéphane Rodrigues (dir.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, Bruylant, 2006, pp. 99-161.

I – LES SSIG EN TANT QU'ACTIVITÉS TANTÔT ÉCONOMIQUES TANTÔT NON ÉCONOMIQUES: L'APPLICATION DU DROIT COMMUN

Non seulement les SSIG ne jouissent pas d'un statut particulier dans le système du traité, quand il s'agit de savoir si les règles du marché intérieur et de la concurrence s'y appliquent, mais il y a au contraire une certaine ironie à relever que c'est souvent leur appréhension qui a permis aux juges de préciser l'étendue des règles du droit commun dans ces matières. Le principe a été formulé dans le célèbre arrêt *Höfner* de 1991 concernant l'office de placement des cadres en Allemagne¹³: dans le contexte 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. Au stade de l'applicabilité des règles de concurrence et du marché intérieur, les SSIG sont donc soumis aux critères communs: l'existence d'une activité économique, un service fourni contre rémunération qui en constitue la contrepartie économique. Tout au plus la jurisprudence a-t-elle créé, en droit de la concurrence, la catégorie des activités exclusivement sociales, comme sous-catégorie des activités nécessairement non économiques, juste à côté de celles relevant de l'exécution de prérogatives de puissance publique¹⁴. Tout le problème de la soumission des SSIG aux règles du traité peut dès lors se résumer à une question de classification de ses services dans la catégorie des activités économiques ou dans celle des activités exclusivement sociales. La principale difficulté tient bien sûr aux critères permettant de procéder à cette opération de qualification.

Il résulte de la jurisprudence de la CJUE que les activités exclusivement sociales se caractérisent principalement par l'importance des exigences de solidarité auxquelles elles répondent ainsi que par la détermination légale des cotisations perçues et des prestations servies, qui doivent être indépendantes les unes des autres. Ont ainsi été qualifiés d'activités exclusivement sociales, et écartées du champ d'application des règles de concurrence du traité, des régimes de base de la sécurité sociale française couvrant les risques maladie,

13 CJCE, 23 avril 1991, *Höfner*, aff. C-41/90, *Rec.* p. I-1979.

14 Sur cette catégorie d'activités: CJCE, arrêts du 19 janvier 1994, *Eurocontrol*, aff. C-364/92, *Rec.*, p. I-43 et du 18 mars 1997, *Cali & Figli*, aff. C-343/95, *Rec.*, p. I-1547. V. aussi, plus récemment: CJUE, 19 décembre 2012, *Mitteldeutsche Flughafen AG et Flughafen Leipzig-Halle GmbH/Commission européenne*, aff. C-288/11 P.

maternité et vieillesse¹⁵, le régime de sécurité sociale organisé par les caisses de santé en Allemagne¹⁶, un régime d'assurance contre les accidents du travail en Italie¹⁷ ou encore le système national de santé espagnol et les prestations médicales gratuites qu'il fournit à ses affiliés au sein des hôpitaux publics¹⁸. Cette catégorie juridique résiduelle présente un intérêt pratique significatif: s'il n'est pas possible de démontrer que l'activité est exclusivement sociale, on présume que l'activité est économique. Ont ainsi été qualifiés d'activités économiques un régime français complémentaire d'assurance vieillesse¹⁹, des fonds de pension néerlandais sectoriels et professionnels²⁰ ou encore l'assurance légale des accidents du travail en Belgique²¹.

La commodité d'un critère d'exclusion n'ayant cependant pas la puissance rhétorique de la justification d'une inclusion, il était logique que les juges cherchent à qualifier positivement les activités économiques et la notion d'entreprise. Force est cependant de constater que le résultat est pour l'instant assez peu convaincant. La définition positive de l'entreprise fait appel à une analyse comparative. Il y a entreprise exerçant une activité économique sur un marché dès lors que l'activité est susceptible d'être exercée par une entreprise privée dans un but lucratif. Cette méthode a permis de déclarer, entre autres, que le placement des demandeurs d'emploi²² et le transport médical d'urgence en ambulance²³ étaient des activités économiques soumises au contrôle de la concurrence. Il ne fait aucun doute que le logement social peut être qualifié d'activité économique aux termes du même raisonnement. Celui-ci est d'ailleurs à rapprocher de la définition des services que donne l'Accord général sur le commerce des services dans le

15 CJCE, 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, aff. jtes C-159/91 et C-160/91, *Rec. p.* I-637.

16 CJCE, 16 mars 2004, *AOK Bundesverband e.a.*, aff. jtes C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, *Rec. p.* I-2493.

17 CJCE, 22 janvier 2002, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas*, aff. C-218/00, *Rec. p.* I-691.

18 V. surtout l'arrêt du tribunal TPI, 4 mars 2003, *FENIN c/ Commission*, aff. T-319/99, *Rec. p.* II-357. Saisie sur pourvoi, la CJCE confirme l'arrêt le 11 juillet 2006, aff. C-205/03 P, *Rec. p.* I-6295.

19 CJCE, 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance e. a.* aff. C-244/94, *Rec. p.* I-4013.

20 Respectivement les arrêts CJCE, 21 septembre 1999, *Albany International BV*, aff. C-67/96, *Rec. p.* I-5751 et CJCE, 12 septembre 2000, *Pavel Pavlov e.a.*, aff. C-180/98, *Rec. p.* I-6451.

21 CJCE, 18 mai 2000, *Commission c/ Belgique*, aff. C-206/98, *Rec. p.* I-3509.

22 CJCE, 25 novembre 2001, *Firma Ambulanz Glöckner*, aff. C-475/99, *Rec. p.* I-8089.

23 CJCE, 23 avril 1991, *Höfner*, précité.

cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)²⁴. Plus que jamais, cette méthode d'analyse tend à gommer les particularités des services à caractère social puisque presque toutes les activités peuvent être exercées sur un mode privé, si l'on fait abstraction des pratiques de sélection des risques, d'écrémage ou plus généralement de l'exclusion d'une partie des consommateurs. Pour ne prendre qu'un seul exemple, l'instruction devrait être considérée comme une activité économique puisque y participent écoles publiques et écoles privées payantes.

Toutefois, ni les juges ni la Commission n'osent s'engager trop loin dans l'assimilation de tous les SSIG à des activités économiques. Le résultat en est une certaine incohérence au sein de la jurisprudence et de l'incertitude²⁵. Deux exemples permettent d'illustrer cela. On a vu qu'en droit de la concurrence, la jurisprudence considère que les soins fournis en hôpital dans le cadre d'un régime de sécurité sociale ne sont pas des services économiques. Pourtant, la concurrence, par les cliniques privées, y compris d'ailleurs pour la fourniture de soins d'urgence dans certains cas, tout comme l'accueil au sein des hôpitaux de la médecine libérale, devraient selon le critère positif, faire tomber toutes les activités dans le domaine économique. Cette jurisprudence est d'ailleurs en contradiction avec celle qui semble établie en matière de libre prestation de services, selon laquelle le fait «*qu'un traitement médical hospitalier soit financé directement par les caisses d'assurances maladie sur la base de conventions et de tarifs préétablis n'est [...] pas de nature à soustraire un tel traitement au domaine des services au sens de l'article 50 du traité CE [devenu article 57 TFUE].*»²⁶ Elle ne correspond pas non plus à la position adoptée par la Commission européenne dans le cadre de ce que l'on appelle le Paquet SIEG, notamment la décision 2012/21/UE du 20 décembre 2011 relative à l'application de l'article 106-2 TFUE aux aides d'État sous forme de compensations de service public

24 Aux termes de l'article 1-3 sous b) de l'Accord Général sur le Commerce des Services (AGCS), la notion de «services» comprend «*tous les services de tous les secteurs à l'exception des services fournis dans l'exercice du pouvoir gouvernemental*», lesquels sont définis comme visant «*tout service qui n'est fourni ni sur une base commerciale, ni en concurrence avec un ou plusieurs fournisseurs de services*» (article 1-3 sous c) de l'AGCS).

25 La Commission européenne souligne elle-même que «*Les traités ne définissant pas ce que l'on entend par activité économique, la jurisprudence fixe apparemment des critères différents pour l'application des règles du marché intérieur et pour celle du droit de la concurrence*»: v. paragraphe 15 de la communication 2012/C 8/02, précitée.

26 CJCE, 12 juillet 2001, *Smits et Peerbooms*, aff. C-157/99, *Rec.* p I-5473, pt 56.

octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de SIEG²⁷ qui traite les hôpitaux comme des entreprises chargées de tâches d'intérêt général.

Il est intéressant de noter que le Tribunal de l'Union a encore récemment eu l'occasion de s'interroger sur l'application de ces règles au service public hospitalier dont il a tenu à souligner «*la nature particulière*»²⁸. Saisi d'un recours par la Coordination bruxelloise d'institutions sociales et de santé (CBI), qui regroupe neuf hôpitaux privés, contre une décision de la Commission qui refusait d'ouvrir une procédure formelle d'examen contre des mesures de financement des hôpitaux publics du réseau IRIS de la région Bruxelles-Capitale, le juge relève que l'application du droit de l'Union «doit tenir compte de la spécificité du secteur donné» et qu'il convient également de prendre en considération «l'absence de dimension marchande du service public donné, sa qualification de SIEG s'expliquant plutôt plus par son impact sur le secteur concurrentiel et marchand»²⁹. C'est pourquoi «*[i]l en résulte que les critères élaborés par la Cour dans l'arrêt Altmark concernant l'activité de transport, constituant indiscutablement une activité économique et concurrentielle, ne peuvent pas être appliqués, avec la même rigueur, au secteur hospitalier, qui n'est pas nécessairement doté d'une telle dimension concurrentielle et marchande*» (v. point 89 de l'arrêt). Enfin, le Tribunal ajoute qu'il doit être aussi tenu compte du «*respect des responsabilités des États membres en ce qui concerne la définition de leur politique de santé, ainsi que l'organisation et la fourniture de services de santé et de soins médicaux, cette considération résultant notamment de l'article 152-5 CE [devenu article 158-5 TFUE]*» (v. point 92 de l'arrêt).

De telles précisions suffisent-elles pour autant à mettre fin à toute dissonance ? On peut en douter, d'autant que se pose en outre la question des activités hospitalières annexes exclues de la qualification économique ou rattachées à celle de SIEG³⁰. A cet égard, le fait que la décision précédemment évoquée intègre aux activités économiques les activités de recherche en hôpital peut susciter une discussion qui rejoint notre second exemple, celui de l'éducation.

27 Publiée au *JOUE* n.° L 7 du 11.1.2012 pp. 3-10 et qui abroge et remplace la décision 2005/842/CE.

28 Trib. UE, 7 novembre 2012, *C.B.I.*, aff. T-137/10.

29 V. point 88 de l'arrêt. Déjà en ce sens: arrêt du Tribunal du 26 juin 2008, *SIC/Commission*, T-442/03, Rec. p. II-1161, point 153.

30 Forges, 2002: 811.

Sur ce point, la jurisprudence traditionnelle considère que les formations dispensées dans le cadre du système d'éducation nationale ou d'instruction publique ne sont pas des services au sens de l'article 57 du TFUE car la contrepartie économique de la prestation fait défaut³¹. Mais comment justifier la différence de traitement juridique avec les soins dispensés dans le cadre du système de sécurité sociale où la contrepartie n'est pas non plus directe ? Comment concilier cette solution avec le critère positif de l'entreprise et la concurrence des écoles privées payantes³² avec les écoles publiques ? Enfin quelle évolution peut-on attendre à terme de la position récemment adoptée par la Commission européenne qui, considérant que «*la notion d'activité économique est une notion évolutive liée en partie aux choix politiques de chaque Etat membre*», a pu soutenir que la formation professionnelle dispensée dans le cadre de l'instruction publique pourrait bien, selon les formes d'organisation choisies, constituer une activité économique qualifiée de SIEG³³.

On remarque ainsi que malgré les efforts de banalisation des SSIG par un exercice de qualification dans des catégories générales, leurs spécificités opposent des résistances et suscitent des problèmes de cohérence qui ne seront que partiellement levés grâce à la prise en considération de leurs particularités au stade de l'application des règles de concurrence.

II – LES SSIG EN TANT QU'ACTIVITÉS D'INTÉRÊT GÉNÉRAL : L'APPLICATION DU RÉGIME DE L'ARTICLE 106, PARAGRAPHE 2, TFUE

En vertu de l'article 106, §2, TFUE, les SSIG qui sont reconnus exercer une activité économique bénéficient, comme les autres SIEG, d'une possibilité de dérogation aux règles du traité, notamment aux règles de la concurrence, dans la mesure où l'application de ces règles ferait échec à l'accomplissement de la mission particulière dont ils ont été investis. Mais s'agissant de services sociaux, la mise en œuvre de l'article 106§2 oscille encore entre banalisation et spécificité.

31 CJCE, 27 septembre 1988, *Humbel*, aff. 263/86, *Rec.* p. 5365 et CJCE, 7 décembre 1993, *Wirth*, aff. C-109/92, *Rec.* p. I-6447. Pour un exemple d'application en droit de la concurrence, v. la décision de la Commission du 25 avril 2001, *JOCE* n.° C 333 de 2001, p. 6.

32 Qui dispensent un enseignement que les juges qualifient bien de service dispensé contre rémunération: CJCE, 11 septembre 2007, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-318/05.

33 Décision de la Commission du 2 mars 2005 concernant le régime d'aides mis à exécution par l'Italie pour la restructuration des organismes de formation professionnelle, *JOUE* n.° L 81 du 18.3.2006, p. 25, spéc. pts 50 à 57.

La mise en œuvre de l'article 106§2 exige naturellement la réunion de quatre conditions: l'accomplissement par l'entreprise d'une mission d'intérêt général, l'investissement public, le caractère nécessaire et proportionné de l'atteinte aux règles du marché, le fait que le développement des échanges ne soit pas affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté. Or, il apparaît, s'agissant de la première condition, que les pratiques décisionnelle et jurisprudentielle sont extrêmement favorables aux SSIG, dont la mission d'intérêt général est toujours très facilement admise et est même souvent déclarée rejoindre des objectifs communautaires. Ainsi, les fonds de pension sectoriels et professionnels qui constituent le deuxième pilier de l'assurance vieillesse aux Pays Bas, en présence d'un régime de base de très bas niveau, et qui fonctionnent par capitalisation mais avec certains éléments de solidarité, remplissent-ils une mission d'intérêt général. Les juges expliquent à cette occasion l'importance de la fonction sociale dévolue aux pensions complémentaires par le législateur de l'Union³⁴. Il en va de même des services de placement, ou du transport d'urgence en ambulance, dont la mission d'intérêt général n'est pas contestée, donc pas même discutée. Le logement social et les infrastructures publiques collectives qui s'y rapportent se sont également toujours vus accorder par la Commission européenne la plus grande bienveillance, dans des décisions rendues sur notification d'aides d'Etat dans ce domaine. Ainsi la Commission considère-t-elle que la promotion du logement social constitue un élément légitime de la politique publique³⁵ et que la construction de résidences spéciales pour les personnes âgées constitue un objectif d'équité sociale en cas de défaillance du marché³⁶. Les régimes d'aide d'Etat bénéficient en ce domaine de la dérogation prévue à l'article 106§2, voire des dérogations spécifiques aux aides d'Etat, inscrites à l'article 107 §3 du TFUE³⁷. Ces décisions favorables ont, sans nul doute, influencé la rédaction

34 Point 106 de l'arrêt CJCE, 21 septembre 1999, *Albany International BV*, précité.

35 V. entre autres, les décisions du 30.06.2004 relative à un régime d'aides de l'Irlande en faveur du logement social (aide N 89/2004) et du 07.12.2005 relative à un régime d'aides de l'Irlande en faveur de la construction d'infrastructures sociales (aide N 395/2005).

36 Décision du 7.3.2007 relative à des subventions de la Suède à la construction de résidences spéciales pour personnes âgées (aide N 798/06).

37 Si l'Etat oublie de préciser qu'il aide des entreprises investies d'une mission d'intérêt général, il ne lui est pas possible de se prévaloir de l'article 106§2. Cependant, la Commission trouve un autre terrain de compatibilité de l'aide au traité dans le régime de droit commun des aides d'Etat, notamment par la voie de l'article 107 §3 c): v. la décision du 7.3.2007 précitée.

de la décision de la Commission précitée du 20 décembre 2011 qui exempte de notification les aides, quel que soit leur montant, sous forme de compensation octroyées pour «*des services répondant à des besoins sociaux concernant les soins de santé et de longue durée, la garde d'enfants, l'accès et la réinsertion sur le marché du travail, le logement social et les soins et l'inclusion sociale des groupes vulnérables*»³⁸.

L'examen de la troisième condition de la dérogation figurant à l'article 106 §2 du traité soulève toutefois une difficulté particulière pour les SSIG: l'appréciation de la nécessité et de la proportionnalité de l'atteinte renvoie à l'évaluation de l'exécution de la mission, de la qualité exigée du SSIG comparée à celle réellement fournie par l'entreprise, et des moyens qu'implique cette qualité. Or, comment chiffrer la qualité et l'ensemble des externalités positives des services sociaux ? Le problème a été soulevé au sujet des services de placement en Allemagne et en Italie, où la défaillance avérée ou supposée³⁹ des monopoles dans l'accomplissement de leur mission a justifié, aux yeux des juges, à la fois la reconnaissance d'un abus de position dominante et l'exclusion du bénéfice de l'article 106 §2, puisque les règles de concurrence ne risquaient pas de gêner une mission qui n'était pas effectivement exécutée. Le juge de l'Union renvoie en principe aux juges nationaux la charge d'apprécier si l'offre de services est assurée de manière «*efficace*»⁴⁰, cette exigence s'appliquant également aux services traditionnels quand il s'agit de justifier par la réalisation de la mission sociale d'intérêt général l'extension de droits exclusifs à des activités commerciales plus rentables. Et malgré les annonces répétées d'élaboration d'outils d'évaluation du fonctionnement et des performances, rien de précis ne figure dans la communication précitée d'avril 2006 sur les SSIG, qui se contente d'établir les aspects généraux de la modernisation des SSIG, par «*l'introduction de méthodes de «benchmarking», de contrôles de qualité, l'implication des usagers dans la gestion*». ⁴¹ Or, outre l'efficacité du service qui doit actuellement être démontrée afin de justifier la nécessité de la dérogation, l'évaluation de la proportionnalité de la dérogation impose d'estimer les charges financières ou de gestion particulières qui découlent des contraintes de la solidarité et de l'accès universel à ces services sociaux. Ce problème renvoie directement aux choix politiques qui définissent le

38 V. article 2.1, sous c) de la décision 2012/21/UE, précitée.

39 CJCE, 11 décembre 1997, *Job Centre coop. arl*, aff. C-55/96, Rec. p. I-7119.

40 V. par exemple l'arrêt *Glückner* de 2001, précité, pts 62 et s.

41 Point 1.2., p. 5.

contenu des missions. Mais il signifie également que les critères économiques de contrôle doivent présenter une souplesse suffisante pour ménager un espace de liberté publique et de diversité.

A l'issue de ce rapide survol de la jurisprudence de la Cour applicable aux SSIG, on est en droit de se demander si la banalisation théorique de ces services à laquelle elle semble favorable n'est pas démentie de façon récurrente, et ce, en raison des particularités de ces services dont les objectifs et les effets sont difficilement réductibles à des notions pensées pour des entreprises mieux identifiables sur des marchés. C'est d'ailleurs une telle problématique qui a conduit, selon nous, le droit dérivé à se saisir de la spécificité de telles activités, comme l'illustre le régime précité des compensations de service public avec le paquet SIEG, post-Altmark⁴².

Deux autres exemples méritent d'être cités. Celui tout d'abord de la directive du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur⁴³, dont l'article 2, paragraphe 2, sous j), exclut de son champ d'application les *«services sociaux relatifs au logement social, à l'aide à l'enfance et à l'aide aux familles et aux personnes se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin qui sont assurés par l'État, par des prestataires mandatés par l'État ou par des associations caritatives reconnues comme telles par l'État»*. Cette exclusion est justifiée par la considération selon laquelle ces services *«sont essentiels pour garantir le droit fondamental à la dignité et à l'intégrité humaines et sont une manifestation des principes de cohésion sociale et de solidarité...»*⁴⁴. Il ne s'agit pas pour autant d'une exclusion générale des SSIG, dont la directive se garde bien d'ailleurs de donner une définition, mais uniquement de certains d'entre eux

42 On précisera que la version 2012 du Paquet SIEG inclut désormais un règlement (UE) n.º 360/2012 de la Commission du 25 avril 2012 relatif à l'application des articles 107 et 108 du TFUE aux aides *de minimis* accordées à des entreprises fournissant des SIEG, sans qu'il soit distingué selon le caractère social ou non du SIEG (JOUE L 114 du 26.4.2012, pp. 8-13. Sur ce nouveau régime encadrant le financement des SIEG: Bracq, 2012 et Szyszczak & Gronden, 2013).

43 Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, in JOUE L 376 du 27.12.2006, pp. 36-68. V. les actes du colloque du 15.3.2007 consacré à cette directive par la Cour de cassation et le Centre de recherche sur l'Union européenne (CRUE) de l'Université Paris I Panthéon Sorbonne, in *Europe*, n.º 6, juin 2007.

44 Considérant n.º 27 de la directive 2006/123/CE. V. aussi le considérant n.º 28 qui ajoute: *«La présente directive ne porte pas sur le financement des services sociaux, ni le système d'aides qui y est lié. Elle n'affecte pas non plus les critères ou conditions fixés par les États membres pour assurer que les services sociaux exercent effectivement une fonction au bénéfice de l'intérêt public et de la cohésion sociale. En outre, elle ne devrait pas affecter le principe de service universel tel qu'il est mis en œuvre dans les services sociaux des États membres»*.

et selon des conditions strictes directement inspirées du régime de l'article 106-2 TFUE, notamment quant à la nécessité d'un mandatement formel par les pouvoirs publics du prestataire de service. La Cour de justice a eu l'occasion de donner sa première interprétation de l'article 2-2 sous j) précité, en confirmant qu'il résulte de cette disposition, lue en combinaison avec le considérant 9 de la directive, que cette dernière ne trouve pas à s'appliquer à une réglementation nationale qui vise des objectifs d'aménagement du territoire et de logement social⁴⁵.

Une autre affaire a aussi donné l'occasion à la Cour de préciser le champ de cette même disposition au regard de l'activité de centres d'accueil de jour et de nuit pour personnes âgées, la question étant notamment de savoir si une telle activité relève de soins de santé ou de soins aux personnes dans une situation de besoin⁴⁶. La Cour dit pour droit en premier lieu que l'exclusion des services de soins de santé du champ d'application de cette directive couvre toute activité destinée à évaluer, à maintenir ou à rétablir l'état de santé des patients, pour autant que cette activité est exercée par des professionnels reconnus comme tels conformément à la législation de l'État membre concerné, et ce indépendamment de l'organisation, des modalités de financement et de la nature publique ou privée de l'établissement dans lequel les soins sont assurés. Il incombe dès lors au juge national de vérifier si les centres d'accueil de jour et les centres d'accueil de nuit, eu égard à la nature des activités assurées par des professionnels de la santé dans ceux-ci et au fait que ces activités constituent une partie principale des services offerts par ces centres, sont exclus du champ d'application de la directive.

Le juge de l'Union estime, en second lieu, que l'exclusion des services sociaux du champ d'application de directive Services s'étend à toute activité relative notamment à l'aide et à l'assistance aux personnes âgées, pour autant qu'elle est assurée par un prestataire de services privé qui a été mandaté par l'État au moyen d'un acte confiant de manière claire et transparente une véritable obligation d'assurer, dans le respect de certaines conditions spécifiques d'exercice, de tels services. Il appartient également au juge national de vérifier si les centres d'accueil de jour et les centres d'accueil de nuit, en

45 V. Arrêt de la Cour du 8 mai 2013, *Eric Libert e.a., c/ Gouvernement flamand et All Projects & Developments NV e.a. c/ Vlaamse Regering*, affaires jointes C-197/11 et C-203/11, points 103-107.

46 V. Arrêt de la Cour du 11 juillet 2013, aff. C-57/12, *Fédération des maisons de repos privées de Belgique (Femarbel) ASBL c/ Commission communautaire commune*.

fonction de la nature des activités d'aide et d'assistance aux personnes âgées assurées dans ceux-ci à titre principal ainsi que de leur statut tel que découlant de la réglementation belge applicable, sont exclus du champ d'application de ladite directive.

Le dernier exemple réside dans la proposition de réforme des directives sur les procédures de passation des marchés publics, présentée en décembre 2011 par la Commission et en cours de discussion au sein du Parlement européen et du Conseil⁴⁷. La proposition de nouvelle directive-cadre sur les marchés publics prévoit ainsi un régime spécifique pour les services sociaux, du moins ceux qui seraient visés dans une nouvelle annexe XVI (laquelle, peut-on noter, inclue désormais les services de sécurité sociale obligatoire)⁴⁸. C'est ainsi qu'un seuil plus élevé de 500 000 EUR est fixé, et que seul le respect des principes fondamentaux de transparence et d'égalité de traitement est exigé. Les États membres sont alors invités, non seulement à mettre en place des *«procédures adaptées»* qui permettent aux pouvoirs adjudicateurs de prendre en compte les *«spécificités»* de ces services, mais également à veiller à ce que les pouvoirs adjudicateurs puissent prendre en compte la nécessité d'assurer la qualité, la continuité, l'accessibilité, la disponibilité et l'exhaustivité des services, les besoins spécifiques des différentes catégories d'usagers, la participation et le renforcement de la position des usagers, ainsi que l'innovation. On reconnaîtra ici une influence certaine du Protocole sur les SIG annexé aux TUE et TFUE par le Traité de Lisbonne (v. *infra*). En outre, les États membres pourront également veiller à ce que le prix du service fourni ne soit pas le seul critère déterminant le choix du prestataire de services, rejoignant ainsi une des recommandations issues des travaux de la présidence belge lors du 3^{ème} Forum SSIG d'octobre 2010. Ce nouveau régime est justifié dans l'exposé des motifs de la Commission par le fait que *«les services sociaux, de santé et d'éducation [présentent] des caractéristiques spécifiques, qui les [rendent] impropres à l'application des procédures selon lesquelles les marchés de services publics sont normalement attribués»*, dans la mesure notamment où ils *«sont typiquement fournis dans un contexte particulier, qui varie grandement d'un État membre à l'autre, du fait de différences administratives, organisationnelles et culturelles»* et où, de par leur

47 V. COM(2012) 895, 896 et 897 final du 20 décembre 2011, visant à modifier les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE et à instituer une directive en matière de contrats de concession. Sur cette réforme, lire notamment: Durviaux, 2011: spéc. 652-659 et Kerléo, 2013.

48 Voir articles 74 à 76 de la proposition COM(2011)896 final, précitée.

nature, ils n'ont qu' «une dimension transfrontière très limitée». C'est pourquoi la Commission estime que les États membres devraient disposer d'un large pouvoir discrétionnaire dans l'organisation du choix du prestataire.

Dans la mesure où la plupart de ces services sociaux pourraient revendiquer la qualification de SSIG pour autant que les États membres en décident ainsi au nom de l'intérêt général qu'ils poursuivent pour leurs citoyens (ce qui implique dès lors un effort de transparence de la part des législateurs nationaux)⁴⁹, on peut se demander si l'on peut ou si l'on doit aller plus loin dans la prise en compte des SSIG par le droit de l'Union ? Faisant référence au nouvel article 14 TFUE, issu du traité de Lisbonne, qui offre désormais une base juridique en vue de l'adoption, par le Parlement européen et le Conseil, de règlements fixant les conditions, notamment économiques et financières, et les principes communs de bon fonctionnement des SIEG dans l'UE, ainsi qu'au nouveau protocole sur les SIG précité⁵⁰, qui invite notamment le législateur de l'Union à tenir compte des «disparités qui peuvent exister au niveau des besoins et des préférences des utilisateurs en raison de situations géographiques, sociales ou culturelles différentes»⁵¹, certains ont relancé l'idée d'un texte-cadre sur les SIG en général ou les SSIG en particulier. Le débat n'est certes pas nouveau⁵². Il n'empêche, à l'heure où l'Union européenne affiche comme objectif une «économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social» (article 3.3. TUE) et s'est dotée d'une clause sociale horizontale (article 9 TFUE), et s'il ne veut pas prêter le flanc à la critique selon laquelle la conversion des mécanismes d'intervention des personnes publiques au jeu concurrentiel placerait la puissance publique au seul service du marché⁵³, un pas décisif en ce sens du législateur européen serait le bienvenu, avec ou sans la bienveillance de la Cour.

49 V. aussi en ce sens: Gronden, 2011: spéc. 151.

50 Y inclus, pour la première fois dans un texte de droit primaire, les «services non économiques d'intérêt général» (apparition d'un nouvel acronyme: les «SNEIG»?), dans lesquels certains SSIG pourraient peut-être aussi s'insérer lorsque leur qualification économique ne sera pas retenue.

51 Sur la portée de ces valeurs: Bauby & Similie, 2012.

52 V. Rodrigues, 2003: 503-512.

53 Lire en ce sens: Siffert, 2012. Dans un sens beaucoup plus nuancé et, nous semble-t-il, correspond davantage à l'évolution du droit de l'Union ces dernières années: Karpenschif, 2012.

BIBLIOGRAPHIE

BAUBY, Pierre & SIMILIE, Mihaela

2012 *La fourniture de services publics de haute qualité en Europe sur la base des valeurs du Protocole 26 du Traité de Lisbonne, étude pour le compte de la Confédération européenne des syndicats indépendants (CESI)*, décembre, téléchargeable sur le site www.cesi.org.

BRACQ, Stéphane

2012 «Le financement des SIEG en droit de l'Union européenne. Première approche du nouveau cadre réglementaire», in *Revue du droit de l'Union européenne*, n.º 1-2012, pp. 85-99.

DE GROVE-VALDEYRON, Nathalie

2011 «La directive sur les droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers. Véritable statut juridique européen du patient ou simple clarification d'un régime de mobilité ?», in *Revue trimestrielle de droit européen*, pp. 299-327.

DRIGUEZ Laetitia & MICHEL, Valérie

2011 «La directive 2011/24/UE relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers: progrès pour la santé ou pour le marché ?», in *Europe*, octobre, étude n.º 9, pp. 4-10.

DURVIAUX, Ann Lawrence

2012 «Droit européen des marchés et contrats publics (1er janvier-31 décembre 2011)», in *Revue trimestrielle de droit européen*, pp. 639-659.

GRONDEN, Johan W. van de

2011 «Social Services of General Interest and EU Law», in Erika Szyszczak, Jim Davies, Mads Andenaes & Tarjei Bekkedal (dir.), *Developments on Services of General Interest*, TMC Asser Press/Springer, pp. 123-151.

KARPENSCHIF, Michaël

2012 «La fin du tout marché ?», in *Réalisations et défis de l'Union européenne. Droit-Politique-Economie. Mélanges en hommage à Panayotis Soldatos*, Bruylant: Bruxelles, pp. 309-328.

KERLÉO, Jean-François

2013 «L'encadrement de l'exécution des marchés publics par le droit de l'Union européenne. Réflexions sur la proposition de directive relative à la passation des marchés publics», in *Contrats et marchés publics*, pp. 7-12.

LEMOYNE DE FORGES, Jean-Michel

2002 «Le système hospitalier français face au droit communautaire de la concurrence», in *Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis. Au carrefour des droits*, Paris: Dalloz.

LONG, Marceau, WEIL, Prosper, BRAIBANT, Guy, DELVOLVÉ, Pierre & GENEVOIS, Bruno

1999 *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris: Dalloz, 12^{ème} éd.

RODRIGUES, Stéphane

2003 «Vers une loi européenne des services publics. Brèves considérations et une proposition à propos de l'article III-6 du projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe», in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n.º 471, pp. 503-512.

SIFFERT, Antoine

2012 «Service public et intervention des personnes publiques dans une Europe libérale», in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n.º 560, pp. 449-454.

SZYSZCAK, Erika & Van de GRONDEN, Johan W. (dir.)

2013 *Financing Services of General Interest. Reform and Modernization*, TMC Asser Press/Springer.

VAN RAEPENBUSCH, Sean

2006 «Les services sociaux en droit communautaire ou la recherche d'un juste équilibre entre l'économique et le social», in Jean-Victor Louis et Stéphane Rodrigues (dir.), *Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne*, 2006, pp. 99-161.