

**DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO ED IMPRESA**  
**XXXI CICLO**  
**IN COTUTELA CON L'UNIVERSITÀ PARIS II PANTHÉON-ASSAS**

**AIUTI DI STATO E SERVIZI SOCIO-SANITARI**  
**- RIASSUNTO IN FRANCESE -**

**TUTOR UNIVERSITÀ LUISS GUIDO CARLI**  
**Chiar.mo Prof. Daniele Gallo**

**TUTOR UNIVERSITÀ PARIS II PANTHÉON-ASSAS**  
**Chiar.mo Prof. Fabrice Picod**

**DOTTORANDA**  
**Dott.ssa Caterina Mariotti**

**ANNO ACCADEMICO 2018-2019**

# LES SERVICES SOCIAUX ET DE SANTÉ AU REGARD DES AIDES D'ÉTAT

## SOMMAIRE

<b>I. Les services sociaux et de santé : encadrement général .....</b>	<b>5</b>
<i>I.1. Délimitation du périmètre de l'analyse par rapport à la notion de « services sociaux et de santé » .....</i>	<i>5</i>
<i>I.2. La dichotomie Beveridge-Bismarck .....</i>	<i>6</i>
<i>I.3. Les services sociaux et de santé dans les ordres juridiques nationaux et européen.....</i>	<i>7</i>
<b>II. La soumission des services sociaux et de santé au droit des aides d'État : les services sociaux d'intérêt général à caractère économique .....</b>	<b>8</b>
<i>II.1. La notion d'activité économique aux fins du droit de la concurrence .....</i>	<i>8</i>
<i>II.2. Le caractère économique des régimes de sécurité sociale : vers une sévérité accrue de la part du Tribunal ?.....</i>	<i>10</i>
<i>II.3. Fourniture de services de soins de santé : l'opposition Beveridge-Bismarck à l'origine des tensions entre le critère fonctionnel classique et le critère fonctionnel tempéré ? .....</i>	<i>14</i>
II.3.1. L'application rigoureuse du critère fonctionnel dans <i>Ambulanz Glöckner</i> et l'application d'un critère fonctionnel tempéré dans <i>FENIN</i> .....	14
II.3.2. L'analyse du service national de santé italien suivant le critère fonctionnel tempéré .....	17
II.3.3. L'affirmation de la nature d'entreprises des hôpitaux publics de Bruxelles au vu du critère fonctionnel « pur ».....	19
II.3.4. Quelques perplexités sur l'approche des autorités dans le secteur des soins de santé .....	21
(a) Le caractère problématique du rôle déterminant attribué à l'opposition entre le modèle <i>Beveridge</i> et le modèle <i>Bismarck</i> ..	21

(b) Divergences sur l'économicité dans le secteur des services sociaux et de santé : concurrence c. liberté de circulation et <i>CBI</i> c. <i>ICI-IMU</i> et <i>Ospedali Lazio</i> .....	23
II.4. <i>L'augmentation de la portée de la notion d'activité économique entre les tendances interprétatives européennes et les processus de modernisation nationaux. Perspectives et conséquences de la progressive (et inévitable ?) attraction du secteur social et de santé dans la sphère économique</i> .....	33
<b>III. Financement des services sociaux et de santé et réglementation des aides d'État : cadre juridique</b> .....	<b>35</b>
III.1. <i>Le problème de la qualification de la compensation des obligations de service public aux termes de la réglementation des aides : l'opposition entre la thèse de l'« aide d'État » et la thèse « de la compensation », la jurisprudence Altmark et son application dans l'affaire BUPA</i> .....	35
III.2. <i>Le paquet Altmark et les services sociaux et de santé</i> .....	37
<b>IV. Financement des services sociaux et de santé et réglementation des aides d'État : pratique décisionnelle de la Commission et jurisprudence de la Cour</b> .....	<b>44</b>
IV.1. <i>Les traditions nationales en matière de logement social “emportées” par la Commission et le Tribunal ?</i> .....	44
IV.2. <i>Les soins de santé : la tension entre la flexibilité et la sécurité juridique</i> .....	48
IV.3. <i>Les dispositions sur les aides d'État en tant qu'instrument de réglementation indirecte de la sécurité sociale nationale ?</i> .....	52
IV.4. <i>Outre la discipline des SIEG</i> .....	56
<b>V. Réflexions conclusives. Le droit des aides d'État et les « espaces sociaux nationaux » au vu de l'action des institutions UE ; défis et voies vers le rapprochement des sphères économique et sociale en Europe</b> .....	<b>57</b>
V.1. <i>Le contexte : le droit de l'Union contre le welfare national ?</i> .....	57

<i>V.2. Le principe jurisprudentiel de la flexibilité à réserver aux secteurs non dotés d'une « dimension concurrentielle et commerciale ».....</i>	<i>60</i>
V.2.1. L'identification des secteurs non dotés d'une « dimension concurrentielle et marchande ». La prolifération des notions liées aux services sociaux et de santé, l'exigence de clarté et le paradoxe de l'« européisation ».....	62
V.2.2. La « flexibilité » dans l'application du droit des aides d'État.....	65
<i>V.3. L'impact du Traité de Lisbonne sur l'action des institutions : quelques hypothèses sur les voies à suivre en vue de renforcer la capacité du droit des aides d'État de s'adapter aux particularités du secteur des services sociaux et de santé.....</i>	<i>67</i>

## **I. Les services sociaux et de santé : encadrement général**

### **I.1. Délimitation du périmètre de l'analyse par rapport à la notion de « services sociaux et de santé »**

L'expression « services sociaux et de santé » ne constitue pas une catégorie juridique du droit de l'Union ni ne correspond à une notion juridique partagée dans les ordres juridiques des États membres. Afin de formuler une première définition du terme « services sociaux et de santé » il est donc nécessaire de faire référence à la donnée historique-politique, en prenant en considération l'évolution historique du *welfare* ainsi que les pratiques nationales des États membres.

A la lumière de ces éléments, les services sociaux et de santé peuvent être définis comme : (i) un ensemble de politiques publiques liées au processus de modernisation ; (ii) par lesquelles l'État fournit à ses citoyens protection contre des risques et des besoins préétablis, sous forme d'assistance, assurance et sécurité sociale ; (iii) en introduisant des spécifiques droits sociaux ainsi que des obligations spécifiques de contribution financière.<sup>1</sup>

En ce qui concerne le point (i), le terme « modernisation » indique les transformations économiques, sociales et politico-institutionnelles qui ont traversé les sociétés européennes à partir du XIX siècle et qui ont engendré une redéfinition des risques et des besoins de la population. Le point (ii) tient à la nature « sociale » des activités considérées, entendue comme protection contre lesdits risques et besoins. Le troisième aspect (iii) comporte l'attribution aux bénéficiaires du droit à obtenir des prestations, permettant ainsi la redistribution des ressources en faveur des sujets les plus défavorisés.

---

<sup>1</sup> M. FERRERA, « L'analisi delle politiche sociali e del welfare state », in M. FERRERA (a cura di), *Le politiche sociali*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 17.

Au nombre des services sociaux et de santé figurent ainsi : (i) les politiques en matière de pensions, qui protègent contre les risques de vieillesse, invalidité, décès en présence de conjoints survivants ; (ii) les politiques en matière de santé, qui protègent contre le risque maladie ; (iii) les politiques du travail, qui répondent au risque de chômage ; (iv) les politiques d'assistance sociale, liées à des risques tels que la perte de l'autonomie personnelle, les difficultés dans l'accès au logement, la présence de sujets vulnérables (tels que des personnes handicapées) au sein du noyau familial.

## **I.2. La dichotomie *Beveridge-Bismarck***

Plusieurs classifications des systèmes de *welfare* ont été proposées dans la littérature. Aux fins d'une étude sur les aides d'État, revêt une importance particulière la distinction fondée sur le modèle de couverture, c'est-à-dire les dispositions concernant les conditions d'accès aux systèmes de protection sociale, puisque à chaque modèle correspond un mode de financement différent. Dans le modèle beveridgien, appelé ainsi car il est fondé sur le « rapport Beveridge » de 1942,<sup>2</sup> l'accès au service est fondé sur la citoyenneté (ou sur la présence sur le territoire de l'État) indépendamment de toute activité professionnelle. Il s'agit donc d'un modèle universaliste, financé par la fiscalité générale. Le modèle bismarckien, qui a ses racines dans les politiques mises en œuvre en Allemagne à la fin du XIXe siècle par le chancelier Bismarck, repose en revanche sur des régimes obligatoires d'assurance sociale fondés sur une affiliation professionnelle. Le financement de la protection sociale est assuré par les cotisations sociales.

---

<sup>2</sup> W. BEVERIDGE, *Social Insurance and Allied Services*, London, His Majesty's Stationery Office, 1942.

Cette distinction théorique se fonde sur l'histoire de la protection sociale. Toutefois, dans la pratique, les systèmes des États membres adoptent des éléments aussi bien du modèle « Beveridge » que du modèle « Bismarck ». Par exemple, dans les systèmes des pays traditionnellement encadrés dans le modèle bismarckien, tels que l'Allemagne, les Pays-Bas, la Belgique et la France, coexistent désormais la sécurité sociale, le financement par la fiscalité générale et l'assurance privée. D'une manière générale, l'assurance privée joue un rôle de plus en plus important dans les soins de santé.

### **I.3. Les services sociaux et de santé dans les ordres juridiques nationaux et européen**

L'examen des ordres juridiques nationaux montre que la catégorie des « services sociaux et de santé » ne correspond pas à une notion juridique commune. Au niveau européen la notion de « services sociaux d'intérêt général » (SSIG) apparaît pour la première fois dans le Rapport à l'intention du Conseil Européen de Laeken de 2001, présenté par la Commission et intitulé « Les services d'intérêt général »,<sup>3</sup> et est reprise dans plusieurs actes de *soft law*. Le terme ne figure expressément ni dans le droit primaire et dérivé ni dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et, par conséquent, il ne peut pas être considéré comme indiquant une catégorie juridique du droit de l'Union. Selon la Commission, au nombre des services sociaux d'intérêt général figurent les soins de santé, les régimes de sécurité sociale couvrant les principaux risques de la vie et toute une série d'autres services essentiels, directement fournis à la personne, qui jouent un rôle préventif et de cohésion ou d'inclusion sociale.<sup>4</sup> En ce qui concerne la

---

<sup>3</sup> Commission, Rapport à l'intention du Conseil Européen de Laeken - Les services d'intérêt général, 17 octobre 2001, COM(2001) 598 final.

<sup>4</sup> Communication de la Commission COM(2011) 900 final du 20 décembre 2011, «Un cadre de qualité pour les services d'intérêt général en Europe», pp. 3-4.

position des SSIG au sein de l'arsenal conceptuel en matière de services publics élaborés au niveau de l'UE, on peut constater ce qui suit : les SSIG constituent une sous-catégorie des « services d'intérêt général » (SIG). Les SSIG peuvent être qualifiés d'économique ou non économique. Un SSIG ayant caractère économique (SSI EG) relève de la catégorie des « services d'intérêt économique général » et est soumis à la discipline correspondante. Un SSIG de nature non économique constitue en revanche un « service d'intérêt général non économique » qui n'est pas soumis aux règles de la libre circulation et de la concurrence.

## **II. La soumission des services sociaux et de santé au droit des aides d'État : les services sociaux d'intérêt général à caractère économique**

### **II.1. La notion d'activité économique aux fins du droit de la concurrence**

La première question est celle de comprendre si et dans quelle mesure les entités opérant dans le secteur socio-sanitaire peuvent être qualifiées d'entreprises au sens de l'article 107 TFUE et relèvent donc du champ d'application du droit des aides d'État. La Cour de justice a formulé une notion fonctionnelle d'entreprise, statuant que «dans le contexte du droit de la concurrence [...] la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement».<sup>5</sup> Le juge européen a ainsi développé un critère fonctionnel et objectif, plutôt qu'institutionnel et subjectif, de sorte que la question fondamentale est

---

<sup>5</sup> CJCE, arrêt du 23 avril 1992, *Höfner*, aff. C-41/90, *Rec.*, p. I-1979, EU:C:1991:161, pt 21.



« not *who* is an undertaking, but *what* is economic activity ». <sup>6</sup> Il s'ensuit que les caractéristiques subjectives de l'entité, telles que le statut juridique (public ou privé), l'organisation, la modalité de financement et l'absence de but lucratif, ne sont pas pertinents aux fins de la qualification d'entreprise. Selon la jurisprudence bien établie de la Cour, « constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné ». <sup>7</sup> Les éléments constitutifs de la notion d'activité économique sont donc (i) l'offre de biens et de services ; (ii) l'existence d'un marché. Pour que la première condition soit remplie, la jurisprudence exige normalement que le bien ou le service soit offert contre rémunération et que l'opérateur assume les risques financiers afférents à l'exercice de l'activité concernée. La deuxième condition, comme l'affirme l'Avocat général Tesauro, exige de vérifier si l'activité est « susceptible d'être exercée, du moins en principe, par une entreprise privée et dans un but lucratif ». <sup>8</sup> En d'autres termes, est requise la présence actuelle ou hypothétique d'un marché où d'autres entreprises opèrent ou pourraient opérer. En interprétant ce dernier critère la Cour a élaboré, dans l'arrêt *Höfner*, un test «comparatif», selon lequel sont économiques les activités qui «n'ont pas toujours été et ne sont pas nécessairement exercées par des entités publiques». <sup>9</sup> Toutefois, dans le secteur socio-sanitaire les juges ne se bornent pas à vérifier si l'activité est en principe susceptible d'être exercée dans un contexte de marché ; au contraire, ils tiennent souvent compte de la réglementation régissant le système dans le cas concret.

---

<sup>6</sup> O. ODUDU, *The Boundaries of EC Competition Law. The Scope of Article 81*, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 25.

<sup>7</sup> Voy. CJCE, arrêt du 18 juin 1998, *Commissione c. Italia*, aff. C-35/96, *Rec.*, p. I-3851, EU:C:1998:303, pt 36; CJCE, arrêt du 12 septembre 2000, *Pavlov e.a.*, affaires jointes C-180/98 à C-184/98, *Rec.*, p. I-6451, EU:C:2000:428, pt 75.

<sup>8</sup> Conclusions de M. l'avocat général G. Tesauro, présentées le 10 novembre 1993, dans l'affaire C-364/92 (CJCE, arrêt du 19 janvier 1994, *Eurocontrol*, aff. C-364/92, *Rec.*, p. I-43, EU:C:1994:7), EU:C:1993:878, pt 9.

<sup>9</sup> CJCE, arrêt du 23 avril 1992, *Höfner*, préc., pt 22.

En d'autres termes, on observe parfois un tempérament du critère fonctionnel dans le contexte des services sociaux et de santé.

## **II.2. Le caractère économique des régimes de sécurité sociale : vers une sévérité accrue de la part du Tribunal ?**

L'évaluation du caractère économique des régimes de sécurité sociale se caractérise par le tempérament du critère fonctionnel et pour la valorisation des éléments subjectifs de l'opérateur ainsi que de la réglementation à laquelle le régime est soumis dans le cas concret.

La jurisprudence a clarifié qu'un organisme d'assurance qui « remplit une fonction à caractère exclusivement social » ne constitue pas une entreprise.<sup>10</sup> Afin de vérifier si l'entité considérée remplit une fonction exclusivement sociale, la Cour fait une pondération entre des indices de solidarité et des indices d'économicité.<sup>11</sup> Constituent des indices de solidarité: le caractère obligatoire de l'affiliation au régime; l'objectif exclusivement social et le but non lucratif du régime; le fait que les prestations versées sont indépendantes du montant des cotisations; l'absence de proportionnalité entre le montant des prestations versées et les revenus de l'assuré; la soumission du régime au contrôle de l'État. Sont en revanche des indices d'économicité : le caractère facultatif de l'affiliation; le principe de la capitalisation (les prestations auxquelles le bénéficiaire a droit dépendent des cotisations versées ainsi que des résultats financiers du régime); l'existence d'un but lucratif; le versement de prestations destinées à compléter celles d'un régime de base. Si des indices d'économicité et de solidarité coexistent dans un

---

<sup>10</sup> CJCE, arrêt du 5 mars 2009, *Kattner*, aff. C-350/07, *Rec.*, p. I-01513, EU:C:2009:127, pt 68.

<sup>11</sup> Voy. Communication de la Commission relative à la notion d'« aide d'État » visée à l'article 107, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, C/2016/2946, JO C 262, du 19 juillet 2016, pp. 1-50.

système, la qualification du régime dépend « d'une analyse des différents éléments en question et de leur importance respective ».<sup>12</sup>

Demeure ouverte la question du poids à attribuer aux différents éléments. Comme le souligne de manière très efficace l'Avocat général Jacobs dans ses conclusions dans l'affaire *AOK* : « [i]l est bien sûr difficile d'apprécier précisément le point à partir duquel l'élément de redistribution d'un régime de pension ou d'assurance est si prononcé qu'il éclipse les activités économiques pour lesquelles les prestataires privés de pensions et d'assurance sont en concurrence. Les régimes revêtent une grande variété de formes, qui vont des régimes de sécurité sociale d'État, à l'une des extrémités de la gamme, jusqu'aux régimes individuels privés gérés par des assureurs commerciaux, à l'autre extrémité. Aussi la qualification est-elle nécessairement *une question de degré* ».<sup>13</sup>

Le juge européen, lorsqu'il examine les régimes de sécurité sociale, suit une approche pragmatique et casuistique. Le Tribunal, toutefois, dans l'arrêt *Dôvera zdravotná poisťovní* (*DZP*) du 5 février 2018,<sup>14</sup> semble vouloir accorder davantage d'importance aux indices d'économicité. Si cette approche est confirmée par la jurisprudence future, les systèmes d'assurance nationaux seront de plus en plus fréquemment encadrés en tant qu'activités économiques.

Dans l'arrêt en question, le Tribunal a jugé que, contrairement à ce qu'avait dit la Commission, le régime slovaque d'assurance maladie obligatoire a un caractère économique. Ce système est caractérisé par la coexistence d'entités publiques et privées, qui ont toutes le statut de

---

<sup>12</sup> *Ibid.*, pt 22.

<sup>13</sup> Conclusions de M. l'avocat général F.G. Jacobs, présentées le 22 mai 2003, dans les affaires jointes C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01 (CJCE, arrêt du 16 mars 2004, *AOK*, affaires jointes C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, *Rec.*, p. I-02493, EU:C:2004:150), EU:C:2003:304, pt 35. Italique ajouté.

<sup>14</sup> Trib. UE, arrêt du 5 février 2018, *Dôvera zdravotná poisťovní c. Commission*, aff. T-216/15, EU:T:2018:64.

sociétés anonymes. Aussi bien la Commission que le Tribunal affirment que ce régime présente des aspects « sociaux, solidaires et réglementaires » importants,<sup>15</sup> d'une part, et, en même temps, des éléments qui pourraient être considérés comme des indices du caractère économique de l'activité, de l'autre. Le contraste émerge en ce qui concerne le poids à attribuer aux premiers ou aux deuxièmes dans le cadre de l'analyse de la nature économique ou non économique de l'activité.

Une première conclusion que l'on peut tirer de l'affaire *DZP* est que, selon le Tribunal, un organisme qui assure la gestion d'un système d'assurance et agit dans un but lucratif peut être qualifié d'entreprise. Les limites à la gestion des profits et, donc, le contrôle étatique n'ont guère d'importance à ce propos. Par conséquent, si l'absence de but lucratif n'exclut pas que l'activité relève de la sphère économique, comme dans les arrêts *FFSA*<sup>16</sup> e *Albany*,<sup>17</sup> la présence du but lucratif, par contre, semble suffisante pour que l'activité soit qualifiée d'économique, y compris lorsque les phases ultérieures de gestion et distribution des bénéfices sont soumises à des conditions.

Le deuxième point est que l'introduction d'une certaine marge de concurrence dans un système d'assurance ou de sécurité sociale n'a une incidence sur la nature économique de l'activité que si dans ce système opèrent des sujets qui poursuivent un but lucratif. Si le système exclut, en soi, la réalisation de bénéfices, la possibilité pour les opérateurs de se faire concurrence n'a aucune incidence sur le caractère non économique de l'activité. Toutefois, il ne ressort pas clairement si le type de concurrence qui existe dans le cas concret joue un rôle dans

---

<sup>15</sup> *Ibid.*, pt 58.

<sup>16</sup> CJCE, arrêt du 16 novembre 1995, *FFSA e.a.*, aff. C-244/94, *Rec.*, p. I-04013, EU:C:1995:392.

<sup>17</sup> CJCE, arrêt du 21 septembre 1999, *Albany*, aff. C-67/96, *Rec.*, p. I-5751, EU:C:1999:430.

cette appréciation. Dans l'affaire *AOK*, par exemple, la Cour de justice a exclu que les caisses de maladie du régime légal d'assurance allemand constituent des entreprises au sens du droit de la concurrence. Certains auteurs estiment que l'élément déterminant dans le raisonnement de la Cour serait l'absence de la concurrence sur les prestations, qui, en revanche, est présente dans *DZP*. Un autre aspect qui pose des problèmes tient au rôle de la présence d'un système de péréquation des risques dans un système d'assurance. Dans *AOK*, la présence d'un tel mécanisme amenait à exclure la concurrence, et faisait du régime un « *zero-sum game* ». A ce propos, il me semble utile de souligner que les systèmes de péréquation du risque existent dans plusieurs causes dans lesquelles l'activité d'assurance a été qualifiée d'économique: *BUPA*, *Zorgverzekeringswet*, et dans l'affaire slovaque elle-même. Par conséquent, il faudrait préciser dans quels cas un système de péréquation des risques est susceptible d'anéantir les aspects économiques d'un système, de sorte que les opérateurs sont privés de leur autonomie financière, et définir le rôle que jouent les autres indices d'économicité dans cette analyse.

Un dernier aspect qui, à mon avis, n'est pas très clair, tient au rôle attribué aux éléments sociaux-solidaires. Ainsi qu'il a été dit ci-dessus, la jurisprudence a constamment adopté une approche fondée sur un balancement des indices d'économicité avec les indices de solidarité. Le Tribunal, dans *DZP*, reconnaît la présence de tous ces indices, mais il semble que l'existence de la concurrence et du profit ôte toute importance aux caractères de solidarité. Il aurait été souhaitable que le Tribunal énonce explicitement l'exercice de balancement accompli dans le cas d'espèce, en précisant le poids respectivement attribué aux différents indices.

Pour conclure, à mon avis l'affaire slovaque laisse un grand nombre de questions ouvertes et pourrait marquer de l'intention, de la part du juge

européen, d'attribuer moins d'importance aux éléments de solidarité dans l'examen de la nature, économique ou non économique, des régimes d'assurance et de sécurité sociale. L'arrêt du Tribunal a fait l'objet d'un pourvoi et la procédure y afférente est pendante devant la Cour de justice.

### **II.3. Fourniture de services de soins de santé : l'opposition *Beveridge-Bismarck* à l'origine des tensions entre le critère fonctionnel classique et le critère fonctionnel tempéré ?**

#### **II.3.1. L'application rigoureuse du critère fonctionnel dans *Ambulanz Glöckner* et l'application d'un critère fonctionnel tempéré dans *FENIN***

La jurisprudence sur la nature de l'activité de soins de santé se caractérise par les variations entre le critère fonctionnel classique et le critère fonctionnel tempéré. Cette tension résulte de toute évidence si l'on compare les deux arrêts fondamentaux *Ambulanz Glöckner*<sup>18</sup> et *FENIN*.<sup>19</sup>

Dans *Ambulanz Glöckner* se posait la question de savoir s'il est possible de qualifier d'entreprises les organisations sanitaires qui, en Allemagne, assurent des services de transport de personnes malades, d'urgence ou non. Pour examiner s'il existe un marché, la Cour applique le critère abstrait-comparatif élaboré dans *Höfner*. En fait, elle observe que les activités en question « n'ont pas toujours été et ne sont pas nécessairement exercées par de telles organisations ou par des autorités publiques » et, par conséquent, sont de nature économique.<sup>20</sup> L'existence d'obligations de service public dans le chef des

---

<sup>18</sup> CJCE, arrêt du 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, aff. C-475/99, *Rec.*, p. I-8089, EU:C:2001:577.

<sup>19</sup> CJCE, arrêt du 11 juillet 2006, *FENIN*, aff. C-205/03 P, *Rec.*, p. I-6295, EU:C:2006:453; TPICE, arrêt du 4 mars 2003, *FENIN*, aff. T-319/99, *Rec.*, p. II-357, EU:T:2003:50.

<sup>20</sup> CJCE, arrêt du 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, préc., pt 20.

organisations chargées peut, en effet, rendre leurs activités moins compétitives par rapport à celles des opérateurs non liés par ces obligations. Toutefois, cette circonstance ne saurait exclure le caractère d'entreprise des organisations considérées et, donc, à les préserver *tout court* de l'application des règles de la concurrence.<sup>21</sup> Ce n'est qu'ultérieurement, lors de l'examen de la compatibilité de l'attribution de droits exclusifs avec le marché intérieur au vu de l'article 106, paragraphe 2, TFUE, que la Cour tient compte du fait que l'imposition d'obligations de service public peut rendre leurs activités moins compétitives par rapport aux sujets qui ne sont pas liés par de telles obligations.<sup>22</sup>

L'approche choisie dans l'affaire *FENIN* est significativement différente. Dans ce cas le Tribunal, dont l'arrêt a été confirmé par la Cour, raisonne suivant un critère « fonctionnel tempéré ». Dans cette affaire est mise en question la possibilité de qualifier d'entreprises les entités, dont trois ministères, qui gèrent le système national de santé espagnol, relativement à leur activité d'achat de matériel sanitaire auprès d'entreprises privées. Premièrement, il est affirmé que « il n'y a pas lieu de dissocier l'activité d'achat du produit de l'utilisation ultérieure du produit acquis par l'acheteur aux fins d'apprécier la nature de celle-ci ». <sup>23</sup> Par conséquent, il n'est pas possible de dissocier l'activité d'achat des biens de leur utilisation ultérieure. Cela étant, les juges précisent qu'il faut exclure la nature économique d'une activité d'achat qui est effectuée non pas pour offrir des biens ou des services sur le marché, mais pour en faire usage dans le cadre d'une activité de nature purement sociale.<sup>24</sup> Dans le cas d'espèce, les produits sont

---

<sup>21</sup> *Ibid.*, pt 21.

<sup>22</sup> *Ibid.*, pts 55-56.

<sup>23</sup> TPICE, arrêt du 4 mars 2003, *FENIN*, préc., pt 36.

<sup>24</sup> *Ibid.*, pt 37.

achetés en vue d'offrir des services de santé gratuits aux affiliés du service national de santé (SNS) espagnol. Ce dernier, géré, *inter alia*, par des Ministères, « fonctionne conformément au principe de solidarité dans son mode de financement par des cotisations sociales et autres contributions étatiques et dans sa prestation gratuite de services à ses affiliés sur la base d'une couverture universelle ». <sup>25</sup> L'activité exercée par les entités a donc un caractère non économique. L'approche adoptée peut être qualifiée de « fonctionnelle tempérée », une importance fondamentale étant attribuée à la nature publique du financement, qui serait, suivant une application rigoureuse du critère fonctionnel, un élément sans importance.

L'analyse comparée de *Ambulanz Glöckner* et *FENIN* montre clairement l'existence d'une tension entre l'approche fonctionnelle « classique » et celle « tempérée » dans le domaine des soins de santé. En effet, si dans *FENIN* l'élément subjectif et concret de la nature publique du financement résulte décisif en vue d'exclure le caractère économique de l'activité, dans *Ambulanz Glöckner* le critère décisif est que le service en question est, *in abstracto*, susceptible d'être offert par un sujet privé à un but lucratif, ainsi que le témoigne le fait que l'activité n'a pas été toujours exercée, et n'est pas forcément exercée, par des organismes publics. Tout autre donnée relative au fonctionnement concret du régime émerge postérieurement, dans le cadre de l'application de l'article 106, paragraphe 2, TFUE. Ainsi qu'il résultera

---

<sup>25</sup> *Ibid.*, pt 39.



de l'analyse des affaires *ICI-IMU*<sup>26</sup> et *CBI*<sup>27</sup>, la tension existante entre les deux approches n'a pas encore été résolue.

### **II.3.2. L'analyse du service national de santé italien suivant le critère fonctionnel tempéré**

Dans sa Décision 2013/284/UE du 19 décembre 2012 *ICI-IMU*, la Commission s'est prononcée sur certaines exonérations fiscales établies par les autorités italiennes en faveur des entités non commerciales qui exerçaient, dans les immeubles intéressés, des activités dans les domaines de l'assistance sociale, du bien-être, des soins de santé, de l'éducation, de l'hébergement, de la culture, des loisirs, des sports, de la religion et du culte.

Les considérations faites par la Commission au sujet de l'exonération de l'IMU semblent correspondre à une approche « fonctionnelle tempérée ». En premier lieu, en effet, dans ses remarques préliminaires, elle souligne l'importance de tenir compte, dans la qualification de l'activité, des circonstances spécifiques, de la façon dont l'activité est organisée par l'État et du contexte dans lequel elle est organisée.<sup>28</sup> En deuxième lieu, une importance est attribuée à des éléments propres du système national de santé, tels que la couverture universelle, le principe de solidarité et les modes de financement.<sup>29</sup> Une telle approche ne semble pas tenir dûment compte du fait que le système national de santé

---

<sup>26</sup>Décision 2013/284/UE de la Commission, du 19 décembre 2012, concernant l'aide d'État S.A.20829 [C 26/2010, ex NN 43/2010 (ex CP 71/2006)], Régime concernant l'exonération de la taxe municipale sur les biens immobiliers utilisés à des fins spécifiques accordée aux entités non commerciales mis à exécution par l'Italie, notifiée sous le numéro C(2012) 9461, JO L 166, du 18 juin 2013, pp. 24-54.

<sup>27</sup> Décision C (2009) 8120 de la Commission, du 28 octobre 2009, concernant l'aide d'État NN 54/09 mise à exécution par le Royaume de Belgique en faveur du financement des hôpitaux publics du réseau IRIS de la région de Bruxelles-Capitale; Trib. UE, arrêt du 7 novembre 2012, *CBI c. Commission*, aff. T-137/10, EU:T:2012:584.

<sup>28</sup> *Ibid.*, pt 163.

<sup>29</sup> *Ibid.*, pt 193.

en Italie est caractérisé par des logiques du marché et que dans ce secteur opèrent des sujets privés qui agissent dans un but lucratif.

La décision *ICI-IMU* a fait l'objet d'un recours par des sujets opérants dans les domaines de l'éducation et des services de logement. Dans les arrêts *Ferracci*<sup>30</sup> et *Montessori*<sup>31</sup> le Tribunal a confirmé l'approche de la Commission. Bien qu'il ne s'agisse pas directement du secteur de soins de santé, certaines des considérations exprimées dans l'arrêt semblent en tout cas intéressantes. Les juges, notamment, ont souligné que la loi italienne garantit que les entités pouvant être considérées comme des entreprises aux termes du droit de l'Union ne peuvent bénéficier de la mesure, attendu que « le règlement d'application exclut, de manière expresse, du champ d'application de l'exonération de l'IMU les activités qui, de par leur nature, sont en concurrence avec celles d'autres opérateurs du marché qui poursuivent un but lucratif ». <sup>32</sup> Ainsi, le Tribunal opte pour une approche formelle, en se concentrant sur les aspects résultant du cadre législatif sans se livrer à des considérations relatives au fonctionnement du marché.

Ensuite, dans sa décision du 4 décembre 2017 la Commission a nié que les hôpitaux publics de la Regione Lazio constituent des entreprises aux termes de l'article 107, paragraphe 1, TFUE.<sup>33</sup> Toujours sur base de l'approche fonctionnelle tempérée, la Commission a rappelé que le caractère économique ou non économique d'un service peut dépendre de la façon de laquelle il est concrètement organisé dans l'État

---

<sup>30</sup> Trib. UE, arrêt du 15 septembre 2016, *Ferracci*, aff. T-219/13, EU:T:2016:485.

<sup>31</sup> Trib. UE, arrêt du 15 septembre 2016, *Scuola Elementare Maria Montessori c. Commission*, aff. T-220/13, EU:T:2016:484.

<sup>32</sup> Trib. UE, arrêt du 15 septembre 2016, *Ferracci*, préc., pt 140 ; Trib. UE, arrêt du 15 septembre 2016, *Montessori*, préc., pt 137.

<sup>33</sup> Décision C(2017) 7973 de la Commission, du 4 décembre 2017, Aide d'Etat SA.39913 (2017/NN) – Italie, Presunta compensazione delle strutture ospedaliere pubbliche in Lazio.

membre,<sup>34</sup> et a souligné encore une fois, sur la base de la jurisprudence *FENIN*, l'importance des modes de financement du système.<sup>35</sup>

### **II.3.3. L'affirmation de la nature d'entreprises des hôpitaux publics de Bruxelles au vu du critère fonctionnel « pur »**

L'approche qui a prévalu dans l'examen du système national de santé italien est significativement différente de celle qui a été suivie dans l'affaire *CBI*, où les autorités, au contraire, semblent préférer le critère fonctionnel « pur ». L'affaire porte sur les subventions octroyées par les autorités belges à certains hôpitaux publics. Par une décision en date du 28 octobre 2009,<sup>36</sup> à la fin de la phase d'examen préliminaire prévu par l'article 108, paragraphe 3, TFUE, la Commission avait décidé de ne pas soulever d'objections, estimant que les mesures en question étaient des aides compatibles avec le marché intérieur aux termes de l'article 106, paragraphe 2, TFUE sur la base du Paquet *Monti-Kroes*. Cette décision était annulée par le Tribunal dans son arrêt du 7 novembre 2012. Selon le juge européen l'examen fait par la Commission présentait de graves difficultés, qui auraient dû amener cette dernière à ouvrir la procédure formelle d'examen prévue par l'article 108, paragraphe 2, TFUE, au lieu de s'arrêter à la phase préliminaire prévue par l'article 108, paragraphe 3, TFUE. Par conséquent, la Commission, ouvrait une procédure formelle qui aboutissait à la décision du 5 juillet 2016, par laquelle les subventions étaient déclarées être des aides d'État compatibles avec le marché intérieur en vertu de l'article 106, paragraphe 2, TFUE.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> *Ibid.*, pt 54.

<sup>35</sup> *Ibid.*, pt 57.

<sup>36</sup> Décision C(2009) 8120, préc.

<sup>37</sup> Décision (UE) 2016/2327 de la Commission du 5 juillet 2016 concernant l'aide d'État SA.19864 – 2014/C (ex 2009/NN54) mise à exécution par la Belgique – Financement des hôpitaux publics IRIS en Région de Bruxelles-Capitale, notifiée sous le numéro C(2016) 4051, JO L 351, du 22 décembre 2016, pp. 68-144.

Dans la décision de 2016 la Commission souligne que les différentes formes de financement accordées à IRIS, qui comprennent les subventions publiques, les paiements directs des patients et les paiements effectués par les caisses de maladie, sont la contrepartie pour les services prêtés et constituent, donc, une rémunération.<sup>38</sup> La Commission ajoute en outre que « [u]n tel système implique un certain degré de concurrence entre les hôpitaux pour ce qui est de la prestation des services de soins de santé. Le fait qu'un hôpital fournissant de tels services contre rémunération soit un hôpital public ne supprime en rien le caractère économique de ces activités ».<sup>39</sup> Il est ensuite souligné que l'activité de fourniture de services de santé est exercée, outre que par les hôpitaux publics, également par des entités privées.<sup>40</sup> La présence, d'une part, de l'élément de la rémunération et, de l'autre, d'un contexte concurrentiel, permet à la Commission de conclure que l'activité examinée est de nature économique.<sup>41</sup> Les aspects de solidarité sous-tendant le système belge ne remettent pas en cause cette conclusion.<sup>42</sup> Dans son raisonnement, la Commission confirme la nécessité de faire une distinction entre les entités qui s'occupent de la gestion du système de santé et les organismes qui assurent la prestation des soins de santé: « La Commission considère [...] qu'il y a lieu d'établir une distinction entre la gestion du système de santé national, exercée par des organismes publics mettant en œuvre à cet effet des prérogatives d'autorité publique, et la prestation de soins hospitaliers contre rémunération dans un environnement concurrentiel ».<sup>43</sup>

---

<sup>38</sup> *Ibid.*, pt 108.

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> *Ibid.*, pt. 109.

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> *Ibid.*, pt 110.

<sup>43</sup> *Ibid.*, pt 111.

### **II.3.4. Quelques perplexités sur l'approche des autorités dans le secteur des soins de santé**

*(a) Le caractère problématique du rôle déterminant attribué à l'opposition entre le modèle Beveridge et le modèle Bismarck*

Ainsi qu'il a été déjà exposé, l'opposition *Beveridge-Bismarck* oppose deux modèles idéaux : la pratique des systèmes de *welfare* nationaux offre un cadre bien plus varié et aucun des systèmes de services sociaux et de santé existants dans les États membres ne se conforme complètement à l'un ou à l'autre modèle. Les systèmes concrètement existants ont une nature « mixte », puisqu'ils présentent aussi bien des éléments « Beveridge » que « Bismarck ».

A mon avis, la dichotomie « Beveridge »-« Bismarck » joue un rôle décisif dans l'approche élaborée par les autorités relativement à l'examen du caractère économique des services sociaux et de santé et, en particulier, de l'activité de fourniture de soins de santé.

En examinant le caractère économique de la fourniture de soins de santé, la Commission, dans ses communications, semble se fonder justement sur la distinction susdite pour orienter son évaluation. En effet, il est souligné, d'une part, que « [d]ans certains États membres, les hôpitaux publics font partie intégrante d'un service de santé national et leur fonctionnement repose presque intégralement sur le principe de solidarité [...]. Ces hôpitaux sont financés directement par les cotisations de sécurité sociale et d'autres ressources d'État et fournissent leurs services gratuitement sur la base d'une couverture universelle ». <sup>44</sup>

Le système ainsi décrit présente les caractères propres du modèle « Beveridge ». La Commission estime que les structures qui opèrent dans un contexte de ce type ne sont pas des entreprises. Ensuite, la

---

<sup>44</sup> Communication de la Commission relative à la notion d' « aide d'État », préc., pt 24.

Commission souligne que « [d]ans de nombreux autres États membres, les hôpitaux et les autres prestataires de soins de santé offrent leurs services contre une rémunération perçue soit directement auprès des patients soit auprès de leur assurance [...]. Dans de tels systèmes, un certain degré de concurrence existe entre les hôpitaux en ce qui concerne la prestation des services de soins de santé. En pareil cas, le fait qu'un service médical soit fourni par un hôpital public ne suffit pas pour que l'activité soit qualifiée de non économique ». <sup>45</sup> La situation décrite dans cette affaire semble reproduire le schéma « Bismarck », qui se fonde sur des régimes d'assurance.

La possibilité de ramener le système analysé à l'un des deux modèles semble influencer les critères sur la base desquels il sera évalué : on utilise la version tempérée du critère fonctionnel en présence de systèmes qui se rapprochent au modèle universaliste « Beveridge »; on choisit une approche plus rigoureusement fonctionnelle lorsque le système se fonde sur les assurances, se reliant à l'approche « Bismarck ».

Le problème est que, ainsi qu'il a été dit, la pratique du *welfare* offre désormais un cadre considérablement plus complexe et articulé, où prévalent des modèles « mixtes ». Par exemple, bien que le régime belge soit fondé sur les assurances, l'affaire *CBI* montre que les sources de financement des hôpitaux sont multiples, et incluent, outre les versements d'assurance, même les paiements directs des patients et différents types de subventions publiques. <sup>46</sup> Parallèlement, il est difficile de nier que, dans le cadre du système national de santé italien, opèrent des sujets privés qui agissent dans un but lucratif et qui sont en concurrence avec les structures publiques. En conclusion, je pense que

---

<sup>45</sup> *Ibid.*, pt 26.

<sup>46</sup> Décision (UE) 2016/2327, préc., pts 46 ss.

la distinction binaire sur laquelle se fonde la Commission ne permet pas de comprendre les complexités qui se posent concrètement dans les régimes de *welfare* des États membres.

*(b) Divergences sur l'économicité dans le secteur des services sociaux et de santé : concurrence c. liberté de circulation et CBI c. ICI-IMU et Ospedali Lazio*

Certains auteurs estiment qu'il est possible de déterminer une notion unitaire d'activité économique, applicable aussi bien dans le contexte des libertés de circulation que dans le droit de la concurrence. Par contre, une autre partie de la jurisprudence souligne l'existence d'importantes divergences. L'analyse de la jurisprudence sur le secteur des services sociaux et de santé semble confirmer que la correspondance entre la notion d'économicité aux fins du droit du marché intérieur, d'une part, et la concurrence, de l'autre, n'est pas parfaite.

L'article 57 TFUE affirme que constituent des « services » aux termes des dispositions relatives à la libre circulation « les prestations fournies normalement contre rémunération ». La jurisprudence a précisé que la caractéristique essentielle de la rémunération réside dans le fait que « celle-ci constitue la contrepartie économique de la prestation en cause ».<sup>47</sup> La rémunération représente une condition nécessaire et suffisante pour qu'une activité puisse être qualifiée d'économique. Ainsi que la Cour l'a clarifié, en effet, « le facteur déterminant faisant relever une activité du champ d'application des dispositions du traité relatives à la libre prestation de services est son caractère économique, à savoir que l'activité ne doit pas être exercée sans contrepartie ».<sup>48</sup> De

---

<sup>47</sup> CJCE, arrêt du 27 septembre 1988, *Humbel*, aff. C-263/86, *Rec.*, p. 5365, EU:C:1988:451, pt 17.

<sup>48</sup> CJCE, arrêt du 18 décembre 2007, *Jundt*, aff. C-281/06, p. I-12231, EU:C:2007:816, pt 32.

ce point de vue, donc, il faut souligner une différence importante par rapport aux critères d'économicité dans le contexte de la concurrence, où l'élément de la rémunération ne suffit pas, en soi, pour déterminer la nature d'entreprise de l'entité en cause.

En deuxième lieu, la Cour a adopté une interprétation extensive du concept de rémunération, dans le sens que celle-ci existe même lorsque le service est payé non pas par celui qui en bénéficie mais par un tiers.<sup>49</sup> Ce raisonnement a permis à la Cour de reconnaître la nature économique des services financés par l'État. Il s'ensuit que le caractère, public ou privé, du financement résulte être sans importance.<sup>50</sup>

L'élaboration de la jurisprudence sur le concept d'économicité dans le contexte des libertés de circulation a permis à la Cour de qualifier de services au sens de l'article 57 TFUE les activités de prestation de soins hospitaliers, aussi bien s'ils sont dispensés dans le cadre d'un système d'assurance maladie « Bismarck » que dans le cadre d'un système universaliste « Beveridge » financé par les impôts.<sup>51</sup>

L'approche choisie est différente par rapport à celle adoptée dans l'évaluation de la nature économique des services sociaux et de santé aux fins du droit de la concurrence, où, ainsi qu'il a été dit, le critère fonctionnel classique a été tempéré, dans plusieurs cas, par la revalorisation de l'élément du mode de financement.

Au contraire, dans la jurisprudence en matière de libertés de circulation, la Cour semble s'en tenir à un critère rigoureusement fonctionnel et abstrait, y compris dans le secteur des services sociaux et de santé. Pour ce qui est de la sécurité sociale, dans *Kattner* les éléments de la finalité

---

<sup>49</sup> CJCE, arrêt du 26 avril 1988, *Bond*, aff. C-352/85, *Rec.*, p. 2085, EU:C:1988:196.

<sup>50</sup> CJCE, arrêt du 16 mai 2006, *Watts*, aff. C-372/04, *Rec.*, p. I-4325, EU:C:2006:325.

<sup>51</sup> Voy. CJCE, arrêt du 12 juillet 2001, *Smits et Peerbooms*, aff. C-157/99, *Rec.*, p. I-5473, EU:C:2001:404, pts 53-59; CJCE, arrêt du 13 mai 2003, *Müller-Fauré*, aff. C-385/99, *Rec.*, p. I-4509, EU:C:2003:270, pt 38; CJCE, arrêt du 12 juillet 2001, *Vanbraekel e. a.*, aff. C-368/98, *Rec.*, p. I-05363, EU:C:2001:400; CJCE, arrêt du 16 mai 2006, *Watts*, préc., pt 86.



sociale, du principe de solidarité et du contrôle de l'État ont amené les juges à exclure que l'organisme d'assurance en cause constitue une entreprise aux termes du droit de la concurrence.<sup>52</sup> Au contraire, l'activité de l'organisme a été qualifiée d'économique aux fins de l'application des dispositions en matière de liberté de circulation. Pour ce qui est des soins de santé, les prestations dispensées dans le cadre d'un service national de santé ont été qualifiées d'économiques aux fins de la liberté de circulation (*Watts*)<sup>53</sup> et de non économiques aux fins des règles de la concurrence (*FENIN*).<sup>54</sup>

Dans l'affaire *CBI*, toutefois, la Commission a examiné la nature des prestations dispensées par les hôpitaux publics belges aux fins du droit de la concurrence en se référant largement aux décisions de la Cour en matière de liberté de circulation. Ainsi qu'il a été souligné ci-dessus, dans cette affaire a été affirmée la nature d'entreprises des hôpitaux publics IRIS en vertu de l'article 107, paragraphe 1, TFUE. Dans sa première décision la Commission aboutit à cette conclusion en faisant référence aussi bien à *Ambulanz Glöckner* – et au critère comparatif utilisé dans cette affaire<sup>55</sup> – qu'à la jurisprudence qui a affirmé la nature

---

<sup>52</sup> CJCE, arrêt du 5 mars 2009, *Kattner*, préc.

<sup>53</sup> CJCE, arrêt du 16 mai 2006, *Watts*, préc.

<sup>54</sup> TPICE, arrêt du 4 mars 2003, *FENIN*, préc.

<sup>55</sup> « En matière de services de santé, les activités des organisations sanitaires fournissant des services, moyennant rétribution des utilisateurs, notamment sur le marché du transport d'urgence et du transport de malades, doivent être considérées comme des activités économiques, de telles entités étant qualifiées d'entreprises au sens des règles communautaires de concurrence[...]. Pour conforter son analyse du caractère économique de ces activités, dans sa jurisprudence la Cour s'est appuyée sur les caractéristiques du marché des soins de santé concerné, en soulignant que les activités en cause n'avaient pas toujours été et n'étaient pas nécessairement exercées par de telles organisations ou par des autorités publiques. Par ailleurs, la circonstance que de telles entités aient à leur charge des obligations de service public pouvant rendre les services fournis par eux moins compétitifs que des services comparables effectués par d'autres opérateurs non liés par de telles obligations, ne saurait cependant empêcher que les activités en cause soient considérées comme des activités économiques », Décision C(2009) 8120, préc, pt 108; voy. J.W. VAN DE GRONDEN-W. SAUTER, « Taking the Temperature: EU Competition Law and Health Care », *Legal Issues of Economic Integration*, 2011, p. 217 : « in the IRIS-Z hospitals case,

économique des services de soins de santé aux fins des libertés de circulation.<sup>56</sup> La Commission cite également l'arrêt du Tribunal *Asklepios*, concernant des mesures dispensées par les autorités allemandes en faveur d'hôpitaux publics, dans lequel, cependant, la nature économique de l'activité de fourniture de soins de santé aux fins de l'application du droit de la concurrence, en substance, a été tenue pour acquise.<sup>57</sup>

Au vu de la jurisprudence ci-dessus citée, la Commission souligne que les activités hospitalières fournies par les hôpitaux publics sont « également fournies par d'autres types d'organismes ou entités, parmi lesquels des cliniques, des hôpitaux privés et d'autres centres spécialisés [...] ». Dès lors, ces activités hospitalières prestées par les H-IRIS doivent être considérées comme économiques.<sup>58</sup> La Commission, en outre, souligne l'existence de l'élément de la rémunération, en remarquant que « les financements que peuvent recevoir les H-IRIS par le biais de diverses allocations des autorités publiques centrales ou locales peuvent être analysés comme constituant la contrepartie économique des prestations hospitalières fournies, au même titre que les financements accordés par le biais des caisses maladies et autres organismes publics octroyant des fonds de manière

---

the Commission contended that services provided by the public hospitals concerned constituted economic activities as similar services were offered by private health-care operators. [...] Hence, in this decision, the argument of potential competition was also taken into account ».

<sup>56</sup> La Commission considère que « [l]a prestation de services médicaux dispensés dans un cadre hospitalier ou en dehors de ce cadre est une activité économique[...] » et cite CJCE, arrêt du 12 juillet 2001, *Smits et Peerbooms*, préc., pt 53; CJCE, arrêt du 31 janvier 1984, *Luisi e Carbone*, affaires jointes 286/82 et 26/83, *Rec.* 1984, p. 377, EU:C:1984:35, pt 16; CJCE, arrêt du 4 octobre 1991, *Society for the Protection of unborn children (IVG)*, aff. C-159/90, *Rec.*, p. I-4685, EU:C:1991:378, pt 18; CJCE, arrêt du 12 juillet 2001, *Abdon Vanbraekel*, aff. C-368/98, *Rec.* 2001, p. I-5363, EU:C:2001:400, pt 43.

<sup>57</sup> CJCE, 11 juillet 2007, *Asklepios Kliniken*, aff. T-167/04, *Rec.*, p. II-2379, EU:T:2007:215.

<sup>58</sup> Décision C(2009) 8120, préc., pt 109.

similaire ».<sup>59</sup> Pour ce qui est de la question de la rémunération, la Commission semble se fonder sur l'affaire *Smits et Peerbooms*, concernant la liberté de circulation, et cite textuellement ce qu'a affirmé la Cour à propos de la notion de rémunération : « La Cour avait considéré en fait que "la circonstance qu'un traitement médical hospitalier est financé directement par les caisses d'assurance maladie sur la base de conventions et de tarifs préétablis n'est pas de nature à le soustraire du domaine des services" et que les paiements faits par les caisses de maladie en l'espèce, "même s'ils sont forfaitaires, constituent bien la contrepartie économique des prestations hospitalières et présentent donc un caractère rémunérateur dans le chef de l'établissement hospitalier qui en bénéficie et qui est engagé dans une activité de type économique", en ajoutant qu'il n'est pas nécessaire que la rémunération soit payée par ceux qui bénéficient de la prestation ».<sup>60</sup> En substance, donc, la Commission utilise aussi bien la jurisprudence en matière de concurrence que celle sur les libertés de circulation pour affirmer que les hôpitaux publics belges ont la nature d'entreprises au sens du droit des aides d'État.

Ce « *crossover reasoning* »,<sup>61</sup> n'a pas été mis en question par le Tribunal dans l'arrêt par lequel la décision de la Commission a été annulée en raison des « difficultés sérieuses » rencontrées dans l'examen préliminaire.<sup>62</sup>

Dans la deuxième décision rendue sur l'affaire *CBI* la Commission cite uniquement la jurisprudence en matière de liberté de circulation et, en ce qui concerne la concurrence, uniquement l'affaire *Asklepios*, dans

---

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> *Ibid.*, pt 108.

<sup>61</sup> C. WEHLANDER, *Services of General Economic Interest as a Constitutional Concept of EU Law*, The Hague-Berlin-Heidelberg, T.M.C. Asser Press-Springer, 2016, p. 248.

<sup>62</sup> Trib. UE, arrêt du 7 novembre 2012, *CBI*, préc. 91.

lequel, ainsi qu'il a été déjà dit, le caractère économique de l'activité avait été tenu pour acquis. En revanche contre, toute référence à *Ambulanz Glöckner* est omise.

Plus précisément, le raisonnement de la Commission débute avec une phrase qui reproduit le principe exprimé par les arrêts sur l'applicabilité des libertés de circulation aux services de soins de santé, arrêts qui sont rappelés dans les notes : « Lorsque des soins de santé sont fournis par des hôpitaux et d'autres prestataires de soins de santé contre rémunération[...], que celle-ci soit versée directement par les patients ou qu'elle émane d'autres sources, ces soins doivent généralement être considérés comme constituant une activité économique ». <sup>63</sup> Il semblerait, donc, que même aux fins de l'application du droit de la concurrence à l'activité de prestation de soins de santé la Commission considère la présence de la rémunération comme étant nécessaire et suffisante. Il s'ensuivrait, pour ce qui est de la prestation des soins de santé, une parfaite convergence de la notion d'activité économique aux fins de la libre circulation et de la concurrence. La Commission, tout de suite après, fait comprendre qu'elle estime que la présence d'un contexte concurrentiel *dérive* de la rémunération, en affirmant que : « Le financement dont bénéficient les hôpitaux IRIS par l'intermédiaire de diverses subventions des autorités fédérales ou fédérées [...], auquel s'ajoutent les paiements directs des patients [...] et les paiements par l'INAMI <sup>64</sup> [...], *rétribue* les hôpitaux IRIS pour les services médicaux fournis et peut par conséquent, dans ce contexte, être considéré comme la contrepartie économique des services hospitaliers fournis. *Un tel système implique un certain degré de concurrence* entre les hôpitaux pour ce qui est de la prestation des services de soins de santé ». <sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> Décision (UE) 2016/2327, préc., pt 108.

<sup>64</sup> L'Institut national d'assurance maladie-invalidité.

<sup>65</sup> Décision (UE) 2016/2327, préc., pt 108 (italique ajouté). Voy. Egalement Décision C(2017) 7973, préc., pt 56.

Toutefois la Commission, poursuivant son raisonnement, qualifie les propos ci-dessus exposés en restituant une autonomie au critère de la présence d'un cadre concurrentiel. En effet, elle souligne, d'une manière analogue à ce qu'elle a fait dans la décision de 2009, que les activités de prestation de soins de santé « sont également exercées par d'autres types d'entités, et notamment par des cliniques, des hôpitaux privés et d'autres centres spécialisés [...]». Ces activités hospitalières exercées par les hôpitaux IRIS *contre rémunération et dans un environnement concurrentiel*, doivent donc être considérées comme ayant un caractère économique ». <sup>66</sup> En faisant référence au fait que l'activité est exercée en concurrence avec d'autres organismes privés, la Commission semble reprendre la condition de l'existence d'un marché sur lequel doit avoir lieu l'offre de services pour qu'une activité soit économique aux termes du droit de la concurrence. Curieusement, toutefois, la Commission choisit de ne pas rappeler expressément *Ambulanz Glöckner* et le critère comparatif y afférent, même si dans cette affaire la Cour s'est fondée aussi sur la combinaison de la rémunération (indice de l'existence de l'offre de services) et du marché pour conclure que l'activité de transport des malades est de nature économique.

En substance, la Commission, dans les deux décisions *CBI*, ne se fonde pas exclusivement sur la présence d'une rémunération ainsi qu'il arrive dans le cadre des libertés de circulation. Cependant, elle choisit de rappeler largement la jurisprudence sur le marché intérieur – elle le fait presque exclusivement dans la décision de 2016 (compte tenu du fait que *Asklepios* est peu utile pour ce qui est de la notion d'activité économique) – lorsque la notion d'« entreprise » aux fins du droit de la concurrence est en jeu. A mon avis cette approche ambiguë ajoute une

---

<sup>66</sup> Décision (UE) 2016/2327, préc., pt 108.

incertitude supplémentaire à une question – celle de l’uniformité ou non de la notion d’activité économique – qui demande, en revanche, un effort de clarté de la part des institutions.

Sur la base de ce qui émerge de la jurisprudence et de la pratique décisionnelle de la Commission relativement au caractère uniforme ou non de la notion d’économicité dans le secteur des services sociaux et de santé, on peut distinguer, à mon avis, différentes hypothèses. Dans le cas de la sécurité sociale, les critères pour déterminer l’économicité changent s’il s’agit de concurrence ou de liberté de circulation. Seulement dans le cadre de la concurrence, en fait, sont pris en considération les éléments de solidarité qui caractérisent concrètement le système. Dans le cas des soins de santé, l’approche change selon le modèle du système de santé présent dans l’État. S’il s’agit de systèmes nationaux de santé, l’approche adoptée dans le contexte de la concurrence dans *FENIN* et suivie dans *ICI-IMU* et *Ospedali Lazio* valorise les éléments concrets de solidarité qui caractérisent les SSN et en exclut le caractère économique, alors que ces mêmes systèmes, au vu de la jurisprudence *Watts*, ont une nature économique et constituent des « services » aux termes de l’article 57 TFUE. S’il s’agit de fournisseurs de soins de santé opérant dans le cadre d’un modèle plus proche du système *Bismarck*, en revanche, la Commission tend à se fonder sur la jurisprudence en matière de liberté de circulation même dans le cadre de la concurrence. On pourrait déduire de cela une tendance à utiliser une notion unitaire d’activité économique dans le domaine des soins de santé lorsque l’opérateur agit dans le cadre d’un système fondé sur le modèle d’assurance.

A mon avis, les observations ci-dessus exposées soulignent encore plus clairement les problèmes que pose le manque de cohérence qui a caractérisé l’examen des soins de santé selon qu’ils sont fournis dans des systèmes *Beveridge* ou *Bismarck*. En effet, dans *CBI* la Commission

conclut pour la nature économique de l'activité sur la base : (a) de l'existence de la rémunération, en se fondant sur la jurisprudence en matière de libertés de circulation ; (b) du fait que l'activité de fourniture de soins de santé est exercée non seulement par des hôpitaux publics mais aussi par des hôpitaux privés. Or, la jurisprudence sur les libertés de circulation a établi que la rémunération existe également dans les systèmes *Beveridge* financés par les impôts. Deuxièmement, il est incontestable que dans le système italien, analysé dans *ICI-IMU* et *Ospedali Lazio*, opèrent aussi bien des hôpitaux publics que des hôpitaux privés. Par conséquent, suivant les critères utilisés dans *CBI*, les hôpitaux italiens devraient être qualifiés d'entreprises. Au contraire, dans *ICI-IMU* et *Ospedali Lazio* la Commission fait référence uniquement à *FENIN*, ne cite aucun arrêt en matière de libre circulation<sup>67</sup> et valorise les éléments de solidarité du système italien.

Il est intéressant de noter que la Commission et le Tribunal font une distinction entre *CBI* et *FENIN* en affirmant que cette dernière affaire portait sur l'activité de «"gestion du système national de santé", exercée par des organismes publics dans le cadre des prérogatives d'autorité publique ». Pourtant la Commission elle-même se fonde sur *FENIN* pour évaluer, dans *Ospedali Lazio*, « si les hôpitaux publics exercent une activité économique lorsqu'ils fournissent des soins hospitaliers pour le compte du système national de santé et si, de ce fait, ils ne peuvent être qualifiés d'entreprises ». <sup>68</sup> Il est correct, à mon avis, de se fonder sur *FENIN* pour évaluer l'activité de fourniture de soins de santé, du moment que, en ce qui concerne le SNS espagnol, l'activité dont le caractère économique a été exclu est l'offre « des services de santé

---

<sup>67</sup> Voy. Décision 2013/284/UE, préc., pts 163-171 ; Décision C(2017) 7973, préc., pts 52-59.

<sup>68</sup> Décision C(2017) 7973, préc., pt 52.

gratuits aux affiliés du SNS ». <sup>69</sup> Du moment que, tant dans *CBI* que dans *Ospedali Lazio*, le raisonnement porte sur la fourniture de soins de santé par des hôpitaux publics, on ne comprend pas pourquoi, au contraire, dans *CBI* le Tribunal a considéré que *FENIN* n'est pas marquant. L'élément distinctif semble être que dans l'une des affaires l'activité de fourniture des soins de santé a lieu dans le cadre d'un système national de santé et que, donc, les prestations sont gratuites pour les affiliés, alors que, dans l'autre, les prestations sont fournies dans un modèle d'assurance et les hôpitaux reçoivent des remboursements en vertu de la sécurité sociale, des assurances privées ou directement des patients, auxquels s'ajoutent, il ne faut pas l'oublier, des ressources de l'État.

En conclusion : dans *CBI* le Tribunal a considéré que la rémunération existe sur la base de la jurisprudence en matière de libertés de circulation et, les soins étant fournis tant par des hôpitaux privés que publics, que l'activité en question est de nature économique. Les éléments de solidarité du système n'entachent pas cette évaluation. Dans l'examen du SSN italien, la présence de la rémunération est exclue alors que, conformément à la jurisprudence sur les libertés de circulation, elle devrait être retenue même en cas de financement par les impôts dans le cadre d'un système *Beveridge*; après quoi, semblerait-il, *sur la base* de l'absence de rémunération, c'est-à-dire en raison du mode public de financement, les caractères de solidarité du système sont revalorisés (se rapprochant, de cette manière, à la jurisprudence sur la sécurité sociale) et le caractère économique de l'activité est exclu.

---

<sup>69</sup> TPICE, arrêt du 4 mars 2003, *FENIN*, préc., pt 40.



#### **II.4. L'augmentation de la portée de la notion d'activité économique entre les tendances interprétatives européennes et les processus de modernisation nationaux. Perspectives et conséquences de la progressive (et inévitable ?) attraction du secteur social et de santé dans la sphère économique**

On peut raisonnablement s'attendre à ce que les services sociaux et de santé soient de plus en plus fréquemment considérés comme des activités économiques. La progressive attraction du secteur des services sociaux et de santé dans le domaine du droit de la concurrence apparaît comme la conséquence naturelle de deux phénomènes: (i) les procès de « reconfiguration », « recalibrage », « modernisation » qui ont été entamés au niveau national pour faire face à la crise qui a frappé le *welfare* à partir de la deuxième moitié des années '70; (ii) les tendances de la jurisprudence plus récente et, plus généralement, les incohérences et les criticités qui émergent des décisions de la Cour et de la Commission en tant que signal de la difficulté d'encadrer le critère fonctionnel tempéré dans un raisonnement juridique solide.

Pour ce qui est du premier point, depuis quelques dizaines d'années les systèmes nationaux de *welfare* connaissent une phase de crise. Essentiellement, les ressources disponibles ne sont plus suffisantes pour faire face aux nécessités des affiliés. Pour protéger la viabilité du système, les États ont commencé, à partir des années '90, à apporter des changements profonds à leurs régimes de protection sociale.<sup>70</sup> Le résultat de ce phénomène est que la fourniture du *welfare* est de plus en plus souvent demandée à un « mélange » de sujets publics et privés et, même au sein de la gestion public traditionnelle, sont introduits des critères d'efficience économique, la compétitivité, des approches

---

<sup>70</sup> M. FERRERA, « The European Welfare State: Golden Achievements, Silver Prospects », *West European Politics*, 2008, pp. 82-107.

« managériales » et des processus de « entreprisalisation ». Ces transformations dans la morphologie des services sociaux et de santé, en déterminant l'introduction d'éléments d'efficacité économique et de concurrence dans les régimes de *welfare*, approchent de plus en plus le secteur en cause du monde des entreprises, et l'exposent à l'application des règles de la concurrence. Plus les régimes de retraite et de santé opèrent selon des critères d'efficacité et dans un contexte de concurrence, plus il est probable que le balancement des indices de solidarité et d'économicité amène à affirmer que l'organisme qui fournit les prestations constitue une entreprise. Plus le système de soins de santé est ouvert au secteur privé, plus il est probable que les institutions concluent que la fourniture de soins de santé est opérée dans un contexte de marché.

Pour ce qui est du deuxième point, tout d'abord l'arrêt *Dôvera zdravotná poisťovňa* sur l'assurance maladie slovaque semble indiquer l'intention, de la part du Tribunal, d'attribuer plus d'importance aux indices d'économicité dans l'activité de balancement qui permet d'évaluer la nature économique ou non des régimes de sécurité sociale. En deuxième lieu, il ressort parfois des décisions de la Cour et de la Commission une certaine incohérence qui, à mon avis, dérive de la difficulté objective d'encadrer dans un raisonnement juridique solide des évaluations souvent influencées par des considérations de caractère pragmatique.

Les autorités nationales devront donc se préparer à une exposition de plus en plus importante du secteur des services sociaux et de santé au droit de la concurrence. La crainte de conséquences de ce type, toutefois, peut bloquer, retarder ou atténuer des processus de « modernisation » du *welfare* qui poursuivent des objectifs tout à fait semblables à ceux qui caractérisent le droit de la concurrence et qui font désormais partie de l'agenda européen.

La perspective d'une exposition augmentée du secteur des services sociaux et de santé au droit des aides d'État fait ressentir la nécessité que les dispositions sur les aides soient appliquées en tenant compte des particularités des services sociaux et de santé et en permettant aux États de poursuivre des objectifs sociaux. Les institutions européennes, en outre, doivent considérer qu'une approche excessivement rigoureuse à l'égard des régimes nationaux de sécurité sociale peut s'avérer contreproductif, en ce qu'elle risque de paralyser les processus de modernisation du *welfare* souhaités par l'Union. Il devient donc fondamental de comprendre si et dans quelle mesure la réglementation des aides d'État est ou peut être adaptée à la nature particulière des services sociaux et de santé.

### **III. Financement des services sociaux et de santé et réglementation des aides d'État : cadre juridique**

#### **III.1. Le problème de la qualification de la compensation des obligations de service public aux termes de la réglementation des aides : l'opposition entre la thèse de l'« aide d'État » et la thèse « de la compensation », la jurisprudence *Altmark* et son application dans l'affaire *BUPA***

L'un des aspects les plus épineux de l'interaction entre la concurrence et les services sociaux et de santé est celui de l'encadrement de la nature juridique de la compensation des obligations de service public aux termes de la réglementation sur les aides. Le débat de la doctrine et de la jurisprudence a vu l'opposition de deux visions : le « critère de l'aide d'État », suivant lequel la compensation constitue une aide qui peut être déclarée compatible avec le marché intérieur, et le « critère de la compensation », suivant lequel la compensation ne confère pas un avantage à l'entreprise et ne peut donc être considérée comme une aide

d'État. Après un débat long et animé, par l'arrêt *Altmark* la Cour détermine quatre conditions impérieuses qui doivent être respectées pour qu'une mesure puisse être considérée comme une compensation d'obligations de service public qui ne constitue pas une aide d'État. En premier lieu, l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations doivent être clairement définies.<sup>71</sup> La deuxième condition, axée sur la transparence, exige que les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation soient « préalablement établis de façon objective et transparente ». <sup>72</sup> La troisième condition vise à garantir qu'il n'y ait pas une surcompensation: « la compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations ». <sup>73</sup> La quatrième a trait à l'efficacité : il est nécessaire que l'opérateur chargé du service soit choisi à l'aide d' « une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité ». <sup>74</sup> En l'absence d'une telle procédure, « le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée » aurait encourus pour exécuter ces obligations de service public, « en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations ». <sup>75</sup> Dans *BUPA*, le Tribunal applique la jurisprudence *Altmark* dans le domaine de

---

<sup>71</sup> CJCE, arrêt du 24 juillet 2003, *Altmark Trans et Regierungspräsidium Magdeburg*, aff. C-280/00, *Rec.*, p. I-7747, EU:C:2003:415.

<sup>72</sup> *Ibid.*, pt 90.

<sup>73</sup> *Ibid.*, pt 93.

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> *Ibid.*

l'assurance maladie et affirme que, « compte tenu de la nature particulière de la mission SIEG invoquée en l'espèce, [...] il y a lieu d'appliquer les critères formulés dans l'arrêt *Altmark*, [...] conformément à l'esprit et à la finalité qui ont présidé à leur énoncé, de manière adaptée aux données particulières du présent cas d'espèce ».<sup>76</sup> Autrement dit, le Tribunal précise que les critères *Altmark*, élaborés dans le cadre du secteur des transports, doivent être modulés afin de tenir dûment compte des spécificités du secteur de l'assurance maladie en cause dans *BUPA*. Ce principe équivaut à une application très flexible des critères *Altmark*, à tel point qu'une partie de la doctrine a vu dans le raisonnement du Tribunal l'élaboration d'une version alternative du test *Altmark*.<sup>77</sup>

### **III.2. Le paquet *Altmark* et les services sociaux et de santé**

L'arrêt *Altmark* laissait ouverte la question du traitement à réserver aux cas dans lesquels les quatre conditions *Altmark* ne soient pas respectées. Afin de clarifier le cadre juridique, la Commission a adopté, en 2005, le « paquet Monti-Kroes », qui a été ensuite remplacé par le paquet « Almunia », adopté entre 2011 et 2012. Le paquet « Almunia » consiste en quatre instruments : la « Communication », relative aux cas dans lesquels la mesure ne constitue pas une aide d'État conformément aux critères *Altmark*;<sup>78</sup> le « Règlement *de minimis* », concernant les cas dans lesquels la mesure ne constitue pas une aide d'État aux termes de l'article 107, paragraphe 1, TFUE en raison du fait qu'elle n'a aucune

---

<sup>76</sup> TPICE, arrêt du 12 février 2008, *BUPA*, aff. T-289/03, *Rec.*, p. II-81, EU:T:2008:29, pt 160.

<sup>77</sup> W. SAUTER, « Case T-289/03, *British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd, BUPA Ireland Ltd v. Commission of the European Communities*, Judgment of the Court of First Instance of 12 February 2008, nyr », *Common Market Law Review*, 2009.

<sup>78</sup> Communication de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général, JO C 8 du 11 janvier 2012, pp. 4-14 (ci-après « Communication SIEG »).

incidence sur les échanges et/ou ne fausse ou ne menace de fausser la concurrence ;<sup>79</sup> la « Décision 2012/21/UE », concernant les cas dans lesquels la mesure est une aide d'État compatible avec le marché intérieur *ex* article 106, paragraphe 2, TFUE et est exempte des obligations de notification et *standstill*;<sup>80</sup> l'« Encadrement », relatif aux cas dans lesquels la mesure constitue une aide d'État compatible avec le marché intérieur *ex* article 106, paragraphe 2, TFUE, tout en restant assujettie aux obligations procédurales *ex* article 108, paragraphe 3, TFUE.<sup>81</sup>

L'incidence effective du paquet « Almunia » sur les services sociaux et de santé ne peut être examinée qu'au vu de la pratique décisionnelle de la Commission et de la jurisprudence de la Cour de Justice, qui seront analysées dans le paragraphe IV. Avant de passer à vérifier de quelle manière les deux paquets *Altmark* ont été appliqués dans la pratique, il est possible de développer quelques réflexions à propos du cadre résultant du paquet « Almunia », notamment en ce qui concerne les services sociaux et de santé.

Au moment de présenter la réforme, le vice-président Almunia a affirmé : « on the market side, our rules become tougher; on the social side, they are relaxed ».<sup>82</sup> J'estime que, en effet, les changements

---

<sup>79</sup> Règlement (UE) n° 360/2012 de la Commission du 25 avril 2012 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides de minimis accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt économique général, JO L 114 du 26 avril 2012, pp. 8-13 (ci-après « Règlement *de minimis* »).

<sup>80</sup> Décision 2012/21/UE de la Commission du 20 décembre 2011 relative à l'application de l'article 106, paragraphe 2, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'État sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, JO L 7 du 11 janvier 2012, pp. 3-10 (ci-après « Décision SIEG »).

<sup>81</sup> Communication de la Commission – Encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensations de service public, JO C 8 du 11 janvier 2012, pp. 15-22 (ci-après « Encadrement SIEG »).

<sup>82</sup> Discours du vice-président de la Commission Joaquín Almunia, *SGEI reform: Presenting the draft legislation*, Collège d'Europe, Bruges, 30 septembre 2011. Voy. E. SZYSZCZAK, « Introduction », in E. SZYSZCZAK- J.W. VAN DE GRONDEN (eds),

introduits présentent une double nature.<sup>83</sup> Le nouveau cadre fait transparaître sans aucun doute la volonté de reconnaître la spécificité du secteur des services sociaux et de santé, compte tenu, en particulier, de l'exemption dont bénéficient de nombreux services de *welfare* en vertu de la Décision. Toutefois, cela n'implique pas que le secteur des services sociaux et de santé soit rendu imperméable aux dispositions en matière d'aides ; au contraire, à certains égards, le contrôle résulte être renforcé aussi dans ce domaine.

Une première question qui se pose est de savoir quels services rentrent dans la Décision. La Commission choisit de ne faire aucune référence à la notion de SSIG, qui, ainsi qu'il a été déjà exposé, a été élaborée par la Commission elle-même. En outre, aucune définition générale n'est fournie pour ce qui est des services de *welfare* qui bénéficient de l'exemption. La Décision se limite à énumérer les services spécifiques qui rentrent dans son champ d'application. Le choix de ne fournir aucune notion générale peut être attribué à la volonté, de la part de la Commission, de respecter les prérogatives des États membres dans la détermination des services ayant une valeur « sociale » dans leurs systèmes respectifs.

A mon avis, l'approche adoptée par la Décision résulte être problématique à divers égards. Premièrement, des services concrètement indiqués dans la liste n'est fournie aucune définition. Cela donne lieu à des doutes d'interprétation qui, d'une part, sont en conflit avec l'un des objectifs fondamentaux du nouveau paquet *Altmark*, à savoir la garantie d'une sécurité juridique accrue ; de l'autre, ces doutes rendront nécessaire l'intervention de la jurisprudence et de la

---

*Financing Services of General Economic Interest*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2013, p. 33.

<sup>83</sup> Voy. J.L. BUENDIA SIERRA-M. MUÑOZ DE JUAN, « Some Legal Reflections on the Almunia Package », *European State Aid Law Quarterly*, 2012, p. 69.

Commission, qui devront ainsi fixer les limites de notions liées aux services sociaux et qui sont, ainsi qu'il a été déjà dit, fortement dépendants des spécificités nationales. Deuxièmement, si dans ses communications la Commission ramène aux SSIG même les régimes de sécurité sociale, ces derniers sont exclus du champ d'application de la Décision. Les raisons de ce choix résultent peu compréhensibles, d'autant plus si l'on considère que dans un très grand nombre de cas la Commission et la Cour ont examiné les régimes nationaux de sécurité sociale au vu des règles sur la concurrence. Au niveau du système, finalement, la multiplicité d'approches et de définitions à propos des services sociaux comporte une « fragmentation » des politiques de l'UE dans ce domaine.

Un deuxième aspect concerne les conditions que les services couverts par la Décision doivent respecter pour pouvoir bénéficier de l'exemption. Ces conditions peuvent influencer considérablement la manière dont les services sont traditionnellement organisés au niveau national. En particulier, est fixée une limite temporelle à la durée du mandat; les nombreuses conditions que l'acte de mandat doit respecter font de sorte qu'il est probable que le mandat ne pourra plus être déduit du cadre réglementaire général auquel sont soumis les opérateurs ; parmi ces conditions, revêt une importance particulière l'inclusion nécessaire de la « description du mécanisme de compensation et les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation », <sup>84</sup> ainsi que des « modalités de récupération des éventuelles surcompensations et les moyens d'éviter ces dernières ». <sup>85</sup>

Justement en matière de compensation, tant la Décision que l'Encadrement du paquet *Almunia* introduisent des critères plus

---

<sup>84</sup> Décision 2012/21/UE, préc., article 4, sous d).

<sup>85</sup> *Ibid.*, article 4, sous e).



tranchants que dans le passé. L'Encadrement, notamment, adopte une approche plus sophistiquée au niveau économique, en renforçant le pouvoir de contrôle de la Commission. Il s'ensuit que les services sociaux qui ne bénéficient pas de l'exemption seront soumis à un contrôle très incisif.

Une réflexion spécifique doit être faite à propos des nombreux renvois à l'efficacité figurant dans les différents documents. La Communication affirme que « [p]our déterminer ce qui constitue un bénéfice raisonnable, les États membres *peuvent* introduire des critères incitatifs, liés notamment à la qualité du service fourni et aux gains d'efficacité productive. Les gains d'efficacité ne peuvent être réalisés au détriment de la qualité du service fourni ». <sup>86</sup> La Décision contient une prévision semblable: « Pour déterminer ce qui constitue un bénéfice raisonnable, les États membres *peuvent* introduire des critères incitatifs, liés notamment à la qualité du service fourni et aux gains d'efficacité productive. Ces gains d'efficacité ne réduisent pas la qualité du service fourni ». <sup>87</sup> En plus, il est spécifié que « [t]out avantage lié aux gains d'efficacité productive est fixé à un niveau qui permette une répartition équilibrée des gains réalisés entre l'entreprise et l'État membre et/ou les utilisateurs ». <sup>88</sup> L'Encadrement renferme une formule plus prescriptive, qui *oblige* les États membres à introduire des critères d'efficacité dans la détermination du mode de compensation afin que l'aide puisse être jugée compatible: « Lorsqu'ils mettent au point la méthode de compensation, les États membres *doivent* introduire des mesures incitatives pour favoriser la prestation efficace de SIEG de qualité élevée, excepté lorsqu'ils sont en mesure de justifier dûment qu'il est

---

<sup>86</sup> Communication SIEG, préc., paragraphe 61. Italique ajouté.

<sup>87</sup> Décision SIEG, préc., article 5, paragraphe 6. Italique ajouté.

<sup>88</sup> *Ibid.*

impossible ou qu'il n'est pas judicieux de le faire ». <sup>89</sup> Même dans ce cas il est spécifié que « [l]es avantages liés aux gains d'efficacité productive doivent être fixés à un niveau qui permette une répartition équilibrée des gains réalisés entre l'entreprise et l'État membre et/ou les utilisateurs ». <sup>90</sup> Il est ensuite précisé, d'une manière analogue à ce qui avait été disposé dans les autres documents, que les gains d'efficacité ne doivent pas influencer la qualité du service, en spécifiant aussi qu'ils « devront respecter les normes prescrites par la législation de l'Union ». <sup>91</sup> De ces dispositions émerge clairement le but d'améliorer l'efficacité des services sociaux en assurant en même temps leur qualité. L'introduction de critères d'efficacité dans la fourniture du *welfare* pourrait influencer significativement les politiques nationales, comportant la nécessité de vérifier que les opérateurs agissent d'une manière efficace et empêchant la compensation des coûts dérivant du manque d'efficacité. <sup>92</sup> Une autre donnée intéressante a trait à l'exigence que les augmentations connexes à des gains d'efficacité productive soient fixées à un niveau tel à permettre une répartition équilibrée du bénéfice dérivant de ces gains entre l'entreprise et l'État membre et/ou les usagers. <sup>93</sup> Pour les entreprises, le fait de réaliser ou non des gains d'efficacité comportera des augmentations ou des réductions de la compensation, ce qui entraîne une hausse ou une baisse des dépenses pour les États membres. Les effets sur les usagers pourront être aussi bien directs, tels que, par exemple, le paiement de loyers inférieurs dans le cadre du logement social ou encore la réduction des

---

<sup>89</sup> Encadrement SIEG, préc., paragraphe 39.

<sup>90</sup> *Ibid.*, paragraphe 41.

<sup>91</sup> *Ibid.*, paragraphe 43.

<sup>92</sup> J.W. VAN DE GRONDEN-C.S. RUSU, « The *Altmark* Update and Social Services: Toward a European Approach », in E. SZYSZCZAK E.-J.W. VAN DE GRONDEN (eds), *Financing Services of General Economic Interest*, préc., pp. 205-208.

<sup>93</sup> Voy. Décision SIEG, préc., article 5, paragraphe 6 et Encadrement, paragraphe 41.

cotisations de sécurité sociale, qu'indirects, sous forme d'une taxation réduite.

En conclusion, il est incontestable que le nouveau paquet *Altmark* reconnaît et valorise la spécificité des services sociaux. En même temps, il est évident que cela n'implique pas que les dispositions en matière d'aides d'État reculent devant le *welfare*. La *block exemption* s'avère limitée à bien des égards : la Décision exclut un certain nombre de services sociaux fondamentaux, laisse une large marge à l'interprétation, par les institutions, de son domaine d'application, et l'applicabilité de l'exemption est soumise au respect de conditions susceptibles d'influencer considérablement les politiques sociales nationales. Lorsqu'un service ne rentre pas dans la sphère d'application de la Décision, il sera soumis à l'examen tranchant prévu dans l'Encadrement. Le cadre juridique, donc, tout en réservant sous beaucoup d'aspects un traitement spécifique aux services sociaux, est potentiellement à même d'influencer considérablement le *welfare* national, à tel point que le paquet *Almunia* a été décrit par certains auteurs comme étant un premier pas vers la construction d'un modèle européen de services sociaux.<sup>94</sup> Seulement la pratique d'application des mesures permettra de comprendre les conséquences réelles de la nouvelle organisation.

Le 17 juin 2019, la Commission a lancé une évaluation visant à vérifier si le paquet *Almunia* est adéquat en matière des services sociaux et de

---

<sup>94</sup> « For the Europeanization process of social services, the adoption of the updated *Altmark* package was an important development. A significant step toward an EU approach to social services is taken. In our view, the path is paved for more binding EU measures in order to further build an EU model for social services based on a balance between State involvement and social needs, on the one hand, and considerations of efficiency and competition, on the other hand », J.W. VAN DE GRONDEN-C.S. RUSU, « The *Altmark* Update and Social Services: Toward a European Approach », préc., pp. 214-215.

santé.<sup>95</sup> L'analyse de la pratique décisionnelle de la Commission et de la jurisprudence de la Cour, qui est effectuée dans le paragraphe suivant, permettra de réfléchir à certaines des questions soulevées par la Commission dans la « Feuille de route » de cette initiative.<sup>96</sup>

#### **IV. Financement des services sociaux et de santé et réglementation des aides d'État : pratique décisionnelle de la Commission et jurisprudence de la Cour**

##### **IV.1. Les traditions nationales en matière de logement social “emportées” par la Commission et le Tribunal ?**

Les conceptions nationales de logement social communes dans les États membres peuvent être ramenées à trois modèles : le modèle résiduel, le modèle généraliste et le modèle universel. La conception résiduelle prévoit que les logements sociaux ne soient destinés qu'à des personnes désavantagées, clairement identifiées en tant que telles. Dans le modèle généraliste peuvent avoir accès aux logements sociaux non seulement les sujets les plus désavantagés, comme dans la conception résiduelle, mais aussi ceux qui ont des difficultés à obtenir un logement aux conditions du marché en raison de leurs ressources modestes. Dans les États qui adoptent la conception universelle, en revanche, le logement est une responsabilité publique primaire : le but est de fournir à toute la population des logements de qualité à un coût abordable. Pour sa part, la Commission a exprimé sa conception du logement social dans la Décision du paquet *Altmark*. Au considérant n. 11 de la Décision, la Commission définit le logement social comme étant « la fourniture de logement social aux personnes défavorisées ou aux groupes sociaux

---

<sup>95</sup> Page web de la Commission, « Initiatives publiées », « Règles relatives aux subventions publiques en faveur des services sociaux et de santé d'intérêt économique général (évaluation) », disponible à l'adresse [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2019-3777435\\_fr](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/initiatives/ares-2019-3777435_fr).

<sup>96</sup> Commission, « Feuille de route relative à l'évaluation et au bilan de qualité », 17 juin 2019, Ares(2019)3858696.

moins avantageés qui, pour des raisons de solvabilité, ne sont pas en mesure de trouver un logement aux conditions du marché ».<sup>97</sup> Il est évident que la conception de la Commission correspond à la vision «résiduelle» du logement social, et s'écarte, par contre, de l'approche généraliste et, surtout, est fortement en contradiction avec la vision universelle.

Cette divergence a donné lieu à un conflit entre la Commission et les États membres qui adhèrent aux conceptions généralistes ou universalistes du logement social. Du point de vue juridique, le conflit portait sur la définition du SIEG par les États membres intéressés. Le contrôle de la Commission sur ce point, on le sait, est limité à l'établissement de l'existence d'une erreur manifeste. C'est justement en affirmant l'existence d'une erreur manifeste dans la détermination du SIEG que la Commission, dans certains cas, est arrivée au point de *substituer* sa propre vision du logement social à celle adoptée par les États membres intéressés.

En particulier, la Commission est intervenue sur le régime hollandais, de caractère universel, et a soutenu que la définition du SIEG « n'était pas suffisamment claire et pouvait inclure des erreurs manifestes ».<sup>98</sup> Par conséquent, les Pays-Bas ont introduit une limite de revenu pour l'accès aux logements sociaux, abandonnant, en substance, la conception universelle. En Suède, par contre, la législation a été modifiée à la suite de deux plaintes présentées devant la Commission par la Fédération européenne de la propriété immobilière. Les autorités suédoises ont choisi de sauvegarder la conception universaliste, en introduisant des modifications visant à assurer la compatibilité du

---

<sup>97</sup> Décision SIEG, préc., considérant 11.

<sup>98</sup> Trib. UE, arrêt du 15 novembre 2018, *Stichting Woonlinie e.a. c. Commission*, affaires jointes T-202/10 RENV II et T-203/10 RENV II, EU:T:2018:795, pt 88.

système avec le droit UE.<sup>99</sup> Le secteur a été ainsi libéralisé, en excluant l'attribution de compensations de service public aux entreprises immobilières municipales et la qualification de leurs activités en tant que SIEG. La Commission a également examiné les modèles généralistes du Luxembourg et de la France. Dans ce cas in n'y a pas eu un véritable affrontement ; toutefois, on ne peut exclure que la Commission décide, par exemple, qu'une limite de revenu trop élevée concrétise une erreur manifeste dans la délimitation du SIEG.

On pourrait se demander aussi si les positions de la Commission ne constituent une intromission indue dans un domaine dans lequel les États membres jouissent d'une ample marge discrétionnaire. Sans aucun doute, l'évènement en question montre le paradoxe du fait d'entamer un *discours européen* sur les services sociaux.<sup>100</sup> La Commission, d'une part, reconnaît que le logement social est un service ayant un poids au niveau social et méritant un traitement spécial, par son inclusion au nombre des secteurs qui bénéficient de l'exemption établie par la Décision SIEG. Ce faisant, toutefois, elle élabore sa propre définition de logement social, attribuant exclusivement à ce dernier le bénéfice de la qualification de SIEG. De cette manière, la Commission a pu promouvoir sa propre vision « résiduelle » des politiques sociales de logement, en arrivant au point de la substituer aux visions traditionnelles des États membres. Autrement dit : c'est justement à cause de la reconnaissance de la nature particulière d'un

---

<sup>99</sup> Parlement européen, *Note: Social Housing in the EU*, 2013, disponible à l'adresse suivante : [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2013/492469/IPOL-EMPL\\_NT\(2013\)492469\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2013/492469/IPOL-EMPL_NT(2013)492469_EN.pdf), p. 40.

<sup>100</sup> Voy. E. Szyszczak sur le développement de « a set of Europeanised themes: a European concept of SSGI; a European discourse on SSGI; a European understanding of the problems of SSGIs », E. SZYSZCZAK, « Soft Law and Safe Havens », in U. NEERGAARD-E. SZYSZCZAK-J. W. VAN DE GRONDEN-M. KRAJEWSKI (eds), *Social Services of General Interest in the EU*, préc., p. 321.

service social que la Commission a élaboré une notion *européenne* de politiques de logement et l'a imposé au niveau national.

Le Tribunal, en validant l'approche de la Commission dans le cas du logement social hollandais, a affirmé que constitue une erreur manifeste l'absence de toute preuve, de la part de l'État, que le domaine du SIEG est « nécessaire et proportionné à un besoin réel de service public ».<sup>101</sup>

La formule en question a été utilisée pour la première fois par le Tribunal dans un certain nombre d'arrêts rendus dans le domaine du cabotage maritime.<sup>102</sup> Dans ce cas, toutefois, le raisonnement reposait sur le pouvoir discrétionnaire réduit de l'État dans la définition du SIEG, en raison de l'existence d'un règlement européen sur le cabotage maritime. Le choix opéré par le Tribunal, de reprendre un raisonnement développé par rapport à ce secteur spécifique et sur la base d'un cadre juridique spécifique et de l'appliquer automatiquement au secteur du logement, c'est-à-dire un domaine non harmonisé, en fondant la restriction du pouvoir discrétionnaire des États en cette matière sur un considérant de la Décision SIEG et sans attribuer aucun poids à la nature différente des deux secteurs en question, apparaît discutable.

Par cet arrêt non seulement le Tribunal confirme l'approche de la Commission, mais il ouvre aussi la voie à une restriction significative du pouvoir discrétionnaire des États membres dans la définition des SSIEG, susceptible de devenir une intromission dans les choix organisationnels des États membres quant à leurs services de *welfare* même dans des secteurs autres que le logement social.

Pour ce qui est des politiques de logement, il est évident que le fait d'exiger que le périmètre du SIEG soit « proportionné » peut facilement

---

<sup>101</sup> Trib. UE, arrêt du 15 novembre 2018, *Stichting Woonlinie*, pt 81.

<sup>102</sup> Trib. UE, arrêt du 1<sup>er</sup> mars 2017, *Société nationale maritime Corse Méditerranée (SNM) c. Commission*, aff. T-454/13, EU:T:2017:134 ; Trib. UE, arrêt du 1<sup>er</sup> mars 2017, *France c. Commission*, aff. T-366/13, EU:T:2017:135.

amener à mettre en cause non seulement les systèmes « universalistes » mais aussi les système « généralistes », par exemple si l'on juge que la limite de revenu établie par les États membres est trop élevée.

Les conséquences d'un tel principe pourraient, ensuite, s'étendre à n'importe quel secteur. *In abstracto*, au fond, une logique de ce type pourrait même justifier la mise en question de la vocation universelle des services de santé, en exigeant que les prestations de santé gratuites soient limitées aux sujets ayant un bas niveau de revenu. Le risque, en substance, est que la combinaison entre, d'une part, l'élaboration de conceptions *européennes* de service social et de santé, éventuellement plus limitées par rapport à des conceptions nationales analogues, et, de l'autre, l'exigence que le SIEG soit proportionné à la nécessité réelle de service public, permette aux institutions d'imposer les propres conceptions de services sociaux aux États membres, en contradiction avec l'ample marge discrétionnaire que le droit de l'Union a traditionnellement reconnue à ces derniers en matière de définition des SIEG et, plus encore, des SIEG de caractère social.<sup>103</sup>

#### **IV.2. Les soins de santé : la tension entre la flexibilité et la sécurité juridique**

Dans le domaine des soins de santé, les approches de la Commission et de la Cour résultent être divergentes. La Commission, dans ce secteur, semble orientée vers une approche plus prudente et ne semble pas disposée à mettre en question la nécessité de l'imposition d'obligations de service public selon la structure concrète du marché considéré. Au

---

<sup>103</sup> Voy. J. J. PIERNAS LOPEZ, « Services of General Economic Interest and Social Considerations », in D. FERRI-F. CORTESE (eds), *The EU Social Market Economy and the Law. Theoretical Perspectives and Practical Challenges for the EU*, London-New York, Routledge, 2019, p. 195.



contraire, le Tribunal semble orienté vers une application plus rigoureuse de la discipline des aides dans le domaine de la santé.

Le Tribunal s'est prononcé à ce propos dans l'arrêt *CBI* déjà cité, qui concerne une décision de la Commission sur des mesures adoptées par la Belgique en faveur de cinq hôpitaux publics. Tout d'abord le Tribunal réaffirme ce qui a été établi dans *BUPA*, soutenant que « bien que les conditions énoncées dans l'arrêt *Altmark* et dans le Paquet *SIEG* concernent sans distinction tous les secteurs de l'économie, leur application doit tenir compte de la spécificité du secteur donné ».<sup>104</sup> Ces affirmations de principe toutefois, n'aboutissent pas à une évaluation édulcorée du cas concret : au contraire, le Tribunal procède à une application « pleine et entière »<sup>105</sup> du droit des aides d'État. Après un examen détaillé, les juges considèrent que l'examen fait par la Commission n'est pas satisfaisant, et demandent à cette dernière une évaluation plus approfondie. Ainsi, la reconnaissance du caractère spécifique du secteur des soins de santé et de la nécessité qui en découle d'adapter le cadre juridique aux particularités du cas d'espèce va de pair avec un examen rigoureux du régime controversé.

*CBI*, donc, pourrait être lu dans le sens d'un passage, de la part du Tribunal, à une approche plus rigoureuse par rapport à celle qui a été remarquée dans *BUPA*. Cette évolution jurisprudentielle semble mettre en doute l'interprétation « constitutionnelle » de l'affaire *BUPA* suggérée par De Vries,<sup>106</sup> dans le sens que le cadre de droit primaire post-Lisbonne ne semble pas impliquer nécessairement une approche permissive de la part de la jurisprudence. Par ailleurs, il ne faut pas

---

<sup>104</sup> Trib. UE, arrêt du 7 novembre 2012, *CBI*, préc., pt 85.

<sup>105</sup> M. KARPENSCHIF, *Droit européen des aides d'État*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 173.

<sup>106</sup> S. A. DE VRIES, « *BUPA*; a healthy case, in the light of a changing constitutional setting in Europe? », in J.W. VAN DE GRONDEN-E. SZYSZCZAK-U. NEERGAARD-M. KRAJEWSKI (eds), *Health Care and EU Law*, The Hague-Berlin-Heidelberg, T.M.C. Asser Press-Springer, 2011, pp. 295-317.

oublier que la formulation d'un test « alternatif » dans *BUPA* se rendait nécessaire au vu des caractéristiques particulières du régime de compensations en cause, qui se fondait sur des transfèvements entre les entreprises sur la base des différences entre les profils de risque, ce qui rend difficilement applicables des critères liés au rapport entre les coûts et les compensations.<sup>107</sup> Par contre, une telle question ne se posait pas dans *CBI*, où était mis en cause un mécanisme « classique » fondé sur des transfèvements étatiques en faveur d'opérateurs chargés d'obligations de service public.<sup>108</sup>

Finalement, l'approche du Tribunal pourrait être un indice de la volonté de récupérer la sécurité juridique qui semble menacée par le principe de la flexibilité exprimé dans *BUPA*, en précisant que reconnaître les caractéristiques particulières des services sociaux ne justifie pas un examen superficiel de la part des institutions européennes.

La Commission, au contraire, adopte une attitude plus prudente lorsqu'elle analyse les services de soins de santé. Un exemple de cette tendance peut être observé en ce qui concerne le rapport entre « défaillance du marché » et SIEG. Dans une série d'arrêts qui portaient sur des compensations accordées dans le secteur des communications à bande ultralarge, le Tribunal a affirmé que l'examen de l'existence d'une « défaillance du marché » est une condition indispensable pour que l'activité puisse être qualifiée de SIEG,<sup>109</sup> en précisant que la notion de « défaillance du marché » est objective, et son application se fonde

---

<sup>107</sup> J.L. BUENDIA SIERRA, « Finding the Right Balance: State Aid and Services of General Economic Interest », in *EC State Aid Law/Le droit des aides d'Etat dans la CE. Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008, p. 200.

<sup>108</sup> Voy. C. WEHLANDER, *Services of General Economic Interest*, préc., p. 145.

<sup>109</sup> Trib. UE, arrêt du 16 septembre 2013, *Colt Télécommunications France c. Commission*, aff. T-79/10, EU:T:2013:463, pt 154 ; Trib. UE, arrêt du 16 septembre 2013, *Orange c. Commissione*, aff. T-258/10, EU:T:2013:471, pt 153 ; Trib. UE, arrêt du 16 septembre 2013, *Iliad e.a. c. Commission*, aff. T-325/10, EU:T:2013:472, pt 164.

sur l'analyse de la situation concrète du marché considéré.<sup>110</sup> La question qui se posait était donc de savoir quel était le rôle de la «défaillance du marché » dans la définition des SIEG et dans quelle mesure cette jurisprudence donne lieu à une réduction de la marge discrétionnaire des États membres en cette matière. La jurisprudence ultérieure ne semble pas orientée vers l'extension à tous les secteurs du principe en question. L'application du principe de la défaillance du marché demanderait une analyse concrète du fonctionnement du marché intéressé, visant à établir s'il y ait effectivement une insuffisance de l'offre privée telle à justifier la présence d'un SIEG. La Commission ne semble pas du tout orientée vers l'accomplissement de ce type d'analyse dans le secteur des soins hospitalières, ainsi qu'il ressort d'une décision concernant un certain nombre de mesures accordées par les autorités allemandes à l'hôpital public Klinikum Osnabrück GmbH.<sup>111</sup> Dans cette décision, la Commission a retenu l'existence d'un « SIEG effectif », l'hôpital étant soumis à une « garantie de service » qui comportait que la structure ne puisse ni fermer ni limiter les services offerts, même au cas où l'activité serait déficitaire. Les hôpitaux privés, au contraire, n'étaient pas soumis à une « garantie de service ». La Commission a donc adopté une approche formelle, en se concentrant sur les différences existantes au niveau des obligations juridiques qui pèsent sur les hôpitaux publics et privés, sans s'interroger sur l'existence effective d'une « défaillance du marché », c'est-à-dire d'une carence effective du marché, dans la fourniture de services de santé à la population, pour laquelle un SIEG s'avère nécessaire. La solution adoptée résulte, à mon avis, cohérente avec le

---

<sup>110</sup> Trib. UE, arrêt du 16 septembre 2013, *Colt*, préc., pt 158 ; Trib. UE, arrêt du 16 septembre 2013, *Iliad*, pt 185.

<sup>111</sup> Décision C(2016)6689 de la Commission du 10 février 2016, SA.36798 (2016/NN) – Germany – Alleged unlawful State aid for Klinikum Osnabrück GmbH.

cadre de droit primaire ; en outre, le Tribunal lui-même semble avoir limité la portée de l'approche fondée sur la défaillance du marché. Il n'est pas souhaitable, et il apparaît peu probable, que la jurisprudence demande à la Commission de se livrer à une analyse du marché des soins de santé dans les États membres qui limite la détermination d'un SIEG aux cas de carence dans l'offre privée de services de santé. Finalement, l'approche prudente de la Commission s'agissant de la définition des SIEG dans le cadre des soins de santé semble être en contradiction avec la nonchalance dont a fait preuve cette même institution lorsqu'elle a mis en cause les choix nationaux dans le domaine du logement social.

#### **IV.3. Les dispositions sur les aides d'État en tant qu'instrument de réglementation indirecte de la sécurité sociale nationale ?**

La sécurité sociale rentre dans la catégorie des SSIG élaborée par la Commission, mais résulte exclue du champ d'application de la Décision SIEG, et donc ne bénéficie pas de l'exemption de la notification. Bien que *BUPA*, l'affaire emblématique de la reconnaissance du caractère particulier des services sociaux et de santé, concerne justement un système d'assurance, la Commission semble s'être orientée vers une approche plutôt rigoureuse dans l'examen des régimes nationaux de sécurité sociale. Après *BUPA*, les systèmes de péréquation des risques créés par l'Irlande n'ont pas bénéficié d'une application flexible des critères *Altmark* et ont toujours été encadrés en tant qu'aides d'État, quoique compatibles.<sup>112</sup> Une autre confirmation de la portée limitée de

---

<sup>112</sup> Décision C (2009) 3572 de la Commission du 17 juin 2009, Aide d'État No N 582/2008 – Ireland, Health Insurance intergenerational solidarity relief; Décision C(2013) 793 de la Commission du 20 février 2013, Aide d'État SA.34515 (2013/NN) – Ireland, Risk equalisation scheme for 2013; Décision C(2012) 5073 de la Commission du 25 juillet 2012, Aide d'État SA.18879 – E 6/2006 – Ireland Unlimited guarantee in favour of the Voluntary Health Insurance Board (VHI).

*BUPA* est offerte par la décision de la Commission sur une série de mesures adoptées par les autorités françaises en faveur du développement des contrats d'assurance maladie solidaires et responsables et des contrats d'assurance complémentaires collectifs contre les risques de décès, incapacité et invalidité.<sup>113</sup> Ainsi qu'il a été déjà précisé, la troisième condition *Altmark* prévoit que la compensation ne peut excéder le montant nécessaire pour couvrir en tout ou en partie les coûts occasionnés par l'accomplissement des obligations de service public, en tenant compte des recettes y afférentes ainsi que d'un bénéfice raisonnable. Dans *BUPA* la condition en question, jugée équivalente à la nécessité et à la proportionnalité de la compensation *ex* article 106, paragraphe 2, TFUE, a été considérée, en substance, non applicable. Dans le RES irlandais, en effet, il n'y avait aucun rapport direct entre les coûts occasionnés par les obligations de service public et la compensation octroyée. Il s'agissait, donc, d'un mécanisme qui différait « radicalement de celui des systèmes de compensation faisant l'objet des arrêts *Ferring* [...] et *Altmark* ». <sup>114</sup> Par conséquent, selon le Tribunal, le système en question ne pouvait « obéir strictement à la troisième condition énoncée dans l'arrêt *Altmark* [...] qui exige de pouvoir déterminer les coûts occasionnés par l'exécution d'une obligation SIEG ». <sup>115</sup> Le Tribunal estimait donc qu'il était suffisant que le système soit « conforme à la finalité et à l'esprit de la troisième condition ». <sup>116</sup> Cette dernière condition, donc, était en substance reformulée, en exigeant uniquement que le calcul de la

---

<sup>113</sup> Décision 2011/319/UE de la Commission du 26 janvier 2011 concernant les régimes d'aide C 50/07 (ex N 894/06) que la France envisage de mettre à exécution en faveur du développement des contrats d'assurance maladie solidaires et responsables et des contrats d'assurance complémentaires collectifs contre les risques de décès, incapacité et invalidité [notifiée sous le numéro C(2011) 267], JO L 143 du 31 mai 2011, pp. 16-35.

<sup>114</sup> TPICE, arrêt du 12 février 2008, *BUPA*, préc., pt 237.

<sup>115</sup> *Ibid.*

<sup>116</sup> *Ibid.*

compensation soit « fondé sur des éléments objectifs concrets, clairement identifiables et contrôlables ».<sup>117</sup> Dans l'affaire française il était aussi question d'un mécanisme différent de la compensation « classique » des obligations de service public. Il s'avérait nécessaire, notamment, de comprendre si l'économie fiscale résultant de la déductibilité complémentaire des dotations aux provisions d'égalisation était un instrument compatible aux termes de l'article 106, paragraphe 2, TFUE, qui prévoit que la compensation versée ne peut excéder les coûts de fourniture du service public. Les autorités françaises avaient soutenu, d'une manière tout à fait semblable de ce qui avait été fait dans *BUPA*, la non applicabilité de cette condition, qui était jugée non adaptée « aux particularités des opérations concernées ».<sup>118</sup> Selon les autorités nationales, dans la situation du cas d'espèce « le mécanisme de la déductibilité fiscale [était] plus adapté et plus souple qu'une subvention sur la base d'une évaluation précise des coûts supplémentaires résultant de la gestion du service ».<sup>119</sup> La Commission, toutefois, avait rejeté cette argumentation, et souligné la nécessité que les critères de l'article 106, paragraphe 2, TFUE, tels qu'ils sont clarifiés par l'Encadrement, soient « strictement respectés car ils permettent d'assurer l'équilibre nécessaire entre d'une part le bon fonctionnement des services d'intérêt économique général et d'autre part l'absence de développement des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union européenne ».<sup>120</sup> Par conséquent, contrairement à ce qui était émergé de l'approche particulièrement flexible du Tribunal dans *BUPA*, les États membres doivent en principe mettre en œuvre des mécanismes de soutien à la sécurité sociale

---

<sup>117</sup> *Ibid.*

<sup>118</sup> Décision 2011/319/UE, préc., pt 190.

<sup>119</sup> *Ibid.*

<sup>120</sup> *Ibid.*, pt 191.

permettant d'établir un rapport entre la compensation offerte et les coûts occasionnés par les obligations de service public.

L'examen de la compatibilité des mesures *ex* article 106, paragraphe 2, TFUE, en outre, permet à la Commission d'exercer une influence considérable sur les éléments qui forment le système. Par exemple, dans l'évaluation du système hollandais de l'assurance maladie, la Commission a exprimé sa préférence pour la compensation *ex ante*, en indiquant ainsi implicitement que, au cas où les autorités hollandaises voudraient à l'avenir introduire un mécanisme *ex post*, l'aide pourrait ne pas être jugée compatible.<sup>121</sup> A cet égard, le jugement de la Commission peut assumer quasiment un rôle de réglementation des systèmes nationaux. Cela est vrai d'autant plus si l'on considère que, dans le secteur en question, les États sont soumis à l'obligation de notification et *standstill*.

En même temps, les décisions montrent que l'article 106, paragraphe 2, TFUE est à même d'accommoder les choix nationaux. Des arrangements dans le *design* d'un système peuvent suffire pour assurer la compatibilité de l'intervention de l'État. A cet égard, il résulte fondamental que les autorités nationales opèrent selon une logique d'ouverture et de collaboration avec la Commission. Par exemple, les autorités britanniques avaient soumis un régime de retraite professionnel à une série de restrictions sur la base du postulat erroné que ces restrictions étaient nécessaires aux fins de la compatibilité de certaines mesures d'aide. L'erreur d'interprétation des autorités nationales a été amendée grâce à l'interaction avec la Commission, qui a précisé que les dispositions sur les aides ne constituaient pas un obstacle pour l'élimination des restrictions en question.

---

<sup>121</sup> Décision C(2005)1329 de la Commission du 3 mai 2005, N541/2004, Retention of financial reserves by Dutch Health Insurance Funds.

#### **IV.4. Outre la discipline des SIEG**

La discipline des SIEG ne couvre pas toutes les voies disponibles pour consentir l'intervention publique dans le *welfare*. Le soutien de l'État peut être considéré comme étant dépourvu des éléments constitutifs de la notion d'aide d'État *ex* article 107, paragraphe 1, TFUE, ou peut être encadré comme étant une aide compatible sur la base des dérogations prévues par l'article 107, paragraphes 2 e 3, TFUE.

Une grande importance pour le secteur des services sociaux et de santé revêt la pratique de la Commission selon laquelle les mesures dispensées en faveur des services de nature purement locale n'influencent pas les échanges entre les États membres et, par conséquent, ne sont pas des aides d'État. Des décisions adoptées sur cette base dans le domaine des services sociaux et de santé il découle que la Commission ne voit un effet potentiel sur les échanges entre les États membres que lorsque les services sociaux ou de santé offerts par les opérateurs intéressés ont une réputation internationale, sont hautement spécialisés ou présentent des caractéristiques uniques telles à attirer des clients d'autres États membres. En outre, la Commission semble considérer que les services sociaux et de santé « standard » ont un caractère local.<sup>122</sup> Cette approche pourrait donner aux États des marges de manœuvre significatives dans le cadre de l'aide au *welfare*. Une telle approche ne semble pas cohérente avec la jurisprudence de la Cour, suivant laquelle la condition *ex* article 107, paragraphe 1, TFUE « selon laquelle l'aide doit être de nature à affecter les échanges entre

---

<sup>122</sup> Décision C(2015) 2796 de la Commission du 29 avril 2015, Aide d'État SA.37432 (2015/NN) – Czech Republic, Funding to public hospitals in the Hradec Králové Region; Décision C(2015) 2800 de la Commission du 29 avril 2015, Aide d'État SA.37904 (2014/NN) – Germany, Alleged State aid to medical centre in Durmersheim, pt 17; décision C(2015) 2797 de la Commission du 29 avril 2015, Aide d'État SA.38035 (2015/NN) – Germany, Alleged aid to a specialised rehabilitation clinic for orthopaedic medicine and trauma surgery, pt 14.



États membres, ne dépend pas de la nature locale ou régionale des services [...] ou de l'importance du domaine d'activité concerné ». <sup>123</sup> Le Tribunal, dans son arrêt du 14 mai 2019 *Marinvest*, a toutefois validé une décision de la Commission fondée sur l'approche en question. <sup>124</sup> De la pratique et de la jurisprudence il découle, en outre, que deux dérogations parmi celles qui sont prévues par l'article 107 TFUE ont un potentiel considérable dans le secteur du *welfare* : la dérogation automatique visée à l'article 107, paragraphe 2, sous a), relative aux aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, et la dérogation établie dans l'article 107, paragraphe 3, sous c), aux termes duquel peuvent être déclarées compatibles les mesures destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques.

## **V. Réflexions conclusives. Le droit des aides d'État et les « espaces sociaux nationaux » au vu de l'action des institutions UE ; défis et voies vers le rapprochement des sphères économique et sociale en Europe**

### **V.1. Le contexte : le droit de l'Union contre le *welfare* national ?**

La réflexion sur l'interaction entre la réglementation des aides d'État et les services sociaux et de santé n'est qu'un des éléments du débats plus ample concernant l'« infiltration » du droit de l'Union dans les « espaces sociaux nationaux ». <sup>125</sup> Au nombre des questions sur

---

<sup>123</sup> CJCE, arrêt du 24 juillet 2003, *Altmark*, préc., pt 82 ; CJUE, arrêt du 14 janvier 2015, *Eventech*, aff. C-518/13, EU:C:2015:9, pt 68; voy. également Trib. UE, 11 juillet 2018, *CSTP Azienda della Mobilità c. Commission*, aff. T-186/15, EU:T:2018:431, pt 142 (pourvoi en cours devant la Cour de justice, aff. C-587/18 P) ; Trib. UE, 11 juillet 2018, *Buonotourist c. Commission*, aff. T-185/15, EU:T:2018:, pt 142 (pourvoi en cours devant la Cour de justice, aff. C-586/18 P) ; Trib. UE, 22 avril 2016, *Irlanda c. Commissione*, aff. T-50/06 RENV II, EU:T:2016:227, pt 115.

<sup>124</sup> Trib. UE, arrêt du 14 mai 2019, *Marinvest et Porting c. Commission*, aff. T-728/17, EU:T:2019:325.

<sup>125</sup> F. COSTAMAGNA, « National social spaces as adjustment variables in the EMU: A critical legal appraisal », *European Law Journal*, 2018, pp. 166-168.

lesquelles la littérature la plus récente s'est davantage penchée figurent le rapport entre l'Union économique et monétaire et la sphère sociale<sup>126</sup>, et l'évolution du contenu « social » de la citoyenneté européenne.<sup>127</sup> Des études faites sur ces deux thèmes il ressort un cadre plutôt alarmant quant aux possibilités concrètes, en l'état actuel, de rapprocher efficacement les secteurs économique et social en Europe. Une proposition très intéressante est celle qui vise la construction d'une « Union sociale européenne ». Sans envisager la transformation de l'Union en un véritable état social fédéral, mais en soulignant en même temps que « restoring the social sovereignty of the Member States, with the EU strictly confining its role to economic, financial, and monetary policy, is also not an option »,<sup>128</sup> les partisans de ce projet présupposent la création d'une union d'états sociaux nationaux. Autrement dit, ils ne proposent pas de supranationaliser le *welfare*, mais d'entamer un processus d'union des États sociaux existants qui permette à chacun de maintenir sa propre diversité. Dans ce cadre, les États devraient s'engager dans un processus d'adaptation réciproque fondé sur des critères définis conjointement et sur le partage de certains risques.<sup>129</sup> Cette approche reconnaît la nécessité de combiner deux dimensions de la solidarité européenne : la dimension pan-européenne et la dimension interne aux États membres, en considérant que « the legitimacy of the

---

<sup>126</sup> *Ibid.* ; S. HENNETTE-T. PIKETTY-G. SACRISTE-A. VAUCHEZ, *Pour un traité de démocratisation de l'Europe*, Paris, Seuil, 2017.

<sup>127</sup> S. GIUBBONI, « La solidarietà come «scudo». Il tramonto della cittadinanza sociale transnazionale nella crisi europea », *Quaderni costituzionali*, 2018, pp. 591-612.

<sup>128</sup> F. VANDENBROUCKE, « The Idea of a European Social Union: A Normative Introduction », in F. VANDENBROUCKE-C. BARNARD-G. DE BAERE (eds), *A European Social Union After the Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 43.

<sup>129</sup> M. FERRERA, « Si può costruire una Unione sociale europea? », *Quaderni costituzionali*, 2018, p. 573.

European project requires a virtuous circle of growing pan-European and national cohesion ». <sup>130</sup>

Le projet de l'Union sociale européenne présente de nombreux avantages. Premièrement, il reconnaît l'ancrage national du *welfare*. Ce dernier élément pose des limites objectives à n'importe quelle idée de supranationalisation de l'état social.<sup>131</sup> Deuxièmement, cette vision implique la reconnaissance du fait que le modèle social de l'Union européenne se compose des dimensions nationale, transnationale et supranationale, en admettant que la protection sociale en Europe ne peut que reposer sur une architecture multiniveaux.<sup>132</sup>

A mon avis, de l'examen de l'interaction entre les aides d'État et les services sociaux et de santé il résulte que ce secteur du droit de l'UE laisse une marge suffisante pour accommoder les spécificités nationales des régimes de *welfare* et, reconnaissant et valorisant la poursuite d'objectifs sociaux au niveau national, peut servir de soutien, et non pas de limite, au renforcement de la dimension sociale européenne. Autrement dit, l'application du droit des aides d'État au secteur des services sociaux et de santé constitue un exemple particulièrement vertueux de rapprochement entre les aspects économique et social de l'Union. Je ne veux pas dire que le rapport entre le *welfare* et les aides ne présente pas de criticités : la Commission et la Cour, en adoptant des décisions dans ce domaine, sont investies d'une tâche pénible et très délicate, dont la difficulté transparaît clairement dans les incertitudes et les contradictions qui caractérisent la jurisprudence et la pratique décisionnelle. Toutefois, je crois que les conditions pour adapter l'application des dispositions sur les aides à la nature particulière des

---

<sup>130</sup> F. VANDENBROUCKE, *The Case for a European Social Union*, European Policy Brief - Published in the framework of the Egmont project, no. 23, 2014.

<sup>131</sup> M. FERRERA, « Si può costruire un'Unione sociale europea? », préc., p. 572.

<sup>132</sup> *Ibid.*, p. 574.

services de *welfare* sont réunies, d'une manière tout à fait cohérente avec le cadre de droit primaire résultant de Lisbonne, et que, en raffinant progressivement les critères sur la base desquels la valorisation du secteur des services sociaux et de santé sera opérée, on pourra finalement atteindre un niveau suffisant de clarté et de prévisibilité.

## **V.2. Le principe jurisprudentiel de la flexibilité à réserver aux secteurs non dotés d'une « dimension concurrentielle et commerciale ».**

L'arrêt *CBI*, à mon avis, développe et explicite ce qui a été affirmé dans *BUPA*, et consacre ainsi le principe de la nécessité de réserver un traitement spécifique à des services déterminés. Le Tribunal considère d'abord que « bien que les conditions énoncées dans l'arrêt *Altmark* et dans le Paquet SIEG concernent sans distinction tous les secteurs de l'économie, leur application doit tenir compte de la spécificité du secteur donné ».<sup>133</sup> Au vu de l'arrêt *BUPA*, « au regard de la *nature particulière* de la mission de SIEG *dans certains secteurs* », <sup>134</sup> il y a lieu d'appliquer les conditions *Altmark* avec flexibilité et « de manière adaptée aux données particulières du cas d'espèce ». Appliquant ce raisonnement au secteur des soins de santé, le Tribunal affirme : « 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 ».<sup>135</sup>

---

<sup>133</sup> Trib. UE, arrêt du 7 novembre 2012, *CBI*, préc., pt 85.

<sup>134</sup> *Ibid.*, pt 86. Italique ajouté.

<sup>135</sup> *Ibid.*, pt 89.

Toutefois, le principe en question laisse ouvertes plusieurs questions et il est souhaitable que la jurisprudence énonce certains aspects d'une manière plus précise. Les questions douteuses sont, notamment, au nombre de deux : en premier lieu, les critères sur la base desquels doivent être identifiés les secteurs devant faire l'objet d'une application flexible des conditions *Altmark* et de l'article 106, paragraphe 2, TFUE n'ont pas été exposés clairement ; en deuxième lieu, on ne comprend pas exactement en quoi la flexibilité requise devrait-elle consister.

Pour ce qui est du premier point, les secteurs dotés d'une « nature particulière » semblent être ceux qui ne sont pas « nécessairement » dotés d'une dimension « concurrentielle et marchande ». A ce propos, il serait nécessaire que les juges articulent des critères capables de définir plus clairement la distinction entre les SIEG à considérer « concurrentiels et commerciaux » et les SIEG non dotés d'une telle dimension. La condition initiale étant toujours que l'activité considérée doit avoir un caractère économique, la question de savoir si le SIEG est ou n'est pas doté d'une dimension commerciale et concurrentielle suffisante pour déterminer son assujettissement à la discipline des SIEG d'une manière rigoureuse semble devoir se poser comme une question de graduation.

Pour ce qui est de l'explication concrète de la flexibilité évoquée par le Tribunal, la question est d'autant plus douteuse si l'on considère que dans *CBI* les affirmations de principe faites par le juge européen n'ont pas été suivies d'un examen édulcoré des mesures controverses.

Dans les paragraphes suivants, les différents éléments résultant du cadre juridique et des décisions de la Commission et de la Cour seront utilisés afin de chercher d'éclaircir le sens et les implications du principe en question.

**V.2.1. L'identification des secteurs non dotés d'une « dimension concurrentielle et marchande ». La prolifération des notions liées aux services sociaux et de santé, l'exigence de clarté et le paradoxe de l'« européisation ».**

Comment peut-on déterminer les SIEG auxquels, en vertu de leur dimension non « concurrentielle et marchande », doit être réservé un traitement différencié ? S'il est raisonnable de voir dans les propos du Tribunal une référence aux services sociaux et de santé, un examen plus analytique des catégories que l'on peut retrouver dans l'ordre juridique de l'Union montre une prolifération de notions en contradiction entre elles. La catégorie des « services sociaux d'intérêt général », élaborée par la Commission dans des actes de *soft law*, comprend les soins de santé, les régimes de sécurité sociale couvrant les risques fondamentaux de l'existence et d'autres services essentiels fournis directement au citoyen et qui jouent un rôle de prévention et de cohésion/inclusion sociale. Toutefois, la Commission elle-même détermine d'une manière différente, dans le paquet *Altmark*, les services méritant une discipline spécifique en vertu de leur dimension sociale, et choisit de ne pas utiliser la notion de SSIG. En effet, bénéficiant de l'exemption de la notification les hôpitaux qui fournissent des soins de santé et les SIEG « 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 ». <sup>136</sup> La sécurité sociale qui, par contre, rentre dans les SSIG, reste exclue de l'exemption. L'approche de la directive services est encore différente, celle-ci excluant 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

---

<sup>136</sup> Décision SIEG, préc., article 2, sous c).

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 ». <sup>137</sup> La Décision SIEG, au contraire, ne fait aucune mention de l'inclusion de l'État dans la liste des services qui rentrent dans son champ d'application. Le rôle de l'État entre en ligne de compte s'agissant des conditions pour bénéficier de l'exemption, lorsqu'il est question du mandat. Les services qui y sont énumérés sont aussi différents : par exemple, seulement la Décision cite la réinsertion dans le marché du travail. <sup>138</sup>

Ce qui émerge, en substance, c'est une prolifération de catégories de services qui portent sur les services sociaux et de santé et qui sont en partie, superposables et, en partie, incohérentes. A mon avis, ce que ces notions différentes ont en commun, c'est que les institutions ne fournissent jamais une définition de caractère général capable de déterminer les éléments constitutifs des catégories chaque fois utilisées. Au contraire, elles ont régulièrement recours à une liste de services isolés.

L'incertitude dans la définition pose des difficultés particulières si l'on considère les exigences de programmation des États dans la détermination de leur mesure de soutien au *welfare*.

On pourrait donc argumenter que, en vue d'obtenir plus de clarté, il serait nécessaire de concentrer les efforts vers une définition de caractère général qui énonce expressément les critères qu'un service donné doit respecter pour pouvoir bénéficier d'un traitement flexible. Il me semble utile, à ce propos, de rappeler la définition de services

---

<sup>137</sup> Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JO L 376 du 27 décembre 2006, pp. 36-68, paragraphe 2, sous j).

<sup>138</sup> V. J.W. VAN DE GRONDEN-C. RUSU, *The Altmark Update and Social Services*, préc., p. 202.

sociaux élaborée dans la littérature juridique italienne. Ferrari, notamment, a défini les services sociaux comme étant les prestations sociales dont la prévision législative répond aux objectifs de fond voulus par la Charte constitutionnelle en matière de promotion du bien-être physique et psychique de la personne.<sup>139</sup> Autrement dit, il s'agit des services qui mettent en œuvre les droits sociaux, au nombre desquels figurent: la sécurité sociale (assurance contre les accidents du travail et les maladies professionnelles ; assurance invalidité ; pension de retraite ; pension d'ancienneté ; allocation de chômage involontaire) ; les soins de santé ; l'assistance sociale.<sup>140</sup> Pareillement, la Charte des droits fondamentaux de l'Union et, notamment, la liste de droits contenue dans le titre consacré à la solidarité, pourrait servir de guide dans cet effort de définition. S'il est vrai que cette liste comprend également l'accès aux SIEG en général, il est vrai aussi qu'un grand nombre d'autres services sociaux qui sont mis en œuvre *par le biais* des SIEG sont traités séparément.<sup>141</sup>

Cependant, je crois que l'adoption d'une définition plus claire et de caractère général se heurterait à une pluralité de facteurs. Une première question est la résistance prévisible, de la part des États membres, à l'intromission des institutions européennes dans un domaine qui est considéré comme étant au cœur de la souveraineté nationale. Autrement

---

<sup>139</sup> E. FERRARI, *I servizi sociali*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 273.

<sup>140</sup> R. BIN-G. PITRUZZELLA-D. DONATI, *Lineamenti di diritto pubblico per i servizi sociali*, Torino, Giappichelli, 2014, p. 257 ss.

<sup>141</sup> Voy. Avis du Comité économique et social européen sur «Les enjeux d'une définition du logement social en tant que service d'intérêt économique général» (avis d'initiative), JO C 44 du 15 février 2013, pp. 53-58, pt 1.2-1.3 : « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne stipule qu'afin de lutter contre l'exclusion sociale et la pauvreté, l'Union reconnaît et respecte le droit à une aide sociale et à une aide au logement destinées à assurer une existence digne à tous ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, selon les modalités établies par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales. [...] La mise en œuvre de ces droits se réalise dans la plupart des États membres par l'intermédiaire d'un service d'intérêt économique général (SIEG) conformément à l'article 36 de la Charte ».



dit, le fait d'engager une procédure de définition au niveau de l'UE comporterait la réalisation d'un modèle européen des services sociaux et de santé que les États pourraient ressentir comme une menace à leur propre souveraineté sociale.

J'estime que ces craintes sont, du moins en partie, justifiées. Les vicissitudes du secteur du logement social témoignent, en effet, du paradoxe de l'« européisation » des services sociaux: comme on l'a vu, la Commission, ayant reconnu la nature particulière d'un service social, a élaboré une notion *européenne* de politiques du logement et l'a imposée au niveau national.

Le deuxième problème lié à l'introduction d'une définition européenne des services sociaux et de santé dérive de l'hétérogénéité qui caractérise ces services. La catégorie en question, en effet, inclut des activités profondément différentes entre elles. Le même service, en outre, peut être organisé d'une manière très différente dans chacun des États membres, le secteur social étant profondément enraciné dans le contexte historique, social et culturel dont il relève. Par conséquent, il y a lieu de se demander le sens de ramener un traitement juridique uniforme à des services qui peuvent présenter des caractéristiques tellement différentes. Ce dernier point conduit à l'examen de la deuxième question, à savoir le sens à attribuer à la flexibilité à laquelle le Tribunal fait référence.

### **V.2.2. La « flexibilité » dans l'application du droit des aides d'État.**

Pour comprendre de quelle manière la « flexibilité » évoquée par le Tribunal peut se concrétiser, il est utile de réfléchir sur le traitement que les institutions ont chaque fois réservé aux différents secteurs. A mon avis, il en résulte un cadre plutôt découpé, où se manifestent des tendances qui varient selon les secteurs et, à l'intérieur de chaque secteur, selon les institutions.

Dans le domaine du logement social, aussi bien la Commission que le Tribunal ont subordonné l'accès au traitement flexible visé dans la Décision SIEG à la condition que les politiques publiques du logement soient en ligne avec la notion européenne de logement social. En outre, en considérant aussi applicable à ce secteur le principe selon lequel le SIEG doit être nécessaire et proportionné à une exigence réelle de service public, le Tribunal a ouvert la voie à un contrôle très pénétrant de la part de la part des institutions sur l'organisation des services sociaux et de santé au niveau national.

Pour ce qui est du secteur des soins de santé, la Commission semble orientée vers une approche flexible. Un grand nombre des questions sur lesquelles les institutions se sont prononcées avaient trait, comme dans le cas du logement social, à la marge discrétionnaire accordée aux États dans la définition du SIEG. Toutefois, contrairement à ce qui est arrivé à propos des politiques du logement, la Commission se montre réticente à examiner si la situation concrète du marché national rend nécessaire l'imposition d'obligations de service public, en adoptant une approche plus prudente et formelle. Pour ce qui est du Tribunal, l'arrêt *CBI* révèle la tension entre la reconnaissance, en principe, de la nature particulière du secteur hospitalier et l'adoption, concrètement, d'une approche rigoureuse qui semble s'écarter de l'approche flexible adoptée dans *BUPA*.

Sur cette même ligne se situe la pratique de la Commission concernant la sécurité sociale. En particulier, dans les décisions postérieures à *BUPA* la troisième et la quatrième condition *Altmark* ont été appliquées d'une manière rigoureuse. Le test « alternatif » formulé dans *BUPA*, donc, semble avoir été essentiellement abandonné. En même temps, il faut noter que l'article 106, paragraphe 2, TFUE résulte suffisamment capable d'accommoder les interventions nationales en matière de protection sociale.

La discipline des SIEG n'est pas la seule voie disponible pour réconcilier l'intervention étatique de soutien au *welfare* et la discipline des aides. Ainsi qu'on l'a vu, la pratique de la Commission selon laquelle les services de nature purement locale ne sont pas constitutifs d'aides d'État, présente un potentiel considérable dans le cadre du secteur des services sociaux et de santé. Des espaces supplémentaires sont fournis par les dérogations relatives aux aides de caractère social octroyées aux consommateurs individuels et aux aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou régions économiques.

Au vu de ce qui a été exposé ci-dessus, il est peu probable, à mon avis, que les différents services sociaux et de santé puissent être réunis sous une catégorie unique, soumise au même traitement. La flexibilité dans l'application des dispositions en matière d'aides va assumer sans aucun doute des caractères différents selon les services considérés.

### **V.3. L'impact du Traité de Lisbonne sur l'action des institutions : quelques hypothèses sur les voies à suivre en vue de renforcer la capacité du droit des aides d'État de s'adapter aux particularités du secteur des services sociaux et de santé**

Le Traité de Lisbonne a comporté un renforcement de la dimension sociale de l'Union en termes de valeurs, d'objectifs et, par l'attribution à la Charte de Nice du statut de droit primaire, de droits fondamentaux. L'article 2 TUE, concernant les valeurs fondatrices de l'Union, se réfère explicitement à la « solidarité » en tant que caractéristique des sociétés des États membres. Parmi les objectifs de l'Union, l'article 3 TUE inclut « une *économie sociale de marché* hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social » ;<sup>142</sup> la lutte à l'exclusion sociale et aux discriminations ; la promotion de la justice et de la

---

<sup>142</sup> Italique ajouté.

protection sociales, de l'égalité entre les hommes et les femmes et de la solidarité entre les générations, ainsi que de la cohésion économique, sociale et territoriale.

La « clause sociale horizontale », introduite par le Traité de Lisbonne dans son article 9 TFUE, prévoit que les objectifs sociaux soient englobés dans les autres politiques de l'Union, y compris le marché intérieur, l'*antitrust* et les aides d'État.

Le Protocole n. 26 sur les services d'intérêt général, dans son article 1 définit les « valeurs communes » dans le secteur des SIEG auxquelles fait allusion l'article 14 TFUE, en les identifiant, « notamment », en trois points. En premier lieu, sont mentionnés les différents niveaux de gouvernement et le principe de subsidiarité, en reconnaissant « le rôle essentiel et le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales pour fournir, faire exécuter et organiser les services d'intérêt économique général d'une manière qui réponde autant que possible aux besoins des utilisateurs ». Le deuxième point est axé sur les diversités entre les types de SIEG et entre leurs utilisateurs, en soulignant « la diversité des services d'intérêt économique général et les disparités qui peuvent exister au niveau des besoins et des préférences des utilisateurs en raison de situations géographiques, sociales ou culturelles différentes ». Le troisième point reconnaît un autre noyau de valeurs dans « un niveau élevé de qualité, de sécurité et quant au caractère abordable, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des utilisateurs ».

La Charte des droits fondamentaux, à laquelle Lisbonne a reconnu la même valeur juridique que les Traités, consacre un titre tout entier à la solidarité. Les articles pertinents, notamment, sont l'article 34 sur la sécurité sociale et l'assistance sociale, l'article 35, sur la protection de la santé, et l'article 36, sur l'accès aux services d'intérêt économique général.

Finally, article 14 TFEU, by adding a significant element to the text of the old article 16 TEC, introduces a new legal basis which attributes to the Union the competence to legislate in the area of services of general economic interest. More precisely, the provision currently provides that « [t]he European Parliament and the Council, acting by means of regulations in accordance with the ordinary legislative procedure » establish the principles and fix the conditions « notably economic and financial », which allow SIEG to fulfil their functions.

In my view, the primary law framework resulting from the Treaty of Lisbon presents a considerable potential as regards the interpretation of the discipline on aid. On the contrary, I do not think that the new competence referred to in article 14 TFEU can be effectively used to regulate organically SIEG in general or SSIG in particular.

As regards the hypothesis of a legislative solution, to find the best result it is necessary to examine three variables: (a) the scope of application of the act/acts, that is to say whether it is preferable to use instruments of general scope which favour unity and coherence of the discipline or whether instruments dedicated to specific services which value particularities and specificities are preferable; (b) the degree of specificity of the provisions, that is to say whether it is preferable to reduce the margin of appreciation available in the evaluation of national measures relative to SSIG or whether particularities specific to each situation require a higher degree of flexibility, even at the expense of legal certainty; (c) the binding force of the provisions, that is to say whether it is preferable to privilege stability and security guaranteed by legally binding acts or whether flexibility offered by instruments of *soft law*.

Selon les choix opérés à propos de chaque variable et de la manière dont ces choix sont combinés, on pourra atteindre un équilibre différent entre les exigences de certitude et de flexibilité.

Il est fondamental d'obtenir un degré suffisant de sécurité juridique, clarté et cohérence dans un secteur comme celui des services sociaux et de santé, qui touche au cœur de la souveraineté sociale des États membres et a une incidence directe sur les besoins fondamentaux des citoyens. Toutefois, à mon avis de nombreux facteurs suggèrent d'éviter un encadrement excessivement rigoureux.

En premier lieu, la réalité des services publics est extrêmement découpée. La catégorie des services sociaux et de santé elle-même englobe des activités profondément différentes entre elles. En outre, le même service peut être organisé d'une manière très différente dans chacun des États membres, le secteur social étant extrêmement enraciné dans le contexte historique, social et culturel dans lequel il est inséré. Par conséquent, il faut se demander s'il est vraiment possible de fixer un noyau unitaire qui puisse servir de dénominateur commun des SSIG européens, et justifier, de cette manière, un noyau de règles communes. Le cadre juridique et les décisions de la Cour et de la Commission ci-dessus illustrés renforcent ces considérations, étant donné l'impossibilité de déterminer une tendance uniforme dans l'approche adoptée concernant les différents secteurs.

En deuxième lieu, la fixation au niveau européen des obligations de service public correspondant aux SSIG n'apparaît pas cohérente avec l'organisation des compétences de l'Union dans le secteur social. Ainsi que les faits en matière de logement social l'ont souligné, la tentative de reconnaître et de valoriser un secteur risque de se transformer en une ingérence indue dans les conceptions nationales du *welfare*.

Finalement, je pense que l'introduction d'éléments de flexibilité dans l'évaluation de la compatibilité de l'aide prévue par l'article 106,

paragraphe 2, TFUE n'est pas susceptible d'être encadrée au moyen d'un examen fait par le législateur *ex ante* et *in abstracto*.

Au vu de ces considérations, le meilleur compromis entre la certitude et la flexibilité peut être atteint par des instruments ayant un caractère sectoriel et dotés d'un degré de flexibilité suffisant pour tenir compte des particularités de chaque cas d'espèce. La base juridique visée à l'article 14 TFUE, qui impose l'adoption de règlements, donc, ne semble pas adéquate. En revanche, les instruments de *soft law* consacrés aux différents secteurs sont plus prometteurs.

Le principal potentiel des innovations introduites par Lisbonne tient plutôt à l'orientation de l'action des institutions dans l'application des dispositions en matière d'aides au secteur des services sociaux et de santé.

Dans le cadre des libertés de circulation, se référant à la clause sociale horizontale visée à l'article 9 TFUE et à l'article 31 de la Charte, l'Avocat général Cruz Villalón a affirmé que « [l]e nouveau cadre de droit primaire, dans la mesure où il impose nécessairement un degré élevé de protection sociale, permet aux États membres, en vue de garantir un certain niveau de protection sociale, de limiter une liberté, *et de le faire sans que le droit de l'Union le considère comme quelque chose d'extraordinaire, et donc méritant une analyse restrictive. Cette thèse [...] se concrétise en pratique par l'application du principe de proportionnalité* ». <sup>143</sup>

Dans *ANODE*, la Cour de justice a expressément reconnu le rôle des nouvelles dispositions dans l'orientation de l'exercice de la juridiction,

---

<sup>143</sup> Conclusions de M. l'avocat général P. Cruz Villalón, présentées le 5 mai 2010, dans l'affaire C-515/08 (CJUE, arrêt du 7 octobre 2010, *dos Santos Palhota e.a.*, aff. C-515/08, *Rec.*, p. I-9133, EU:C:2010:589), EU:C:2010:245, pt 53 (italique ajouté). Voy. G. DE BAERE-K. GUTMAN, *The Basis in EU Constitutional Law for Further Social Integration*, in F. VANDENBROUCKE-C. BARNARD-G. DE BAERE G. (eds), *A European Social Union After the Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 419-420.

en affirmant que « l'interprétation de la condition relative à l'intérêt économique général doit être encadrée dans le nouveau contexte résultant de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, lequel inclut, outre l'article 106 TFUE, l'article 14 TFUE, le protocole (no 26) sur les services d'intérêt général [...] ainsi que de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui a acquis la même valeur juridique que les traités, en particulier l'article 36 de celle-ci concernant l'accès aux services d'intérêt économique général ». <sup>144</sup>

Sur la base de cette logique, le nouveau cadre de droit primaire impose de valoriser les services ayant un caractère social dans l'interprétation et la mise en œuvre de la réglementation des aides d'État. Sans aucun doute, le paquet *Altmark* va dans cette direction, en reconnaissant la compatibilité et l'exemption de la notification pour les services sociaux et de santé qui rentrent dans le champ d'application de la Décision. Comme on l'a vu, toutefois, certains secteurs ne sont pas couverts par la Décision ; en outre, les conditions à respecter pour bénéficier de l'exemption sont plutôt tranchantes. La sauvegarde des services sociaux et de santé passe nécessairement par l'interprétation faite par la Commission et la Cour. Dans l'analyse des conditions *Altmark*, des conditions exigées pour l'application de la Décision et des critères pour établir la compatibilité de l'aide, l'activité interprétative de ces institutions doit être fondée sur la protection des valeurs sociales et sur le respect du pouvoir discrétionnaire des États membres garantis par le droit primaire.

Reste ouverte la question de savoir de quelle manière cet exercice de flexibilité doit être concrètement opéré et quels instruments pourraient permettre d'encadrer l'action des institutions de manière à garantir une sécurité juridique suffisante. Ci-après, je chercherai à identifier un

---

<sup>144</sup> CJUE, arrêt du 7 septembre 2016, *ANODE*, aff. C-121/15, EU:C:2016:637, pt 40.



certain nombre d'aspects problématiques et à supposer des développements possibles et des interventions en vue de renforcer la capacité du droit des aides d'État de s'adapter aux particularités et aux spécificités du secteur des services sociaux et de santé.

Un premier point tient à la définition de SIEG et, notamment, au rôle attribué à la détermination d'une défaillance du marché aux fins de l'institution d'un SIEG et à l'interprétation de la notion d'« erreur manifeste » qui définit la portée du contrôle exercé par les institutions sur les choix des États membres dans ce domaine. L'arrêt *Stichting Woonlinie* du Tribunal, en affirmant que, même dans le domaine du logement social, le contrôle de l'erreur manifeste implique de vérifier si le SIEG est « nécessaire et proportionné par rapport à un besoin réel de service public », applique au secteur des services sociaux et de santé un principe élaboré dans l'arrêt *SNCM* dans le cadre d'un secteur harmonisé. Cette approche est en contradiction avec la jurisprudence qui affirme que la portée du contrôle pouvant être exercé par les institutions au sujet de la définition des SIEG peut varier s'il est question d'un secteur harmonisé ou non harmonisé,<sup>145</sup> puisque « lorsqu'il existe des règles spécifiques du droit de l'Union qui encadrent la définition du contenu et du périmètre du SIEG, elles lient l'appréciation des États membres ».<sup>146</sup> La nouvelle approche résultant de *Stichting Woonlinie* ne semble pas être en ligne avec la protection des valeurs sociales et avec « le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales pour fournir, faire exécuter et organiser les services d'intérêt économique général »<sup>147</sup> reconnus par le droit primaire. Il est donc souhaitable que les institutions corrigent cette tendance et recommencent à interpréter rigoureusement la limite de

---

<sup>145</sup> Communication SIEG, préc., pt 46.

<sup>146</sup> Trib. UE, arrêt du 1<sup>er</sup> mars 2017, *SNCM*, préc., pt 113.

<sup>147</sup> Protocole no 26 sur les services d'intérêt général.

l'« erreur manifeste » à laquelle est soumise la marge de contrôle qu'elles peuvent exercer.

J'estime, en outre, que le nouvel cadre Lisbonne a un grand potentiel dans l'orientation de l'examen de la compatibilité de l'aide aux termes de l'article 106, paragraphe 2, TFUE<sup>148</sup> et des autres dérogations ci-dessus approfondies. En ce qui concerne le paquet *Altmark*, a été soulignée l'approche « éminemment comptable » adoptée dans le calcul du montant de la compensation.<sup>149</sup> Il serait peut-être utile d'entamer une réflexion sur la possibilité de procéder à des considérations non strictement financières dans la détermination du niveau de la compensation, notamment en ce qui concerne la Décision SIEG qui, ainsi qu'il a été dit, est particulièrement importante pour le secteur des services sociaux et de santé.

Une troisième question qui se pose est de savoir dans quelle mesure et de quelle manière il faut encadrer l'action de la Commission en vue d'assurer un degré suffisant de sécurité juridique. A mon avis, l'adoption d'instruments de *soft law* qui examinent séparément les différents secteurs offre les meilleures possibilités de conjuguer des exigences différentes et, dans une certaine mesure, contradictoires, telles que la valorisation des services sociaux et de santé, la reconnaissance du caractère hétérogène de ces derniers, la garantie d'un cadre suffisamment clair dans lequel les autorités nationales peuvent agir en laissant à la Commission des marges de flexibilité et d'appréciation.

---

<sup>148</sup> Sur cette disposition, voy. F. PICOD, « Vers une meilleure conciliation des services d'intérêt économique général avec la concurrence et le marché intérieur », in F. PICOD-B. BRUNESSEN-S. ROLAND (dir.), *L'identité du droit de l'Union européenne: mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 767-782.

<sup>149</sup> F. MARTUCCI, « Faut-il des catégories de l'économie sociale de marché ? Une lecture des catégories de services », in B. BERTRAND (dir.), *Les catégories juridiques du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 353-354.

Les États membres, de leur part, devraient adopter une attitude de coopération et d'ouverture extrêmes à l'égard des institutions UE. Seulement une approche de ce type peut permettre la protection effective de la souveraineté sociale nationale. La pratique et la jurisprudence ci-dessus examinées montrent que des ajustements dans le *design* des systèmes pourraient être suffisants pour assurer la compatibilité avec le droit des aides et que, comme dans le cas du « National Employment Savings Trust » britannique, les obstacles à l'intervention publique peuvent dériver d'erreurs commises dans l'interprétation des règles de la part des autorités nationales plutôt que des règles elles-mêmes.

Le Traité de Rome se fondait sur une « division du travail »<sup>150</sup> selon laquelle le niveau supranational devait s'occuper de l'intégration économique alors que les compétences des États en matière de politique sociale devaient rester invariées. Il est évident que cette logique de « voies séparées »<sup>151</sup> ne reflète pas la réalité actuelle. Si la perméabilité des systèmes nationaux de protection sociale au droit de l'Union est indéniable, il ressort de l'étude du rapport existant entre les aides d'État et les services sociaux et de santé que le droit de l'Union offre d'amples marges pour sauvegarder efficacement la poursuite d'objectifs sociaux. Dans un scénario de défiance croissante vis-à-vis de la capacité de l'Union de fournir une reconnaissance adéquate aux valeurs sociales, l'interaction entre les aides d'État et les services de *welfare* permet de voir sous un jour favorable la possibilité de réconcilier les secteurs économique et social en Europe.

---

<sup>150</sup> S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa: I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, Il Mulino, 2012, p. 37.

<sup>151</sup> M. FERRERA, « Amici o nemici? Integrazione europea e modelli sociali nazionali », *Rivista italiana di scienza politica*, 2006, p. 5.