

L'euro-creep ou la gouvernance européenne « en creux » de la Sécurité sociale

Guillaume Filhon

Responsable du pôle pour l'excellence de la Sécurité sociale
AISS Genève

Introduction

« Soyons clair : il ne peut y avoir d'union monétaire sans union économique »⁽¹⁾. Quand le président de la Commission européenne José Manuel Barroso prononce ces mots, il suppose clairement un renforcement de l'intégration non explicité dans les traités. Car l'Union Européenne (UE) ne jouit d'aucune compétence, ni exclusive, ni partagée, dans le domaine des politiques économiques, pas plus que dans celui des politiques sociales : le traité l'invite à les *coordonner*, dans un article bien distinct⁽²⁾ de celui qui, par exemple, fait de la politique monétaire une compétence exclusive de l'UE⁽³⁾.

Mais les prérogatives de l'UE dans le domaine des finances publiques à la faveur du contexte de la crise de la dette souveraine en Europe pourraient affecter en profondeur les politiques sociales des États membres : celles-ci représentent généralement le premier poste budgétaire national. Un paquet (ensemble de directives et de règlements) « Gouvernance économique » a déjà été proposé par la Commission et a été voté par le Parlement européen en juin 2011, fondé sur un système de surveillance économique *en amont*⁽⁴⁾ des budgets nationaux. **Un nouveau cas d'euro-creep semble à l'œuvre.**

Le terme « *d'euro-creep* » concerne tout particulièrement la Sécurité sociale. Il a d'abord été utilisé pour désigner *l'application graduelle des règles économiques du marché intérieur aux politiques nationales de santé*⁽⁵⁾. Il s'agit d'un processus qui voit le droit économique européen se « glisser » (*creep*) dans des champs de la Sécurité sociale en principe marqués par la souveraineté nationale et protégés explicitement par les traités, notamment par un mode de vote particulièrement exigeant, celui de l'unanimité. Sa justification est l'achèvement du marché intérieur – par la suprématie et l'extension accordées aux libertés de circulation des biens, des services, des capitaux et des personnes –, et l'acteur principal du processus est la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), qui fait prévaloir les dispositions des traités en vue de l'achèvement des marchés intérieurs sur la singularité des systèmes de sécurités sociaux analysés uniquement comme des systèmes économiques. Plusieurs arrêts sont emblématiques de cette démarche

(1) http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/president/news/index_fr.htm

(2) Article 5 TFUE, par. 1.

(3) Article 3 TFUE, par. 1.

(4) Six mois avant la présentation des projets de budget en séance parlementaire.

(5) Nickless J. (1998).

juridique, comme par exemple les décisions *Kohll* et *Decker*⁽⁶⁾, qui appliquent les principes de libre circulation des biens et des services aux régimes de Sécurité sociale ; ce qui permet à des citoyens européens d'aller se faire soigner dans un autre État membre tout en étant remboursés par le système de santé de leur pays de résidence sans autorisation préalable de l'organisme de Sécurité sociale de l'assuré (car cette autorisation est considérée comme un obstacle à la libre circulation des services)⁽⁷⁾. En un mot, l'eupéanisation de la Sécurité sociale passe, à défaut de compétence claire dévolue à l'Union en la matière, par l'interprétation juridique d'articles du traité à *vocation économique*, lesquels ne traitent pas des politiques sociales mais les affectent néanmoins profondément.

Or, avec l'adoption du Pacte de stabilité et de croissance – qui impose des restrictions budgétaires aux États membres –, puis l'adoption du « pacte pour l'euro plus » en mars 2011 par le Conseil européen et le paquet « Gouvernance économique » par la Commission, cette logique est renforcée. Certes, la justification n'est plus l'achèvement du marché intérieur, mais la mise en place du volet économique de l'Union Économique et Monétaire (UEM), afin d'éviter les crises de dettes souveraines et de protéger la stabilité de l'euro. Il est remarquable sur ce point de constater qu'une dépense d'Assurance maladie est comptabilisée comme une charge quand elle relève de la Sécurité sociale, et comme une activité quand elle relève d'une assurance privée dont le solde n'est d'ailleurs pas suivi. Dans la même logique, on reviendra sur l'étonnement que peut susciter le constat que l'endettement privé, à l'origine de la crise des liquidités de 2008, ne fait pas l'objet du même suivi que l'endettement public alors même que la gestion court-termiste de l'épargne retraite collective par des opérateurs financiers en est l'une des causes. L'essentiel semble demeurer : un déplacement *indirect* des orientations de la Sécurité sociale au niveau européen, menée de concert par le juge et le législateur européens.

Dans un contexte de régulation européenne croissante des activités économiques et financières, jusque dans les Services publics de Protection sociale⁽⁸⁾, il importe de se poser la question : **jusqu'où la logique européenne du marché peut-elle être appliquée à la Sécurité sociale?** Les relations qui fondent un système de Protection sociale peuvent-elles être ramenées à des relations purement contractuelles ?

Nous verrons dans un premier temps sous quelles formes d'arguments européens se crée et se légitime l'*euro-creep*, à savoir les libertés du marché intérieur et le besoin de contrôler les dettes souveraines (1). Ensuite, il s'agira de se demander jusqu'où peut aller l'*euro-creep* dans les affaires sociales sur la base des principes économiques du traité – il s'avère dans ce domaine que la notion de « Services d'Intérêt Économique Général » (SIEG) offre une protection limitée du statut spécifique des organismes de Protection sociale (2).

(6) Affaires C-120/95 (*Decker*) et C-158/96 (*Kohll*).

(7) Cette logique a entraîné la nécessité de concilier les règles portées par le règlement de coordination des régimes de Sécurité sociale et celles issues de la jurisprudence par une directive spécifique : voir Filhon, G. et al., « La mobilité des patients dans l'Union européenne : les enjeux de la prise de décision ».

(8) Article 14 TFUE.

1. Deux processus d'euro-creep différents résultant de l'absence de compétence dédiée : de l'argument du marché intérieur à celui de la dette souveraine

1.1. L'euro-creep du « gouvernement des juges » (E. Lambert), ou la défense « téléologique » (D. Boulouis) du marché intérieur par les magistrats de Luxembourg

Pour comprendre comment le phénomène d'euro-creep a été rendu possible, il faut se livrer à un examen rétrospectif de l'Europe sociale. On pourra ainsi mieux comprendre l'orientation déterminante impulsée par la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE), à partir de bases juridiques qui visaient initialement le domaine économique.

■ DES TRAVAILLEURS AUX CITOYENS EUROPÉENS : L'ARGUMENT DE LA LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES

Dès la création de la Communauté Économique Européenne (CEE), il apparaît que les droits économiques et les droits sociaux ne sont pas traités de manière équivalente dans la construction européenne. Les libertés fondamentales de circulation (marchandises, capitaux, travailleurs, services) occupe le sommet hiérarchique des normes européennes, avec pour finalité l'achèvement d'un marché intérieur. C'est ainsi que les libertés de circulation des travailleurs et des services ont servi de fondement principal à l'intervention de la Communauté européenne dans le domaine social. Ces bases juridiques offraient une « porte de derrière pour l'harmonisation des politiques sociales au niveau de la CE »⁽⁹⁾ :

- **l'article 51 du Traité de Rome (TCEE)** induit la totalisation transnationale des droits sociaux et l'accès des travailleurs non nationaux d'un État membre A aux prestations sociales d'un État membre B, par vote à l'unanimité du Conseil des ministres sur proposition de la Commission ;
- **l'article 100 TCEE** prévoit l'harmonisation législative, réglementaire et administrative des États membres dans les domaines qui touchent à l'établissement et au fonctionnement du marché intérieur (domaines qui comprennent tout ce qui pourrait avoir rapport à la circulation des travailleurs ; or les droits sociaux ont une influence déterminante sur les « migrations économiques », liées au travail) ;
- **l'article 235 TCEE** permet à la Commission et au Conseil (vote à l'unanimité) de produire des actes législatifs là où en principe il n'existe pas de compétence explicite prévue par le traité, mais où ces actes permettent de faire progresser le fonctionnement du marché intérieur dans le respect des objectifs des traités. Les régimes de Sécurité sociale ne relèvent certes pas *a priori* de ce domaine mais on verra comment la perspective européenne les fait entrer dans la logique du marché intérieur (notons d'emblée que plusieurs directives sur l'égalité de traitement hommes/femmes se sont servies de l'article 235 comme base juridique, comme la directive 76/207).

En revanche, **le titre sur la politique sociale proprement dite (articles 117-128 TCEE) semblait bien limité**, promouvant des objectifs (« l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main-d'œuvre »)⁽¹⁰⁾ et une collaboration dans le domaine de la politique sociale sur un mode essentiellement non contraignant. Les seules dispositions significatives sont l'égalité de rémunération hommes/femmes (article 119), l'équivalence existante des régimes de congés payés (article 120) et la création du Fonds social européen (articles 123-128). Un grand nombre d'aspects de la politique sociale, comme les politiques de santé, n'étaient pas mentionnées. En somme, les États membres marquaient

(9) Falkner, G. (1998), p. 58 : « ... back door for social policy harmonization at the EC level ».

(10) Article 117 TCEE.

bien leurs prérogatives en la matière, signalant leur « *volonté d'inclure quelques dispositions sociales sans pour autant donner à la CEE le pouvoir d'agir* »⁽¹¹⁾.

Dans le projet européen initial, la logique intergouvernementale est donc marquée en matière de Sécurité sociale : la logique suivie vise à produire des décisions au sein de l'UE sur la base de la seule négociation entre les gouvernements des États membres. **La Communauté n'interviendrait en matière sociale que dans la mesure où cette intervention serait nécessaire au fonctionnement du marché intérieur**, essentiellement autour de la réalisation de la libre circulation des travailleurs.

Sur la base de la disposition relative à la coordination de la Sécurité sociale de l'article 51 TCEE, les règlements 1612/68 puis 1408/71 et furent adoptés (dans la continuité de règlements adoptés en la matière dès 1958)⁽¹²⁾ :

- **le règlement 1612/68** garantit les « mêmes avantages fiscaux et sociaux que les travailleurs nationaux »⁽¹³⁾ au travailleur européen migrant, en plus d'un accès égal à la formation professionnelle, au logement et à l'éducation de ses enfants⁽¹⁴⁾ ;
- **le règlement 1408/71** dispose que le travailleur migrant possède les mêmes droits à la Sécurité sociale que les nationaux de l'État d'accueil, et peut bénéficier de l'ensemble des prestations acquises dans la CEE en matière de prestations d'invalidité, de vieillesse et de décès (pensions)⁽¹⁵⁾. Ce principe a été actualisé par le règlement 883/2004, lequel remplace le 1408/71.

De cette manière, la Communauté entendait intervenir de façon limitée dans le domaine social, uniquement pour ce qui concerne la question de la circulation des travailleurs. Les États membres tenaient en effet à garder leurs prérogatives dans le domaine social et à éviter que l'ouverture aux personnes non nationales ait un impact négatif sur leur budget.

Cependant, la CJUE a considérablement étendu la portée des dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs. L'*euro-creep* a commencé à se manifester au moyen d'un processus d'intégration négative – selon lequel la jurisprudence de la CJUE étend l'intégration européenne par abolition des obstacles aux libertés économiques. En l'occurrence, l'accès aux prestations de Sécurité sociale fut interprété comme un moyen d'appliquer la libre circulation des travailleurs, notion définie de façon très large comme *celui qui exerce une activité économique pendant un certain temps, sous l'autorité d'une autre personne et moyennant une rémunération*⁽¹⁶⁾. La Cour a interprété les « avantages fiscaux et sociaux » auquel a droit le travailleur migrant comme toute sorte de prestations sociales, *y compris celles qui ne sont pas liées aux contrats de travail*⁽¹⁷⁾.

(11) Falkner, G. (1998), p. 57 : « ... to bear witness of the will to include some social policy provisions yet without empowering the EEC to act ».

(12) Les premiers règlements de coordination ont été adoptés dès 1958 : les règlements 3 et 4 (qui excluaient certaines catégories, comme les travailleurs frontaliers et saisonniers ou les gens de mer). Mais l'on retiendra seulement les règlements 1408/71 et 1612/68 comme textes de référence à la fois pour plus de clarté et parce qu'ils changèrent de manière importante le dispositif.

(13) Règlement 1612/68, art. 7.2 (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31968R1612:fr:html>).

(14) Ajoutons que le récent règlement n° 883/2004 sur la coordination des systèmes de Sécurité sociale ne fait essentiellement que reprendre et simplifier les mêmes précédents règlements (toujours selon les principes d'égalité de traitement national/non national et de totalisation des périodes). Toutefois elle prolonge la période de détachement (de 12 à 24 mois), par laquelle un travailleur peut rester assujéti au système de Sécurité sociale de son État d'origine et donc ne pas cotiser pour le système de l'État d'accueil, où il travaille effectivement.

(15) Site Europa, synthèses de la législation de l'UE (http://europa.eu/legislation_summaries/employment_and_social_policy/social_protection/c10516_fr.htm).

(16) Arrêt de la Cour du 3 juillet 1986, Deborah Lawrie-Blum contre Land Baden-Württemberg, Affaire 66/85.

(17) « Les avantages fiscaux et sociaux que ce règlement étend aux travailleurs ressortissants d'autres États membres sont tous ceux qui, liés ou non à un contrat d'emploi, sont généralement reconnus aux travailleurs nationaux, en raison de leur qualité objective de travailleurs ou du simple fait de leur résidence sur le territoire national » (Arrêt de la Cour (première chambre) du 31 mai 1979, Affaire 207/78).

La création du statut de citoyen européen par le Traité de Maastricht (1992) a donné encore plus d'ampleur aux décisions de la Cour, en transférant le droit de libre circulation des travailleurs à la catégorie plus large des citoyens européens⁽¹⁸⁾. La CJUE l'a combiné dans sa jurisprudence à la disposition de non-discrimination⁽¹⁹⁾ pour lier prestations sociales et libre circulation. Le raisonnement juridique est sensiblement le même : retirer le bénéfice de certains droits reconnus aux nationaux d'un État membre aux migrants d'autres États membres porterait atteinte à l'usage du droit de libre circulation – puisqu'un niveau moins élevé de Protection sociale agirait comme un facteur inhibant les migrations trans-nationales. C'est ainsi que des arrêts connus de la Cour ont conduit par exemple à reconnaître le droit d'une Espagnole à bénéficier d'une allocation éducation en Allemagne, qui lui avait initialement été refusé par l'État de Bavière au motif qu'elle ne disposait pas de carte de séjour et n'était pas ressortissante allemande⁽²⁰⁾ ; dans la même logique, la Cour a été amenée à défendre le droit d'un étudiant européen étranger à une allocation étudiante dans l'État d'accueil, quand bien même ce revenu visait des étudiants et non pas les travailleurs du règlement 1612/68⁽²¹⁾.

La voie ouverte par le juge a été abondamment exploitée par le législateur européen. Celui-ci a procédé à plusieurs amendements des règlements 1408/71 et 1612/68 dans le sens d'une extension de l'accès aux prestations sociales. Il a produit un grand nombre d'actes législatifs dans la même logique – directive 90/366 sur le droit de résidence des étudiants, directive 2004/38 sur le droit de circulation et de résidence des citoyens européens, règlement 2004/883 sur la coordination des systèmes de Sécurité sociale, qui consolide une grande partie de la législation attachée aux droits sociaux des travailleurs migrants, allant jusqu'à prévoir l'indemnisation chômage d'un travailleur européen non-national en recherche d'emploi par l'État membre d'accueil⁽²²⁾.

La Commission européenne a joué un rôle déterminant, en allant parfois dans ses propositions un peu plus loin que la CJUE ne le suggérait. Il s'agissait pour elle de pousser le Parlement et le Conseil à étendre au maximum l'accès de la Sécurité sociale aux non nationaux membres de l'UE. On remarque bien cette tendance avec l'exemple de la Proposition de modernisation du règlement 1408/71, faite en 1998. Plutôt que limiter le champ d'application du règlement aux travailleurs et aux membres de leur famille (voire les réfugiés), la Commission souhaitait l'ouvrir à toutes les « personnes » couvertes par un système de Sécurité sociale dans au moins un État membre. En outre, la nouvelle version de la Commission proposait d'élargir les prestations concernées aux prestations de préretraite, ce qui n'était pas le cas jusqu'ici. Enfin, le droit à allocation chômage pour un travailleur non national en recherche d'emploi aurait été étendu à 6 mois au lieu de 3.

Dans une première phase, la production juridique de la CJUE s'est donc combiné au soutien de la Commission pour affecter les systèmes de Protection sociale nationaux bien plus profondément que ne l'avaient prévu les auteurs du Traité de Rome dans le sens d'une plus grande protection des individus. Mais le social ne formait pas le fondement juridique en tant que tel. C'est l'activité économique, le statut de travailleur, bref la considération des migrants européens non nationaux *en tant que facteurs de production* qui a justifié la coordination des États-providence et l'égalité d'accès nationaux/non nationaux aux services de Protection sociale. La compétence des États membres pour incarner la solidarité et organiser ces services ne fut pas mise en question. Cette forme d'*euro-creep* prend la forme de ce que certains chercheurs ont nommé *le modèle d'assimilation supranationale*⁽²³⁾. Ce modèle d'assimilation par le biais économique n'est pas systématiquement favorable à la protection du travailleur, puisque la mise en œuvre de l'exception à la règle du *lex loci laboris* (« la Sécurité sociale appliquée est celle du lieu de travail ») au moyen notamment du détachement européen a provoqué de nombreux abus ; cette technique, qui consiste à autoriser le missionnement de travailleurs pendant deux ans dans un autre État membre sans les faire changer de système de Sécurité sociale, a en effet entraîné une logique de dumping social systématique par le biais du recours massif – à l'Ouest – à des sous-traitants en provenance d'Europe de l'Est, notamment dans les secteurs du bâtiment ou des transports⁽²⁴⁾.

(18) Selon l'article 18, par 1 du Traité de l'Union européenne, « tout citoyen de l'Union a le droit de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, sous réserve de limitations et de conditions prévues dans le traité et dans les textes qui l'appliquent ».

(19) Article 12 TUE.

(20) Arrêt de la Cour du 12 mai 1998, María Martínez Sala contre Freistaat Bayern, Affaire C-85/96.

(21) Arrêt de la Cour du 20 septembre 2001, Rudy Grzelczyk contre Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve, Affaire C-184/99.

(22) http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/living_and_working_in_the_internal_market/c10521_fr.htm

(23) Dougan, M. et Spaventa, E. (2005).

(24) Sur le sujet, voir Filhon (2012).

■ EXTENSION DE L'INTERVENTION DE L'UNION EUROPÉENNE PAR « DÉBORDEMENT » DE LA LIBRE CIRCULATION DES SERVICES

L'intrusion du droit communautaire dans la régulation des systèmes de Protection sociale nationaux fut reconnue et consacrée avec le Traité de Maastricht (1992). Un titre sur la Santé publique fit ainsi son entrée dans le droit européen. Cependant, il n'y eut aucun nouveau pouvoir de législation attribuée à l'Union dans les domaines qui touchaient à la Protection sociale ; la Commission ne se voit confier que des tâches de « coordination » et de consultation en la matière. **Les États membres semblent avoir par la suite dessiné des bornes juridiques claires pour endiguer le phénomène d' *euro-creep* qui s'était propagé auparavant.** Les Traités d'Amsterdam (1997) et de Nice (2001) ont confirmé cette volonté de limiter les pouvoirs de l'Union dans les domaines de la santé et de la Sécurité sociale. Le Traité d'Amsterdam introduit un nouvel article sur les « services d'intérêt économique général », qui dispose que « *la Communauté et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application du présent traité, veillent à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions* ». La question de la portée de cet article demeure aujourd'hui, comme nous le verrons plus loin – la CJUE dans ses arrêts n'en a jamais fait une base déterminante.

Mais l'Union ne dissimulait pas pour autant ses ambitions en matière sociale. Maastricht voit l'inscription de finalités sociales dans la liste d'objectifs du droit primaire – « *un niveau d'emploi et de Protection sociale élevé* » (article 2), « *une politique dans le domaine social* » (article 3).

De fait, la CJUE poursuit sa logique d' *euro-creep*, mais cette fois au moyen du principe de la libre circulation des services et de l'argument du marché intérieur. Dans ses arrêts *Kohll* et *Decker* de 1998, la Cour qualifie pour la première fois les Services de santé publics comme des services économiques qui entrent dans le champ de la libre circulation des services⁽²⁵⁾. Ce raisonnement permet de fonder le droit de tous les citoyens européens, en tant que bénéficiaires de services lors d'une visite temporaire, d'avoir accès au système de santé ambulatoire (de ville) d'un autre État membre tout en étant remboursés par le système de Sécurité sociale de leur État d'origine *sans autorisation préalable de l'organisme de l'assuré* prévu par le règlement de coordination des systèmes de Sécurité sociale. Pour le juge européen en effet, pareille autorisation revient à une « entrave » soit à la liberté de circulation des marchandises (*Decker*, concernant le remboursement d'une paire de lunettes), soit à la libre circulation des services (*Kohll*, concernant le remboursement de soins dentaires). La Cour a donc considérablement augmenté l'exportation des prestations sociales par rapport au règlement 1408/71, cette fois-ci non seulement dans une logique d'extension du droit des personnes, mais aussi et surtout dans une logique de marchandisation de la Sécurité sociale, perçue comme une activité économique comparable aux autres.

En effet, le règlement 1408/71 prévoyait que les soins transfrontaliers fournis aux citoyens européens devaient se soumettre à des conditions très précises : urgence du traitement, autorisation préalable de l'institution de Sécurité sociale à laquelle était affilié le patient, non disponibilité d'un traitement adéquat sur place, etc. La Cour, de manière audacieuse, a considéré que ces conditions ne régissent pas de façon exhaustive l'accès aux soins transfrontaliers et qu'il fallait considérer un droit séparé des patients à bénéficier de ces soins sans autorisation préalable, sur la base de la liberté de circulation des services.

L'opinion de l'avocat général Tesouro dans l'arrêt *Decker* théorise ce qui se présente comme une innovation radicale : « [...] la jurisprudence constante de la Cour selon laquelle "le droit communautaire ne porte pas atteinte à la compétence des États membres pour aménager leurs systèmes de Sécurité

(25) Selon laquelle « les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation » (art. 56 TFUE).

sociale" **n'implique pas du tout que le secteur de la Sécurité sociale constitue un îlot imperméable à l'influence du droit communautaire** et que, par voie de conséquence, toutes les réglementations nationales y afférentes se situent en dehors du champ d'application de ce droit » (point 17 des conclusions sur l'affaire Decker).

L'arrêt Watts de 2006 a consacré la grandissante pénétration du droit européen dans la réforme des systèmes de Protection sociale nationaux (notamment pour ce qui concerne les prestations hospitalières), pénétration ne reposant sur aucune base juridique concernant la Protection sociale proprement dite. Certains États membres avaient avancé que les systèmes de santé reposant sur un financement public intégré ne devaient pas être régis par le principe de libre circulation des services. La Cour a affirmé que c'était le cas. Par ailleurs, des États membres ont pointé du doigt la disposition de la directive, qui impose de « **respecter pleinement [...] les responsabilités des États membres en matière d'organisation et de prestation de services de santé et de soins médicaux** » ; elle serait contradictoire avec l'imposition d'obligations contraignant les systèmes de santé nationaux par le droit communautaire. Mais **la Cour a estimé que cette disposition n'excluait pas la possibilité d'imposer aux États membres des adaptations de leurs régimes nationaux de Sécurité sociale, et ce au titre d'autres dispositions du traité**, comme l'article relatif à la libre circulation des services, ou autres⁽²⁶⁾.

La Commission a dans ce contexte formulé une proposition de directive sur les soins transfrontaliers adoptée récemment (le 9 mars 2011) qui reprend les principes du raisonnement de la Cour pour les prestations hospitalières. La base juridique retenue est l'article 114 TFUE relatif au marché intérieur, « *puisque la majeure partie des dispositions de la présente directive vise à améliorer le fonctionnement du marché intérieur et la libre circulation des marchandises, des personnes et des services* »⁽²⁷⁾. Dans sa proposition, la Commission adoptait déjà le point de vue selon lequel les services de santé doivent être considérés comme des services économiques ordinaires, la directive devant « *permettre, en pratique, une application plus générale et efficace des droits découlant du marché intérieur* »⁽²⁸⁾.

Pour conclure : la jurisprudence de la Cour en association avec le législateur européen a franchi une étape supérieure d'*euro-creep* en se référant à l'article 56 TFUE. **La coordination des régimes de Protection sociale, relevant du *soft law* dans la lettre des traités, est contrainte par *spill-over* (« débordement ») du *hard law* qui s'attache à la libre circulation des services**⁽²⁹⁾. Tout citoyen européen (pas seulement les citoyens actifs) est donc en principe autorisé à bénéficier des systèmes nationaux de Sécurité sociale⁽³⁰⁾, ce qui pousse ceux-ci à se réformer pour devenir « euro-compatibles ».

1.2. Le contrôle des finances publiques comme prolongement de la politique monétaire européenne

Un autre cas d'euro-creep semble s'être déclenché durant les années 1990, celui des finances publiques. Ce dernier n'exige pas directement de réformes juridiques, mais contraint les ressources budgétaires des États membres. Or **les dépenses sociales représentent le premier poste budgétaire des États membres de l'UE** (avec 27,10 % du PIB en moyenne dans l'UE-27 de 2005 selon Eurostat). La France, en tant que pays très redistributif dont l'important système de Sécurité sociale (29 % du PIB en 2007)⁽³¹⁾ relève de la comptabilité publique, est tout particulièrement concernée.

(26) Par exemple, voir l'article 22 du règlement CE, n° 1408/71.

(27) Directive 2011/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 9 mars 2011 relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, (2). <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=celex.32011L0024.fr.not>

(28) http://ec.europa.eu/health/ph_overview/co_operation/healthcare/docs/com_fr.pdf

(29) Sur l'exemple du débat relatif à l'articulation coordination/libre circulation dans le domaine des soins de santé, voir le récapitulatif dans Filhon et al., « Mobilité des patients et coordination européenne ».

(30) Certes, sous certaines conditions définies dans la directive 38/2004 (minimum de 5 ans de résidence dans l'État d'accueil, moyens de se couvrir avec une Assurance maladie et de ne pas être un fardeau pour le système d'assistance sociale de l'État d'accueil). Mais la Cour a tendance à juger ces restrictions disproportionnées dans sa jurisprudence (voir par exemple C-138-2, Collins).

(31) Source : SESI, DREES, OCDE.

■ LES CONTRAINTES DE L'UNION ÉCONOMIQUE ET MONÉTAIRE (UEM)

Revenons sur l'encadrement des finances publiques au niveau européen. L'Union Économique et Monétaire (UEM) a imposé des contraintes fortes sur les budgets nationaux. Instaurée par le Traité de Maastricht, elle repose sur deux volets :

- la création d'une monnaie commune, l'euro ;
- la coordination des politiques budgétaires des États membres.

Ces deux volets sont étroitement liés, car les déficits budgétaires donnent lieu à des emprunts dans la monnaie commune à la Banque centrale européenne. L'endettement de chaque État est facilité, mais les conséquences sont théoriquement mutualisées à l'échelle européenne – plus il y a d'emprunts, plus leur taux d'intérêts augmente. Ainsi, une augmentation excessive des déficits budgétaires peut entraîner une montée des taux à long terme et du coût des emprunts en euros (rendant les emprunts des États plus chers), ce qui est défavorable à la croissance de la zone.

Une surveillance mutuelle des politiques budgétaires a donc débuté dès 1991. La Commission et le Conseil des ministres des Finances examinent régulièrement des indicateurs conjoncturels (inflation, déficits, balance des paiements courants) en vue de réaliser une convergence inscrite dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne :

- **article 2 TFUE** (« Les États membres coordonnent leurs politiques économiques et de l'emploi selon les modalités prévues par le présent traité ») ;
- **article 121 TFUE** (« Les États membres considèrent leurs politiques économiques comme une question d'intérêt commun et les coordonnent au sein du Conseil ») ;
- **article 126 TFUE** (« Les États membres évitent les déficits publics excessifs »).

Pour contrôler les déficits excessifs, les États membres ont donc mis en place en 1997 un Pacte de Stabilité et de Croissance (PSC), qui constitue un ensemble d'engagements sur le contrôle des déficits publics. Le mécanisme prévoit des sanctions pour les États qui produisent des déficits excessifs – les seuils chiffrés (discutables)⁽³²⁾ qui sont retenus sont un déficit public supérieur à 3 % du PIB et une dette publique supérieure à 60 % du PIB. En cas de non-respect du pacte, le Conseil des ministres peut adopter une amende allant jusqu'à 0,2 % du PIB sur recommandation de la Commission – sauf dans le cas d'une récession sévère.

En outre, depuis la troisième phase de l'UEM, un dialogue obligatoire sur les politiques économiques et budgétaires est mis en place : celui des Grandes orientations des politiques économiques, organisé par le Conseil. Le Conseil, sur proposition de la Commission et après avis du Comité économique et social européen, propose un « paquet » qui trace des lignes directrices sur les politiques économiques des États membres (comme par exemple, les objectifs d'économie de la connaissance fixés par Lisbonne). On y expose des scénarios de croissance des recettes et des dépenses budgétaires. C'est ainsi que la France, conformément à l'article 50 de la Loi Organique relative aux Lois de Finances (LOLF), expose sa stratégie financière au Conseil et la justifie. Ainsi, fin 2002 un plan français a fixé que les dépenses de l'État ne devraient plus évoluer au-dessus de 0,3 % en volume par an, ainsi qu'une limitation des hausses de dépenses maladie à 2,5 % et une réduction du déficit des Administrations Publiques Françaises (APU), qui comprennent les administrations de Sécurité sociale.

(32) L'ancien président de la Commission européenne Romano Prodi (1999-2004) qualifiait le PSC de « stupide ». En effet, les seuils qu'il définit peuvent paraître arbitraires. En réalité, ils sont issus d'un raisonnement spécifique. Le critère comptable de stabilisation de la dette publique est le suivant : déficit public \leq (taux d'inflation + taux de croissance) x (ratio dette/PIB de l'année précédente). Donc si l'on postule une inflation de 2 % (objectif de la BCE) et une croissance de 3 % (croissance visée au moment du Traité d'Amsterdam), le niveau de déficit permettant de stabiliser la part de la dette dans le PIB à 60 % (seuil estimé comme initiant le risque d'insolvabilité pour les finances publiques) est 3 %.

Ce que cela signifie en pratique pour la Sécurité sociale : la contrainte à la baisse de ses dépenses.

Les acteurs des politiques économiques européennes multiplient les rapports où ils soulignent avant tout l'insoutenable des finances publiques et la réforme des régimes sociaux qui s'ensuivrait, au motif des difficultés démographiques et des risques d'explosion des dépenses de santé et de retraite – avec une incitation forte au déport de cette charge sur les systèmes privés, pour ceux qui peuvent se les payer... Il est à noter que, pour « aider » les nouveaux États membres, les dépenses publiques visant à la mise en place d'un régime par capitalisation obligatoire ont été exclues du suivi pourtant rigoureux des ratios relatifs à la dette et aux déficits des États membres, tandis que l'explosion des dettes privées nationales, conséquence de l'effet de levier utilisé par les investisseurs institutionnels dépositaires des épargnes retraites et maladie, n'avait jusqu'à présent fait l'objet d'aucun suivi public...

■ LE DÉPLACEMENT AU NIVEAU EUROPÉEN DES ORIENTATIONS BUDGÉTAIRES DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

Un bon exemple de cette orientation est donné par la lecture du *Rapport conjoint sur la Protection sociale et l'inclusion sociale 2010* ⁽³³⁾ du Conseil ECOFIN (qui regroupe les ministres des Finances des États membres). Certes, on y décrit tout de même le rôle positif des États-providence comme « *stabilisateurs automatiques* » (mécanismes économiques ayant un effet contra-cyclique), mais l'on ambitionne l'amélioration de l'« *efficacité* » de la Protection sociale et de l'inclusion sociale, soulignée sur fond de « *vieillesse démographique* ». On relève le problème de l'assistance sociale de long terme, suggère l'application de politiques d'incitation au travail de type *workfare*, et indique que le sens de l'évolution des régimes de pension doit se faire vers des fonds de pension privés, afin de garantir des systèmes « *soutenables* » et ce en dépit du constat universellement partagé de leur exposition, voire de leur participation, à la volatilité financière, révélée par la crise.

La position de la Commission est encore plus « marchande » concernant les dépenses publiques. On peut lire sur le site de la DG Affaires économiques et financières :

*« En influant sur les décisions des ménages et des entreprises en matière de travail, d'épargne et d'investissement, les régimes de prélèvements obligatoires et de prestations sociales ont des répercussions sur le fonctionnement de l'économie réelle. Les systèmes de Protection sociale jouent un rôle important dans la correction des imperfections du marché et le maintien de la cohésion sociale, **et, ce faisant, contribuent à la croissance et à l'emploi. Une Protection sociale efficace peut être considérée comme un facteur « productif ».** Cependant, il est indispensable de veiller à ce que les régimes de prélèvements obligatoires et de prestations sociales soient favorables à la hausse des taux de participation et d'emploi. »*⁽³⁴⁾

Tant du côté du Conseil que de la Commission, il est donc suggéré que les réformes structurelles exigées par la réduction des dépenses publiques doivent se faire par une part croissante de privatisation des systèmes de Protection sociale (principalement retraites et santé) pour les déciles les plus aisés de la population, si cela est favorable au bon fonctionnement du marché et à l'assainissement de la situation financière des États membres. Les dépenses sociales sont avant tout perçues comme des charges à gérer dans le bilan d'États-entreprises.

Le contexte de la crise financière privée a poussé à encore plus d'austérité budgétaire publique (les dépenses sociales augmentant mécaniquement sous l'effet du chômage tandis que les recettes de l'État diminuaient). Il se profile actuellement un double mouvement visant à consolider le contrôle des finances publiques au niveau européen :

- **le pacte pour l'euro plus**, engagement politique du Conseil européen dont les conclusions furent signées le 25 mars 2011 ⁽³⁵⁾ ;
- **le paquet « gouvernance économique »** (« Six packs » et « two packs »), ensemble de propositions de la Commission pour renforcer la coordination des politiques économiques au niveau de l'UE.

⁽³³⁾ <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=757&langId=en>

⁽³⁴⁾ http://ec.europa.eu/economy_finance/eu/public_finances/index_fr.htm

⁽³⁵⁾ http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/fr/ec/120305.pdf

Les évolutions de la Protection sociale

L'un des quatre grands objectifs du pacte pour l'euro plus consiste à « améliorer la viabilité des finances publiques »⁽³⁶⁾. Pour ce faire, une attention particulière est portée à la viabilité des retraites, des soins de santé et des prestations sociales. Une série de mesures est conseillée :

- « adapter le système de retraite à la situation démographique nationale », au moyen de report de l'âge réel de la retraite en fonction de l'espérance de vie ou en accroissant le taux d'activité ;
- limiter les régimes de préretraite, prendre des mesures incitatives pour l'emploi des travailleurs âgés (notamment les travailleurs de plus de 55 ans) ;
- traduire dans la législation nationale les règles budgétaires du Pacte de stabilité et de croissance, garantissant la discipline budgétaire – à travers par exemple une « règle d'or » limitant le déficit budgétaire inscrite dans la Constitution (instaurée en Allemagne, acceptée en Espagne, en Italie) ou dans une législation cadre (comme en France qui lui a donné une valeur supra-légale en ratifiant le traité sur la stabilité, la coordination, et la gouvernance en Europe). La Commission pourra donner son avis sur la conformité d'une pareille règle avec les normes européennes.

Le paquet « gouvernance économique » (« 6 pack » et « 2 pack ») de la Commission renforce un peu plus la contrainte européenne dans la gestion budgétaire nationale.

- **Les évaluations des projets budgétaires par la Commission seront resserrées** (auparavant, une programmation triennale adoptée par les Commissions des finances de l'Assemblée et du Sénat était envoyée régulièrement à la Commission). Les plans de croissance et d'emploi sont désormais associés à une batterie d'indicateurs macroéconomiques (compétitivité, balance commerciale, etc.) ; l'examen des projets annuels de budget par la Commission a lieu 6 mois avant leur proposition devant les Parlements nationaux. Une telle évolution suscite une controverse de nature fondamentale : **la rigueur budgétaire sous contrôle de la Commission peut-elle légitimement jouer sur la liberté de manœuvre de la représentation démocratique ?**
- **Le volet « sanction » du Pacte de stabilité et de croissance est renforcé.** Elles seront plus rapides : un dépôt porteur d'intérêt de 0,1 % du PIB sera imposé dès que le Conseil identifiera un État membre qui n'aura pas pris les mesures correctrices nécessaires (il n'y aura plus de phase de « prévention », qui consiste actuellement dans une série de deux recommandations par la Commission). En cas d'absence de corrections, le dépôt sera conservé par les institutions et l'intérêt passera de 0,1 à 0,3 %. Enfin, le Parlement européen et la Commission se sont alliés pour que les amendes ne soient pas infligées sur décision à la majorité qualifiée par le Conseil, mais sur le mode de la « majorité qualifiée inversée » : autrement dit, l'effectivité de la sanction sur recommandation de la Commission serait déclenché de façon automatique sauf opposition d'une majorité qualifiée au Conseil. Le mécanisme aurait ainsi été beaucoup plus menaçant et aurait fait de l'interdiction de déficit budgétaire (auxquels sont confrontés les systèmes de Protection sociale depuis des décennies) une règle quasiment non négociable : Au final, il a été admis que cette majorité qualifiée inversée devra d'abord être autorisée... à la majorité qualifiée (article 7 du TSCG).

Remarquons une fois encore que cet *euro-creep* du contrôle de stabilité financière oblitère la question des dépenses et des dettes *privées*, notamment celles constituées par les investisseurs institutionnels dépositaires de l'épargne de prévoyance. Or la crise n'a pas été initiée par le problème de la dette publique, mais par celui de la dette privée. Elle prend son origine dans le krach des prêts immobiliers à risque américains appelés les *subprimes*, qui reposaient sur l'endettement à des taux élevés de ménage

(36) Les autres objectifs : favoriser la compétitivité; favoriser l'emploi; renforcer la stabilité financière. Le pacte pour l'euro plus engage l'ensemble des 27 sauf la Hongrie, la République tchèque, la Suède et le Royaume-Uni.

de condition modeste. Cet événement s'inscrit dans le contexte plus large d'un endettement privé traditionnellement élevé aux États-Unis, mais aussi d'un recours massif à l'effet levier de la dette chez les investisseurs institutionnels des économies financières contemporaines, dont les fonds de pension que le récent Livre blanc sur les retraites ou le récent rapport « soutenabilité » présente pourtant comme une solution au vieillissement démographique⁽³⁷⁾.

La crise financière a en effet été amplifiée, toujours à travers le secteur privé, par le surendettement des entreprises à travers des montages financiers qu'on nomme *Leveraged Buy Out* (LBO). Ils consistent à acheter une société avec un minimum de fonds propres et un maximum d'endettement (en somme, l'achat est financé essentiellement par un emprunt), en principe remboursé grâce aux dividendes versés par la société achetée. Ce système, qui permet de gros retours sur investissement en capital propre à court terme, entraîne une contrainte de trésorerie pour l'entreprise achetée, surtout lorsque comme souvent elle fait l'objet de LBO successives. Il présente en outre un risque élevé d'instabilité en cas de retournement de la conjoncture économique, comme c'est le cas depuis 4 ans : risque de faillite pour la société qui détient l'entreprise si celle-ci ne peut payer les dettes qui lui ont été transférées (car les revenus de l'entreprise diminuent), risque de déstabilisation pour les banques en cas d'insolvabilité ou de renégociation des dettes par les sociétés clientes. La crise financière a révélé ces faiblesses : les fonds d'investissement ont dû renégocier leur dette avec leurs créanciers (surtout des banques, déjà en difficulté), et les faillites se sont multipliées. Il faut prendre en compte l'absorption de liquidités produit : en France, fin 2008 les dettes accumulées par les LBO représentaient environ 60 milliards d'euros dans le bilan des banques. On estime que la moitié de ce montant n'a pu être remboursé. D'après un récent rapport du cabinet britannique spécialisé Linklater⁽³⁸⁾, c'est près de 300 milliards d'euros que les entreprises britanniques, françaises et allemandes devront rembourser dans les 4 prochaines années. Un chiffre à rapprocher de la dette cumulée de la Sécurité sociale française, établit à 140 milliards d'euros, payables, eux, en dix ans⁽³⁹⁾...

L'ampleur du risque de perturbation financière est renforcée à un autre niveau par les LBOs : les entreprises qui y recourent en nombre croissant le font dans un contexte économique dégradé, ce qui souvent les placent dans une situation qui combine une rentabilité faible à une dette importante. En conséquence, les *credit default swaps*, sorte de contrats d'assurance sur les dettes se sont envolés de plus en plus ces dernières années. Or le volume important qu'ont pris ces assurances (plusieurs centaines de milliards) était déjà un des facteurs de la crise financière systémique américaine en 2008 : le géant AIG s'était retrouvé dans l'incapacité de verser les indemnités d'assurance au moment où une série de défauts s'enclenchait. Les excès d'endettement privés, que ce soit à travers les subprimes, les LBOs, ou d'autres formes, sont donc les mécanismes fondamentaux de la crise financière actuelle. Or ils menacent, justement, l'épargne de prévoyance... Et sont moins surveillés que les déficits sociaux publics.

On peut donc se demander pourquoi la législation européenne insiste tant sur le contrôle des dettes publiques et si peu sur celui des dettes privées. C'est tout simplement en raison du caractère limité des compétences de l'Union, à qui des attributions particulières en matière de suivi des déséquilibres publics ont été confiées. On remarque cependant que, pour la première fois l'UE va intégrer le calcul de l'endettement privé dans son évaluation macroéconomique des États membres, via le paquet « gouvernance économique ».

(37) ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=7341&langId=fr et http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/european_economy/2012/pdf/ee-2012-8_en.pdf

(38) http://issuu.com/linklaters/docs/5368_lin_wall_of_debt_final_spreads?mode=window&viewMode=singlePage

(39) Sur le mauvais usage de l'effet levier de l'endettement pour maximiser les retours sur investissements de court terme, voire par exemple Linklater Limited Partnership (2011).

2. La marchandisation des services sociaux : le second volet de l'euro-creep ?

2.1. Le statut incertain des services sociaux face au droit de la concurrence

On l'a vu, le phénomène d'euro-creeps s'appuie sur la vulnérabilité des finances publiques au droit européen de la concurrence. Compétence exclusive de l'UE, il repose sur un petit nombre de règles (articles 101-109 TFUE) qui visent à mettre en application une vision économique qui défend la mise en concurrence un grand nombre d'entreprises sur tout type de marché et la lutte contre les monopoles et les aides d'État. Or le droit de la concurrence est très peu formaliste, puisqu'il affecte toute entreprise (sauf dérogation spécifique) et qu'une entreprise est définie par la jurisprudence comme une entité qui exerce une activité économique, lucrative ou non, et quelque soit son statut, public ou privé... On voit dès lors combien il est possible d'étendre la notion de marché à des domaines qui, en France, n'en relèvent pas.

Comment, dans ce contexte, sont prises en compte les institutions de Sécurité sociale, ainsi que les associations d'aide à la personne qu'elles financent, particulièrement dans le cas français ?

■ LA PROTECTION SOCIALE DE BASE SEMBLE ÊTRE PLACÉE À L'ÉCART DES RÈGLES DE LA CONCURRENCE PAR LA JURISPRUDENCE EUROPÉENNE

Ce qui pourrait contribuer à faire tomber certaines des activités des institutions de Sécurité sociale dans le champ de l'application du droit de la concurrence réside dans le statut de « Services d'Intérêt Économique Général » (SIEG). Mentionné aux articles 14 et 106 TFUE, ce terme ne reprend pas la notion française de « Service public »⁽⁴⁰⁾ et insiste sur l'économique comme définissant une catégorie à part dans l'ensemble plus large des Services d'Intérêts Généraux (SIG). (La formule « Service public », elle, est réservée aux transports (article 93 TFUE)).

C'est sur les SIEG que l'UE concentre son attention. La catégorie la plus large des SIG, qui sont les services « que les autorités publiques considèrent comme étant d'intérêt général et soumettent à des obligations de Service public »⁽⁴¹⁾ n'est pas même mentionnée par le traité : elle ne peut donc pas servir à une base juridique dans le cadre d'un jugement de la Cour. Ainsi, deux types de SIG ont été définis de façon empirique :

- **Les Services d'Intérêt Économique Général (SIEG)**, qui concernent des services économiques, fournis et organisés selon les règles du marché intérieur et soumis aux règles de la concurrence. La Commission donne pour exemple les secteurs des télécommunications, de l'électricité et du gaz.
- **Les Services Non Économiques d'Intérêt Général (SNEIG)** sont les services qui n'appartiennent pas à un marché et sont considérés comme des prérogatives étatiques traditionnelles (comme la police, la justice ou la Sécurité sociale de base). Ils ne sont pas soumis au droit de la concurrence en cette qualité.

(40) Caractérisé comme l'ensemble des activités, exercé par ou pour le compte de la puissance publique, dans le but de satisfaire une demande sociale considérée comme devant être disponible pour tous (Chevallier Jacques, Le service public, PUF, « Que sais-je ? », 2010).

(41) Commission européenne (2004).

Or la Commission et la CJUE restent floues sur l'appartenance de certains services sociaux (certains acteurs de la protection sociale, hébergement des personnes fragiles, aide aux personnes, logement social) à une catégorie particulière... Un bureau public de placement pour l'emploi peut ainsi et à titre d'exemple tomber sous le coup du droit de la concurrence⁽⁴²⁾. Dans sa communication « Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen » (2007), la Commission explique clairement qu'**il n'existe aucune distinction a priori entre services économiques et services non économiques d'intérêt général : une réponse à cette question doit procéder d'une analyse au cas par cas.**

L'article 106 TFUE décide de leur dérogation ou non du droit de la concurrence. Ils n'en sont pas exclus *a priori* du fait de leur statut d'entreprises publiques ou exerçant leur mission au nom de l'État⁽⁴³⁾, mais d'un point de vue *fonctionnel* : « dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie ». En somme, si les qualités propres aux services de Protection sociale (solidarité, égalité d'accès, haut niveau de qualité par exemple) devaient être affectées par les mécanismes du marché, alors ces services échapperaient au droit de la concurrence.

Il faut donc tempérer la thèse selon laquelle l'UE donne lieu à une « privatisation des États-providence » (Alain Supiot)⁽⁴⁴⁾. Comme l'explique le juriste Rémi Pellet, la jurisprudence européenne a permis de protéger tout un ensemble de régimes relevant de la Protection sociale contre la tendance marchande de l'*euro-creep*⁽⁴⁵⁾.

En effet, la Cour a jugé de manière constante depuis l'arrêt du 17 février 1993 *Poucet et Pistre* qu'il relève de la législation de chaque État membre de déterminer le droit ou l'obligation de s'affilier à un régime de Sécurité sociale ainsi que les conditions qui donnent droit à des prestations. Ce qui constitue une limite aux règles de la coordination européennes des législations nationales de protection sociale, qui se retraignent à rendre « euro-compatibles » ces législations pour chaque cas transfrontalier (détachement temporaire, travail frontalier...).

Un autre paramètre de taille : **la CJUE a répété plusieurs fois que les organismes de Sécurité sociale ne sont pas des « entreprises » au sens du droit de la concurrence⁽⁴⁶⁾.** Les règles de la concurrence ne couvrent donc pas les institutions de Sécurité sociale (comme les Caisses nationales d'assurance sociale) *dès lors que celles-ci remplissent une mission exclusivement sociale, fondée sur le principe de solidarité et sans but lucratif.*

Par conséquent, la CJUE a jugé conforme au droit européen l'obligation de cotisation aux régimes des travailleurs indépendants d'Assurance maladie et d'Assurance vieillesse des non salariés. Par ailleurs, suivant l'arrêt *CISAL* du 22 janvier 2002, la Cour a validé dans *Kattner Stahlbau GmbH/Maschinebenbau* le régime légal allemand contre les accidents du travail et les maladies professionnelles. Pour justifier le caractère obligatoire de ce régime en situation de monopole, elle a avancé qu'il réalisait « une fonction à caractère social dépourvue de tout but lucratif », « met en œuvre le principe de solidarité » et « est soumis au contrôle de l'État ».

En revanche, les Caisses d'assurance sociale non obligatoires ne semblent pas échapper au droit de la concurrence. Dans l'arrêt « COREVA » du 16 novembre 1995, *Fédération Française des Sociétés d'Assurance (FFSA)*, la Cour a estimé que les règles de concurrence devaient s'appliquer du fait du caractère *facultatif* de cette couverture – il s'agissait d'un régime complémentaire facultatif de retraite géré par la Caisse d'un régime obligatoire, la mutualité sociale agricole. La Cour indique dans cette affaire que le principe de solidarité, qui justifie une dérogation au droit de la concurrence, repose sur une affiliation obligatoire. Le troisième pilier du système français (privé, extra-légal) des régimes volontaires et privés est donc, lui, totalement soumis aux règles de concurrence : « un organisme à but non lucratif, gérant un régime d'Assurance vieillesse destiné à compléter un régime de base obligatoire, institué par la

(42) Arrêt de la Cour, 11 décembre 1997, *Job Centre*.

(43) Article 106 TFUE, pt 1 : « Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités ».

(44) Supiot (2010).

(45) Pellet (2011).

(46) Arrêts C-238/82 *Duphar*, C-159/91 *Poucet et Pistre*, C-157/99 *Smits et Peerbooms*.

loi à titre facultatif et fonctionnant [...] selon le principe de la capitalisation, est une entreprise au sens des articles 85 et suivants du Traité CE ».

Pour résumer, en matière de retraite : si les régimes de Sécurité sociale obligatoires échappent au droit de la concurrence, en revanche les régimes privés qui recourent au principe de la capitalisation⁽⁴⁷⁾ sont définis comme des entreprises et tombent sous le coup des règles européennes.

La CJUE a donc bien mis en place une interprétation juridique et un précédent qui limitent la contrainte qui pèse sur les États membres dans le sens d'une privatisation de leurs systèmes de Protection sociale.

■ CETTE PROTECTION JURISPRUDENTIELLE DEMEURE CEPENDANT FRAGILE...

Certaines ambiguïtés ne sont toutefois pas résolues. En effet, des Caisses de Sécurité sociale gèrent en plus du régime de base des régimes complémentaires obligatoires ou facultatifs ; par ailleurs, certaines institutions non gestionnaires d'un Service public s'occupent de régimes de retraite complémentaires obligatoires en répartition et compensés ; enfin, des entreprises d'assurances privées et des mutuelles (catégorie qui entre dans le champ des directives communautaires sur les assurances) sont chargées de gérer des régimes de base de Sécurité sociale (c'est notamment le cas pour la Protection sociale des indépendants).

En outre, **le statut des SIEG est ambigu dans sa nouvelle formulation du Traité de Lisbonne, ce qui rend le droit primaire perméable au phénomène d'euro-creep.**

L'article 14 TFUE dispose : « *l'Union et ses États membres, chacun dans les limites de leurs compétences respectives et dans les limites du champ d'application des traités, veillent à ce que [les SIEG] fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, notamment économiques et financières, qui leur permettent d'accomplir leurs missions.* »

En plus de la mention « *notamment économiques et financières* », qui confirme l'approche des affaires sociales sous l'angle du financement, le Traité de Lisbonne a ajouté dans l'article relatif au SIEG : « *Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à la procédure législative ordinaire, établissent ces principes et **fixent ces conditions, sans préjudice de la compétence qu'ont les États membres, dans le respect des traités, de fournir, de faire exécuter et de financer ces services.*** »

« Sans préjudice de la compétence qu'ont les États membres » : dans quelle mesure ?

Il semble ambigu d'affirmer d'une part que l'UE aura la compétence d'établir les principes et conditions (notamment économiques et financières) des services d'intérêt économique général, et de l'autre, que les États membres conservent la prérogative de fournir, faire exécuter et financer ces mêmes services... La possibilité d'un processus renforcé d'euro-creep est bien là : elle consiste à laisser la possibilité de définir au niveau européen un encadrement législatif des SIEG – dont les services sociaux ne sont pas *a priori* exclus –, par le biais de la codécision, tout en préservant sur le papier la compétence nationale. En France, ces considérations concernent tout particulièrement les structures associatives (maisons de retraites, crèches, services d'aides à la personne) qui sont partiellement ou totalement financées par la Sécurité sociale, *via* sa politique d'action sociale.

(47) Ce principe repose sur l'accumulation d'actifs qui sont investis sur les marchés financiers.

Ces SIEG ne peuvent équilibrer leurs comptes qu'à partir des aides octroyées par les Pouvoirs publics. Une dérogation aux règles de la libre concurrence est prévue par les articles 106 § 2 et 107 § 2 du Traité sur le fonctionnement de l'UE (TFUE) ; ses conditions ont été précisées par la Cour de justice de l'UE dans son arrêt Altmark du 24 juillet 2003, puis reprises par la Commission dans le Paquet Monti-Kroes de juillet 2005. Ainsi, les aides octroyées pour compenser les charges d'un SIEG ne sont pas considérées comme des aides d'État au sens de l'art. 107 §1 TFUE si elles satisfont quatre critères cumulatifs :

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

Il n'est donc pas surprenant que la Commission soit régulièrement pressée de préciser les concepts de Service d'Intérêt Économique Général (SIEG)⁽⁴⁸⁾, notion vague qui inclut les services d'aide à la personne (aussi appelés Services Sociaux d'Intérêt Général (SSIG)). Dans une communication de 2007, elle amplifie la confusion née de la jurisprudence européenne en matière de politiques santé, qui fonde le libre accès aux systèmes de santé sur le principe économique (libéral) de la libre circulation des services. La Commission déclare donc que sous l'effet de la considération croissante des politiques de Sécurité sociale sous l'angle du marché, « *un nombre croissant d'activités exercées quotidiennement par les services sociaux entrent désormais dans le champ d'application du droit communautaire, dans la mesure où elles sont considérées comme étant de nature économique.* » De quoi nourrir les possibilités d'une intégration rampante de la Protection sociale sur les bases juridiques économiques des traités.

Le nouveau « paquet Almunia » (du nom du commissaire à la concurrence en charge – c'est illustratif – du dossier des SIEG) s'attache à confirmer l'exclusion des services d'aide aux personnes fragiles⁽⁴⁹⁾ des règles du marché et à exclure du régime des aides d'États les SIEG locaux à très faible impact sur les échanges. Il vise aussi l'extension de l'exemption hors seuil de compensation financière, déjà accordée au logement social et aux hôpitaux depuis 2005, aux SIEG relevant de la satisfaction de « besoins sociaux de base »⁽⁵⁰⁾.

La Commission peut même aller au-delà des SSIG et inclure la Sécurité sociale elle-même dans le marché intérieur, en prétendant dans le cadre du projet en cours de Directive sur les marchés publics, étendre les règles de concurrence à la sélection des organismes en charge des prestations de Sécurité sociale, alors que ces derniers sont clairement considérés comme des Services Non Économiques d'Intérêt Général. Une récente décision du Conseil y a mis bon ordre⁽⁵¹⁾.

(48) La dernière communication en date sur le sujet a eu lieu le 23 mars 2011, au sujet de la question épineuse des aides d'État.

(49) Cette limitation aux personnes fragiles ne correspond qu'imparfaitement à la vision française: à titre d'exemple, elle ne couvre pas les personnes âgées peu ou pas dépendantes qui constituent pourtant la population visée par l'Action sociale de la branche Retraite. Le considérant 33 de la directive « service » (2006/123/CE du 12 décembre 2006) annonce que la prestation d'aide à domicile pour ces personnes âgées doit être soumise aux règles de la concurrence, hypothéquant le cadre conventionnel existant entre la branche Retraite et les fédérations associatives d'aide à domicile.

(50) Cependant, la démarche de la Commission – qui prétend effectuer ces aménagements en ayant recours à son pouvoir d'application et sans faire appel à la procédure générale de co-décision à la majorité qualifiée – suscite l'opposition des parlementaires et des juristes, au motif qu'elle outrepasserait ses attributions, utilisant à tort une procédure strictement prévue pour l'application de directives déjà édictée.

(51) Sur ce sujet qui a récemment fait couler beaucoup d'encre , voir Brun (2012) ; Lamant (2012) ; Beres (2012).

2.2. *Euro-creep* et « harmonisation cognitive » : vers des sociétés européennes de marché ?

Le processus discret et constant mené par les institutions européennes dans le domaine national de la Sécurité sociale est légitimé par les principes économiques du traité – liberté de circulation des travailleurs puis des personnes, et liberté de circulation des services. L'UEM a constitué un deuxième argument par la pression budgétaire sur les finances publiques qu'implique le partage d'une monnaie unique, argument répété et entériné au niveau européen par les Conseils européens de 2011 et le vote d'un paquet « gouvernance économique ».

Il convient d'en déduire la vision des systèmes de Protection sociale qui est véhiculée par de pareilles politiques, finalement favorable au développement de marché là où il n'y en avait pas.

■ DROITS SOCIAUX ET LIBRE CIRCULATION : UNE CITOYENNETÉ EUROPÉENNE SOCIO-ÉCONOMIQUE

La citoyenneté européenne introduite par le Traité de Maastricht est avant tout une citoyenneté socio-économique – tous les nationaux de l'UE devraient avoir des droits *individuels* (et non liés à leur nationalité) aux prestations sociales. C'est en effet en couplant cette notion aux libertés de circulation que la CJUE a organisé le développement des droits sociaux au niveau européen.

L'arrêt *Kohll* fournit un exemple frappant de cette logique. M. Kohll, citoyen luxembourgeois, avait demandé à ce que sa fille reçoive un traitement dentaire en Allemagne, traitement qui sous la législation luxembourgeoise pouvait être reçu gratuitement mais exigeait une autorisation préalable de la Caisse d'Assurance maladie si ledit traitement était reçu hors du pays conformément au règlement de coordination des systèmes de Sécurité sociale. La Caisse d'assurance refusa l'autorisation au motif que ce traitement n'était pas urgent et qu'il pouvait dans tous les cas être fourni au Luxembourg. Kohll contesta la décision, la jugeant contraire à l'article 56 TFUE de la liberté des services. La CJUE lui donna raison. Dans cette perspective, l'accès à la santé est donc un service comme un autre.

Comme le souligne les juristes Damian Chalmers et autres⁽⁵²⁾, l'article 56 expose les prestations sociales à la logique du marché ; elles sont désormais considérées comme de simples transactions gouvernées par les lois qui protègent l'activité marchande. Cette orientation juridique crée une « société de marché », au sens de l'économiste Karl Polanyi : au lieu que l'économie soit intégrée dans les relations sociales, les relations sociales sont intégrées dans le système économique.

Ce raisonnement induit plusieurs évolutions conceptuelles en matière de Protection sociale :

- **Les relations sociales deviennent des relations contractuelles.** Par exemple, la fourniture d'une opération médicale n'est pas vue sous l'angle du serment d'Hippocrate (engagement du médecin à éviter la souffrance du patient, engagement du patient à faire confiance à l'expertise du médecin) : les termes de cette relation sont déterminés par les termes du contrat, et le patient choisit, en tant que client, consommateur théoriquement rationnel et informé, parmi plusieurs traitements disponibles le plus adéquat et au meilleur prix (on parle parfois de « tourisme médical » dans ce cas).

(52) Chalmers, D. (2010).

- **Une série de biens *publics* sont désormais considérés comme des biens *individuels***, qui peuvent faire l'objet de transactions. L'accès à la santé lui-même relève d'une série de droits individuels. **Les biens publics sont normalement déclinés en deux aspects : la solidarité**, qui implique que tous les membres d'une société ont un égal accès à ces biens, indépendamment de leur statut économique, et corollairement, le fait que le niveau de prestation est défini collectivement ; **la territorialité**, selon laquelle les bénéficiaires de la Protection sociale sont accordés à ceux qui résident dans un certain territoire, à l'exclusion de ceux qui résident en dehors. L'application de la libre circulation des services aux services sociaux dont la santé fragilise ces deux principes.
- **Les mécanismes du marché dans ce modèle de société n'attribuent pas une valeur égale aux besoins de chaque individu, ce qui constitue une divergence avec les principes fondateurs de la Sécurité sociale (« chacun contribue selon ses moyens, chacun bénéficie en fonction de ses besoins »)**. Un organisme de soins en situation de concurrence (privé, sans monopole) n'accordera pas la même valeur aux besoins de santé d'un pauvre qu'à celui d'un riche client. On parle de la « sélection des risques » : l'assureur privé a intérêt à augmenter le prix de sa prestation pour tous les « mauvais risques » (les sujets faibles en raison de l'âge, de leur niveau économique, de leur bilan de santé). Inversement, il y a peu d'intérêt pour les « bons risques » de contribuer financièrement à un système d'assurance qui dépense essentiellement pour les mauvais risques ; ils ont donc tendance à se détourner du système public. Ce qui crée une dynamique d'inégalité d'accès socio-économique à la Sécurité sociale selon les citoyens.

Par différence, le modèle français de Sécurité sociale repose sur un principe constitutionnel, issu de l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946 qui énonce que la Nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* ». Les mécanismes qui assurent cette universalité sont simples. En rendant obligatoire les assurances sociales de base, on empêche que les « bons risques » se détournent de ce système de Sécurité sociale. L'on déconnecte le financement du système (cotisations, impôts) du niveau de prestations (fondé sur les besoins en santé des « mauvais risques », comme des « bons ») et l'on évite que l'épargne (« sociale ») de prévoyance soit confiée à une industrie de la finance dont l'influence gagne à mesure que les dépôts « gérés » augmentent. Il s'agit d'un choix fondamental de société.

■ MÉTHODE OUVERTE DE COORDINATION ET HARMONISATION DU « MODÈLE SOCIAL EUROPÉEN »

L'*euro-creep* procède donc non seulement par la prise en compte juridique des contraintes budgétaires, mais également par transformation des représentations du social. Le moyen privilégié de cette européanisation de la représentation intellectuelle des problèmes rencontrés est la Méthode Ouverte de Coordination (MOC). Outil de gouvernance intergouvernemental reposant sur le *soft law*, elle définit des indicateurs, des lignes directrices et des évaluations articulés autour d'objectifs communs définis par les États membres. Une meilleure connaissance réciproque et la généralisation de bonnes pratiques constituent son horizon. En effet, elle ne peut guère imposer de contraintes de type *hard law*, faute de bases juridiques suffisantes des traités dans le domaine de la Protection sociale. Il ne faut cependant pas sous-estimer la gouvernance de la MOC : en dépit de son manque de poids juridique, elle semble conduire à une « *harmonisation cognitive* » (Bruno Palier) qui participe effectivement à l'européanisation des systèmes sociaux.

La MOC n'engage que la bonne volonté des États membres pour produire des politiques efficaces en réponse aux grands objectifs définis au cours de sommet européen (par exemple, apporter une solution aux chômeurs de longue durée, objectif défini au sommet de Luxembourg sur l'emploi en 1997). Pour la coordination en matière sociale, des rapports annuels portant sur résultats sont menés par le Comité de la Protection Sociale (CPS) et du Comité de la Politique Économique (CPE) (deux groupes d'experts nationaux respectivement issus des ministères des Affaires sociales et des Finances de chaque État membre, dont le secrétariat est assuré par la Commission), mais aucune sanction n'est prévue en cas de non-réalisation de ces objectifs et les engagements chiffrés sont rares... En outre ces rapports d'évaluation,

menés en coopération avec des experts nationaux, ont tendance à produire des informations biaisées sur des modèles en concurrence : « *ils sont le plus souvent résumés à des exercices d'autosatisfaction et la Commission elle-même a été contrainte d'admettre que cette évaluation était techniquement impossible* »⁽⁵³⁾. Enfin, la diversité des points de vue nationaux et le refus d'engagement trop important produit un schéma très général, reflet d'un agenda politique lui aussi très général.

Mais il faut remarquer que **cette formalisation des échanges dans un cadre commun a donné lieu à une socialisation forte des élites administratives en charge des politiques sociales**. Celles-ci se réunissent en effet pour construire un discours politique commun, dont toute la rhétorique doit s'adapter à la fois aux compromis entre 27 États membres et les directions générales de la Commission. On assiste ainsi à une synthèse politiquement orientée des représentations du social au niveau européen : « *[quelque soit leur présentation apparemment neutre, les MOC sont fondées sur une analyse particulière de la situation et des choix de combinaison entre social et économique, qui tend à être en phase avec l'idéologie du néo-libéralisme gestionnaire ambiant]* »⁽⁵⁴⁾.

L'esprit de la MOC en matière de rapprochement des systèmes de Protection sociale, c'est l'orientation vers une politique d'offre et non plus de demande. L'État-providence devrait être entré dans la logique de la compétitivité, en réduisant ses dépenses sociales et en produisant des régimes « viables », c'est-à-dire n'entraînant pas de déficits publics et pesant le moins possible sur l'activité « productive ». Les programmes sociaux pour l'emploi devraient eux se tourner vers des mesures de type *workfare*, conditionnant des aides au retour vers l'emploi.

Prenons l'exemple de la question des retraites, dont la gestion demeure une prérogative nationale mais qui joue le rôle de paramètre crucial dans les équilibres budgétaires des États membres et le fonctionnement des marchés financiers. La Commission européenne promeut un mix privé/public pour les systèmes de pensions (première dépense budgétaire en matière sociale), arguant que la crise financière, la crise des finances publiques et le vieillissement démographique mettent à mal les systèmes basés sur des prestations définies (*benefit-defined schemes*). Il faudrait donc et logiquement transférer les risques au niveau individuel avec des systèmes basés sur des contributions définies (*contribution-defined schemes*), qui déterminent le montant de la pension en fonction des résultats (forcément aléatoires) de l'épargne individuelle. Cette logique explique l'étrange exemption dont bénéficient les dépenses publiques dévolues à la montée en charge de fonds de pension obligatoire : elles sont purement et simplement « enlevées » du suivi budgétaire du Pacte de Stabilité et de Croissance. Une disparition encore plus préoccupante lorsque, comme en Hongrie, les sommes accumulées par les fonds de pension sont dans un second temps reversés au bénéfice de l'État dans le cadre d'une contre-réforme de retour à la répartition. La Commission défend donc dans les faits un modèle du système de retraite au moins partiellement capitalisé, puisque les dépenses, même publiques orientées en sa faveur ne sont pas considérées comme des charges quand elles le sont pour les systèmes de retraite par répartition. Sans revenir sur le caractère particulier d'une politique qui remet partiellement en cause l'aspect redistributif des systèmes de retraites sans répondre mieux à l'enjeu du vieillissement européen, une telle approche présente l'avantage, sur le plan technique, d'être compatible avec un renforcement de la libre circulation des capitaux, et aussi du poids de l'industrie financière dont l'actualité récente a démontré qu'elle servait parfois des objectifs différents de ceux de la Sécurité sociale en général, et de ses usagers en particulier⁽⁵⁵⁾. Cette approche est en revanche plus difficile à articuler avec le monopole des organismes d'assurance, y compris dans le domaine social. Le monopole de gestion des Caisses

(53) Barbier, J.-C. (2008), p. 90.

(54) Ibid., p. 91.

(55) Sur l'application des théories d'agence aux fonds de pension, voir : El Mekkaoui et Lavigne (2010).

publiques de répartition est donc amené à être questionné, et nous avons vu que le statut juridique flou des SIG n'est pas de nature à assurer sa protection. La promotion des soins à domicile et de l'aide informelle dans la politique européenne de la dépendance participe du même objectif de limitation du rôle de l'État-providence, ramené à la seule assistance de « filet de sécurité » pour les plus pauvres, lesquels constituent de toute façon un « mauvais risque » qui n'intéresse pas les assureurs privés.

Cette difficile conciliation révèle la difficulté de définir un « modèle social européen »⁽⁵⁶⁾ qui supposerait de s'engager dans une même voie car il ferait face aux mêmes problématiques. Car bien qu'ils partagent tous des valeurs communes, il y a tant de différences entre les systèmes de Protection sociale nationaux d'Europe que la notion de « modèle social européen » est extrêmement discutable. À titre d'exemple, on retiendra que les travaux d'Esping-Andersen⁽⁵⁷⁾ et d'André Sapir⁽⁵⁸⁾ aboutissent à non pas un, mais *quatre, voire cinq*, modèles sociaux européens.

- **Le modèle « anglo-saxon »** (Irlande, Royaume-Uni). Il vise à assurer un filet de sécurité universel et minimal pour les plus pauvres, une assistance sociale en dernier ressort quand le marché n'arrive pas à employer ces personnes et que les régimes d'assurance privée ne sont pas suffisants ou sont inexistants. La réglementation du marché du travail est peu développé, les syndicats sont faibles et la disparité des salaires élevée.
- **Le modèle continental** (comme la France, l'Allemagne, la Belgique, l'Autriche, le Luxembourg). Il implique des prestations sociales d'un montant relativement élevé et qui dépendent fortement du système d'assurances et de pensions de vieillesse, selon un principe de cotisation. La réglementation du travail est développée. C'est un système fondé sur des compromis entre État et partenaires sociaux : les syndicats demeurent puissants. Ils ont peu évolué alors même que les pressions sur le travail imposaient une fiscalisation plus importante du financement de la Protection sociale.
- **Le modèle nordique** (Danemark, Suède, Norvège, Pays-Bas). Il est fondé sur de hauts niveaux de dépenses et de prestations en Protection sociale assurant une couverture universelle, et financés par une fiscalité élevée. Des syndicats forts assurent une limitation des écarts de revenus.
- Le dernier régime identifié est **le modèle méditerranéen** (comprenant l'Espagne, la Grèce, l'Italie par exemple). Le niveau de prestations sociales reste bas, lié au fait que le système a été créé tardivement. Ces prestations moindres, concentrées sur les pensions de vieillesse, sont compensées par le rôle que jouent les réseaux familiaux en matière de Protection sociale. La réglementation de l'emploi est particulièrement développée, voire lourde.

On peut en outre s'interroger sur l'existence d'un modèle de Protection sociale est-européen. Les pays est-européens connaissent un système relativement bismarckien (forte participation des syndicats et principe de cotisations sociales), mais l'accès aux aides sociales est difficile (régime strict et court) et les prestations sont très faibles. Ils semblent ainsi se rapprocher du modèle méditerranéen. Mais les réformes les plus récentes largement soutenues par les prêts conditionnés de la Banque mondiale semblent tendre vers le modèle libéral, avec des prestations centrées sur les populations les plus vulnérables. La redéfinition des États-providence à l'Est est un processus encore inachevé, où l'on observe les régimes de Protection sociale entrer dans une logique de compétition : la fiscalité ou les cotisations sont relativement faibles et se sont atténuées pour renforcer l'attractivité des territoires, fut-ce aux dépens des autres européens. L'État social est-européen, à l'exemple des choix faits plus tôt par l'Irlande, joue de la défiscalisation compétitive pour soutenir l'attractivité du territoire et l'afflux d'Investissements Directs Étrangers (IDE).

Ces différences fondamentales de structure sont donc importantes, et renforcées par l'examen des dépenses par risque (retraite, santé, famille, chômage...). Par exemple, les États anglo-saxons européens dépensent peu en matière de retraite *publique* (11,3 % du PIB...), les États continentaux davantage (13,0 % du PIB) ; en revanche, la situation est contrastée chez les pays méditerranéens : l'Italie dépense beaucoup (16,3 %), l'Espagne peu (8,5 %)⁽⁵⁹⁾.

(56) Mis en avant dans les conclusions du Conseil de Nice de décembre 2000.

(57) Esping-Andersen, G. (1990).

(58) Sapir, A. (2005).

(59) Chiffres Eurostat 2003.

Les divergences entre systèmes européens sont donc nombreuses et font douter de l'utilité du concept de « modèle social européen ». Ce concept s'avère davantage normatif (justifiant l'application des réformes sociales communes à venir), que positif (s'appuyant sur un examen empirique), et les compétences de l'Union portant davantage sur le marché, celle-ci développe une propension naturelle à la marchandisation de la Protection sociale, laquelle oriente la réflexion européenne sur des axes plus conformes au modèle libéral.

Conclusion

L'Europe n'est pas en dehors de la Sécurité sociale : l'activité normative de la première cadre en amont, que ce soit directement ou indirectement, l'activité et l'ampleur de la seconde.

Introduire une logique de marché dans les services de Protection sociale : c'est le biais qu'ont employé les institutions européennes à la fois pour renforcer le contrôle européen de la Protection sociale, pour combler leur manque de compétence en matière de Sécurité sociale, et pour limiter les déficits des finances publiques. Ce processus d'*euro-creep* est efficace. Face aux compétences européennes introduites par l'extension considérable des attributions normatives de l'Union dans le domaine de l'économie et à un droit de la concurrence peu formaliste, les institutions nationales de Protection sociale ne sont protégées que par le statut de « services d'intérêt non économique général », qui reste insuffisamment défini.

L'*euro-creep*, qui juge de la gestion de la Sécurité sociale sous l'angle des finances publiques et de la concurrence, a donc fait de grands progrès depuis les premiers arrêts de la Cour dans le champ social. Les engagements européens actuels en matière de gouvernance économique (pacte pour l'euro plus, paquets de « gouvernance économique ») confirment cette volonté de « rentabiliser » les services sociaux, qu'on distingue de moins en moins des services en général. On va jusqu'à explicitement formaliser⁽⁶⁰⁾ des engagements en termes d'âge de départ à la retraite ou de politiques d'emploi, qui reviennent juridiquement aux États de manière exclusive. Une sorte de déplacement inquiétant des notions de solidarité, de territorialité et de contrôle du modèle de Protection sociale s'opère en direction de l'Union européenne sans que ce déplacement soit accompagné par une réelle volonté démocratique. On peut regretter également l'absence d'un contrôle européen symétrique et contraignant de l'endettement privé, aux conséquences systémiques largement démontrées par l'actualité récente.

Une telle évolution est la conséquence logique de la répartition des compétences entre les États Nations et l'Union européenne. L'UE n'ayant initialement que des compétences sur le marché, la Commission a tendance à « marchander » systématiquement ce qui relève d'autre chose, comme la Sécurité sociale. Le lent processus de rédaction du droit communautaire, qui induit l'intervention pondérée des États et

(60) Lettre de Jean-Claude Trichet à Sylvio Berlusconi, 5 août 2011.

des parlementaires, permet de corriger cette tendance dans la formulation d'un droit consensuel, mais dont le flou calculé – justement pour aboutir au consensus – reste interprétable.

Cette interprétation est confiée à des juges, chacun nommé pour le compte de son pays dans un cadre qui n'est pas moins politique que pour les Commissaires... Et dont chaque voix aura cette fois la même valeur que celle de ses confrères, sans pondération.

Depuis l'ouverture de l'Union à ses nouveaux États membres, dont les systèmes de Protection sociale constituent avant tout des variables d'ajustement pour une plus grande compétitivité-coût, qui peut douter que la jurisprudence protectrice mise en place dans les années 1990 sera un jour remise en cause ?

Sécuriser les services de Protection sociale, juger de leurs externalités en matière de répartition des richesses, comparer leurs frais de fonctionnement respectifs et coûts pour la collectivité à moyen terme, reconnaître la diversité des modèles sociaux des 27, éviter de mêler confusément leurs problématiques, et recentrer le problème de la dette sur les déséquilibres financiers généraux *en y incluant l'endettement privé*, constitueraient autant d'évolutions souhaitables ; en prend-on le chemin ? Il n'est pas déraisonnable, pour toutes ces raisons, d'en douter...

Aussi la Sécurité sociale gagnerait-elle à préparer sinon enrayer cette évolution prévisible, constituée d'une part d'une augmentation des flux de dossiers concernés par le droit européen (retraites coordonnées, soins perçus à l'étranger, prélèvements de cotisations sur des travailleurs détachés, modalités de passation des marchés...), et d'autre part par une immixtion croissante du droit du marché dans les procédures et le fonctionnement de la Sécurité sociale.

La préparer, sur le plan gestionnaire, passe par une bonne compréhension du droit européen, dont la correcte application suppose une politique dédiée de formation professionnelle à l'attention des techniciens, ainsi qu'une politique de répartition des flux entrants concernés. C'est d'une certaine manière le chemin pris par l'Assurance maladie des travailleurs salariés avec le Centre National des Soins à l'Étranger (CNSE) de Vannes, ou l'Assurance retraite dont les Caisses régionales sont désormais spécialisées par pays coordonné (la Carssat de Bordeaux, par exemple, est spécialisée pour les dossiers coordonnés avec l'Espagne, la Crav de Strasbourg pour les dossiers coordonnés avec l'Allemagne). C'est aussi la logique suivie par le Centre des Liaisons Européennes et Internationales de Sécurité Sociale (CLEISS), lequel a assuré plusieurs formations sur la coordination européenne à l'attention des personnels des organismes de Sécurité sociale, souvent en partenariat avec les centres de formation régionaux et le réseau universitaire « Training and Reporting on European Social Security » (TRESS).

L'enrayer implique pour la Sécurité sociale de sortir de son aspect uniquement gestionnaire, pour participer au débat européen en faveur d'une prise de position claire de l'Union dans son domaine. On a vu en effet combien l'absence de gouvernance articulée par l'Union entraînait de dégâts pour la Protection sociale en général, et pour la Sécurité sociale en particulier. Pour stopper la marchandisation des « services sociaux » (sauf à envisager une renationalisation des questions fiscales et budgétaires), une véritable puissance publique de dimension européenne est, seule, en mesure de s'opposer au grignotage par le marché. Sa mise en œuvre passe, pour la Sécurité sociale française, par une mobilisation de ses experts en faveur de décideurs européens, afin de contrer le seul argumentaire mis à leur portée sans effort... Celui de lobbies rarement favorables à l'Europe qui protège : on dit souvent à Bruxelles que sur les 15 000 lobbyistes enregistrés sur le registre de la Commission, la moitié sont américains, que la moitié de la moitié restante sont britanniques, et que sur la moitié de la moitié de la moitié restante, l'écrasante majorité sert des intérêts privés. Il

appartient donc aux experts de la Sécurité sociale d'appuyer les relais institutionnels (représentation de l'État pour le Conseil européen, Parlementaires et Directions générales favorables à une dimension sociale de l'Union, partenaires sociaux du Comité économique et social européen) susceptibles de changer la donne, en rappelant en termes techniques – et donc crédibles – les justifications économiques mais aussi politiques de la Sécurité sociale obligatoire, redistributive, sans but lucratif, pour justifier ainsi la montée en charge d'une Union que personne ne contestera : l'Europe permettant de « combiner ensemble (...) pour le bien-être de tous (...) la fraternité des hommes... » (Victor Hugo).

Bibliographie

Documents officiels des institutions européennes

Traité TFUE consolidé.
Site de la Commission européenne.
Site de la Cour de justice de l'européenne (pour la jurisprudence).
Site Europa, Coordination des systèmes de Sécurité sociale (in « Synthèses de la législation »).
Joint reports de la DG Emploi, affaires sociales et inclusion (<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=757&langId=en>).
Commission européenne, Livre blanc sur les services d'intérêt général, 12 mai 2004.

Ouvrages

Barbier J.-C.,
« La longue marche vers l'Europe sociale », *Le lien social*, PUF, 2008, p. 90.

Chalmers D., Davies G., Monti G.,
« European Union Law », Cambridge University Press, 2010.

Chevallier J.,
« Le Service public », PUF, Que sais-je ?, 2010.

Esping-Andersen G.,
« The Three Worlds of Welfare Capitalism », Princeton University Press, 1990.

Falkner G.,
« EU Social Policy in the 1990's. Towards a Corporatist Policy Community », 1998.

Supiot, A.,
« L'Esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total », Paris, Seuil, 2010.

Articles

Beres, P.,
« Sécurité sociale, la Commission européenne doit clarifier sa position une fois pour toute », *Parlement européen*, Octobre 2012, <http://www.deputes-socialistes.eu/?p=8251>

Brun, T.,
« Privatiser la Sécurité sociale, un vieux rêve de la Commission », *Politis*, Octobre 2012, <http://www.politis.fr/Privatiser-la-securite-sociale-un,19749.html>

Dougan M. et Spaventa E.,
« "Wish You Weren't Here..." New Models of Social Security in the European Union », in *Social Welfare and EU Law*, 2005.

El Mekkaoui N., Lavigne A.,
« Conflit d'agence au sein des fonds de pension privés, l'exemple américain », *Persée*, n° 51, 2000, pp. 187-205.

Filhon et al.,
« La mobilité des patients dans l'Union européenne, les enjeux de la prise de décision », in *Pratiques et Organisation des Soins*, volume 43, n° 4, octobre-décembre 2012, pp. 285 à 294.

Filhon,
« Ingénierie sociale et détachement européen », *Revue des Affaires Européennes*, 2012, pp. 115 à 131.

Filhon et al.,
« Mobilité des patients et coordination européenne », *Revue Française des Affaires Sociales*, 2012, pp. 103 à 107.

Lamant, L.,
« Bruxelles veut ouvrir la Sécurité sociale au privé », *Mediapart*, 10 octobre 2012.

Linklater Limited Partnership,
« Negotiating Europe's LBO debt mountain », <http://linklaters.com/Publications/wall-of-debt/Pages/Index.aspx>

Pellet, R.,
« L'Europe et la "privatisation des États-providence" », in *Droit social*, 2 février 2011.

Nickless, J.,
« Health care provisions and the internal market : a clear case of Euro-creep ? », seminar *Healthy public policies in Europe – Integrating health in other policies*, STAKES, 1999.

Sapir, A.,
« Globalization and the Reform of European Social Models », *Institut Bruegel*, 2005.