



HAL
open science

Protection sociale et droit de l'Union européenne: entre monopole et concurrence

Marion del Sol

► To cite this version:

Marion del Sol. Protection sociale et droit de l'Union européenne: entre monopole et concurrence. Michel Borgetto, Anne-Sophie Ginon, Frédéric Guiomard. Quelle(s) protection(s) sociale(s) demain ?, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, pp.107-125, 2016, 978-2-247-16087-7. hal-02918424

HAL Id: hal-02918424

<https://hal.science/hal-02918424>

Submitted on 24 Aug 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

PROTECTION SOCIALE ET DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE : ENTRE MONOPOLE ET CONCURRENCE

Marion DEL SOL

Professeur de droit
IODE (UMR CNRS 6262-Université de Rennes 1)

L'Union européenne ne dispose pas de compétences normatives directes pour harmoniser les systèmes de protection sociale des États membres dont les caractéristiques sont définies nationalement. Cependant, dans le champ des retraites, elle a engagé depuis une quinzaine d'années un processus de nature politique visant, à terme, à une certaine forme de convergence des systèmes nationaux vers un « modèle » à trois piliers¹. Le principal vecteur de ce processus politique étant la méthode ouverte de coordination (MOC), la « pilierisation » ne présente en théorie aucun caractère normatif. Cependant, des analyses de sociologie politique montrent que, « *progressivement, la lecture en piliers de la retraite s'est diffusée et imposée comme légitime dans les pays membres de l'Union européenne... sans que soit posée la question de sa validité* »².

Si des mécanismes relevant de la *soft law* peuvent infléchir les configurations nationales, ils n'épuisent pas l'influence que l'Union européenne exerce dans le domaine de la protection sociale. Le droit positif de l'Union européenne n'ignore pas en effet ce champ. Son influence est toutefois difficile à saisir car elle emprunte, pour l'essentiel, la voie de l'intégration négative dont l'objectif est la levée des obstacles à la libre circulation et des entraves à la réalisation d'un marché unique³. Par conséquent, c'est vers le droit positif applicable aux activités économiques qu'il convient de faire porter le regard. Cela conduit alors à interroger les liens que le droit positif de l'Union européenne tisse entre protection sociale et concurrence. L'entrée par la concurrence emporte mise en relation de la protection sociale et du marché, ce qui nécessite de mobiliser le droit de la concurrence *stricto sensu* mais également les instruments de réalisation du marché unique au premier desquels se trouvent les libertés économiques affirmées par le droit primaire (notamment la libre prestation de services).

Sur un plan juridique, au terme « *d'un cheminement subtil difficilement pénétrable pour le non-initié* »⁴, cette mise en relation emporte cohabitation. Ce cheminement conduit à deux situations schématiques que nous aborderons successivement : la protection sociale hors du marché (I) et la protection sociale dans le marché (II). La simplicité apparente de cette distinction ne doit toutefois pas tromper car l'intérêt de l'analyse se cache dans les nuances et, surtout, dans la façon dont les États mais

¹ Cette classification en piliers est utilisée par la Commission européenne afin de décrire l'architecture des systèmes de retraites. Ainsi, en 1997, dans son Livre vert sur les retraites complémentaires dans le marché unique (COM (97)283 final), la Commission considère que le premier pilier correspond à un régime de base public, le deuxième accueille les régimes professionnels fonctionnant par capitalisation, le troisième renvoyant aux dispositifs d'épargne retraite individuelle à caractère facultatif servant des rentes viagères.

² G. Coron, *Le prisme communautaire en matière de retraites : la diffusion à travers le droit européen de la théorie des piliers*, *Retraite et société* 1/2007, n° 50, pp. 250-277

³ L'intégration positive, quant à elle, repose sur des politiques communes et l'harmonisation des législations. Un des théoriciens de ce *distinguo* intégration positive / intégration négative est F. Scharpf. Voir son ouvrage (dans sa traduction française) *Gouverner l'Europe*, Presses de Sciences po, 2000, 238 p.

⁴ D. Gadbin, *Principes communautaires et régimes professionnels de retraite*, in P. Hassenteufel et S. Hennion-Moreau (dir.) « Concurrence et protection sociale en Europe », *PUR*, 2003, p. 141

également les acteurs présents dans le champ de la protection sociale font ou peuvent faire « usage de l'Europe »⁵.

I- La protection sociale hors du marché

Au terme d'une jurisprudence constante depuis de nombreuses années, les activités exclusivement sociales ne relèvent pas du droit de la concurrence (A), ce qui conduit à mettre hors marché certains dispositifs de protection sociale. Toutefois, la jurisprudence récente de la CJUE fait place à des infiltrations marchandes dont il s'agira de prendre la mesure (B).

A)- L'exclusion du marché des activités exclusivement sociales

1°) Bref retour sur la jurisprudence fondatrice

Le droit de la concurrence renvoie à un corpus de règles ayant pour finalité d'éviter que le jeu de la concurrence entre entreprises soit empêché, restreint ou faussé (art. 101§1 TFUE). La soumission à ce corpus concernant les seules entreprises, un contentieux relatif aux contours de cette notion s'est élevé devant la CJCE qui a mis la notion d'entreprise au cœur des rapports entre protection sociale et droit de la concurrence. La Cour de justice a par conséquent établi la notion communautaire d'entreprise. Pour ce faire, elle a choisi d'écarter tout critère organique ; dès lors, la nature juridique et le statut juridique de l'entité développant une activité sont indifférents pour déterminer si l'existence d'une entreprise est caractérisée au sens du droit de l'Union européenne. En revanche, elle décide de recourir à un critère fonctionnel, celui de l'activité économique, puisqu'elle s'attache aux caractéristiques de l'activité développée⁶.

La principale difficulté réside dans le fait que la jurisprudence de la Cour peine à donner une définition positive de l'activité économique. Tout au plus fait-elle référence à l'idée de marché⁷ lorsqu'elle évoque la concurrence, effective ou simplement potentielle, d'acteurs privés à but lucratif. En réalité, on assiste en général à une qualification d'entreprise par défaut : si une activité ne peut être qualifiée d'activité exclusivement sociale et donc être considérée en dehors de la sphère des échanges économiques, il s'en déduit par défaut que l'activité est de nature économique et constitue une entreprise.

Les activités exclusivement sociales n'entrent donc pas dans le champ du droit de la concurrence car, ne développant pas une activité économique, elles ne peuvent être qualifiées d'entreprise. C'est dans le domaine de la protection sociale que la notion d'activité exclusivement sociale a pris tout son relief. L'arrêt fondateur est l'arrêt *Poucet et Pistre* du 17 février 1993⁸ qui concernait des travailleurs indépendants refusant de cotiser aux caisses de sécurité sociale car ils estimaient pouvoir s'adresser librement, pour leur couverture sociale de base à caractère obligatoire, à une compagnie d'assurance privée et non subir la position dominante de la sécurité sociale. À l'occasion de ce contentieux, la CJCE affirme que sont exclus des règles du droit de la concurrence « *les organismes qui concourent à la gestion du service public de la sécurité sociale, lesquels [qui] remplissent une fonction de caractère exclusivement social* ». La justification repose pour l'essentiel sur deux éléments caractéristiques : d'une

⁵ L'expression « usage de l'Europe » est empruntée à R. Graziano Paolo *et al.*, *Usages et européanisation. De l'influence multiforme de l'Union européenne sur les réformes des systèmes nationaux de protection sociale*, Politique européenne, 2013/2 n° 40, pp. 94-118

⁶ « *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* » (CJCE *Höfner et Elser* 23 avril 1991, aff. C-41/90). Ainsi, une association peut être considérée comme une entreprise. Il en va de même d'une structure de droit public telle que l'office public allemand de placement des demandeurs d'emploi (v. arrêt *Höfner et Elser* – préc.).

⁷ CJCE *Wouters* 19 févr. 2002, aff. C-309/99 ; CJCE *Firma* 25 oct. 2011, aff. C-475/99 (« *offrir des biens et des services sur un marché donné* », pt 19).

⁸ Aff. 159/91 et 160/91

part, le fait que l'activité est fondée sur le principe de solidarité et, d'autre part, que les prestations versées sont des prestations légales et indépendantes du montant des cotisations (pt 18).

2°) Critères de l'activité exclusivement sociale

Si la finalité sociale du dispositif de protection sociale en cause est une condition préalable à la qualification qui ne pose pas problème, elle ne peut suffire car l'activité doit être exclusivement sociale. Or les critères de caractérisation n'ont pas toujours émergé avec précision de la jurisprudence de la Cour. Cela semble chose faite depuis l'arrêt *Kattner* de 2009⁹ : lorsqu'un régime d'assurance sociale présente une finalité sociale¹⁰, « *il convient encore d'examiner en particulier, d'une part, si ce régime peut être considéré comme mettant en œuvre le principe de solidarité et, d'autre part, dans quelle mesure il est soumis au contrôle de l'État, éléments qui sont susceptibles d'exclure le caractère économique d'une activité donnée* » (pt 43)¹¹.

Les mécanismes de solidarité existant au sein d'une activité constituent par conséquent des « *critères opérants* »¹². Pour qu'ils permettent d'écarter la qualification d'entreprise, encore faut-il que le régime de protection sociale intègre des éléments probants de solidarité : taux de cotisations non proportionnel au risque assuré, ce qui traduit une solidarité entre bons et mauvais risques ; compensation entre caisses avec système de péréquation des coûts et des risques ; prestations de prévention et de rééducation indépendantes de la rémunération ; non proportionnalité totale entre les cotisations acquittées et les prestations susceptibles d'être perçues, ce qui exprime une solidarité entre classes de revenus¹³.

Il convient également qu'existe un encadrement légal des cotisations et prestations matérialisant le contrôle de l'État. Mais peu importe que le système de sécurité sociale confié à des opérateurs privés la gestion de régimes obligatoires et leur accorde certaines marges de manœuvre en termes de gestion ; la nature de l'activité de ces opérateurs n'en est pas pour autant disqualifiée dès lors que le contrôle de l'État est suffisamment présent. Dans le cas d'espèce de l'arrêt *Kattner*, la Cour estime que la marge de manœuvre des caisses professionnelles « *est prévue et strictement encadrée par la loi [qui indique], d'une part, les éléments qui doivent être pris en considération pour le calcul des cotisations dues au titre du régime légal en cause au principal [montant minimal et maximal de rémunération à prendre en compte] et, d'autre part, la liste exhaustive des prestations servies au titre de ce régime ainsi que les modalités de leur octroi* » (pt 62).

3°) De quelques enseignements

La jurisprudence recourant au critère « légal », les États peuvent par conséquent faire preuve de volontarisme en faisant « usage de l'Europe ». En d'autres termes, ils peuvent confier un monopole à des organismes – de droit public ou non – sans craindre la qualification d'abus de position dominante à la condition que des éléments de solidarité significatifs irriguent, voire même structurent, l'ensemble du dispositif de protection sociale. Se trouve par là-même justifier l'obligation d'affiliation « *indispensable à l'application du principe de la solidarité ainsi qu'à l'équilibre financier desdits régimes* »¹⁴. Il s'agit là de choix politiques conduisant à mettre hors marché et en dehors du champ du droit de la concurrence des systèmes ou des régimes de protection sociale.

⁹ CJCE *Kattner Stahlbau GmbH*, 5 mars 2009, aff. C-350/07, Rec. p. I-1513

¹⁰ Ici, caisse professionnelle auprès de laquelle les entreprises relevant d'une branche d'activité et d'un territoire déterminés ont l'obligation de s'affilier au titre de l'assurance contre les accidents du travail et les maladies professionnelles.

¹¹ V. aussi CJCE *Cisal* 22 janv. 2002, aff. C-218/00

¹² L. Driguez, « Droit social et droit de la concurrence », Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 255

¹³ « *L'absence de lien direct entre les cotisations acquittées et les prestations servies implique une solidarité entre les travailleurs les mieux rémunérés et ceux qui, compte tenu de leurs faibles revenus, seraient privés d'une couverture sociale adéquate si un tel lien existait* » (arrêt *Kattner*, pt. 59).

¹⁴ CJCE *Poucet et Pistre*, préc., pt 13

Les directives « assurance » n'ont pas remis en cause cette jurisprudence malgré des tentatives émanant « des partisans du démantèlement de la Sécurité sociale [qui] invoquaient, pour contester le monopole dans l'organisation de la couverture de base, la directive n° 92/49 qui réglemente la libre prestation de services en matière d'assurance autre que sur la vie »¹⁵. Dans l'arrêt *Garcia*¹⁶, la Cour de justice estime que l'article 2§2 de ladite directive établit clairement l'exclusion de son champ d'application des organismes de sécurité sociale et des assurances et opérations qu'ils effectuent à ce titre¹⁷. Elle prend également soin de rappeler que les États membres conservent compétence pour organiser leurs systèmes de protection sociale et affirme, en substance, que les choix nationaux en faveur de régimes obligatoires fondés sur la solidarité seraient battus en brèche si la directive devait leur être appliquée dans la mesure où il en résulterait la suppression de l'obligation d'affiliation. En effet, la survie de ces régimes serait directement menacée.

En d'autres termes, la jurisprudence de la Cour de justice ouvre un espace juridique au sein duquel l'État-providence peut se développer. Dans cet espace, peut également s'exprimer l'État social, ce qui peut conduire à un choix de mise hors marché de certains dispositifs de protection sociale dont la gestion peut être déléguée à des opérateurs non publics. Cependant, à l'heure de la discipline budgétaire et de la nouvelle gouvernance économique, cet espace juridique est de fait davantage en phase de rétrécissement que d'extension.

B)- La présence « d'infiltrations marchandes »

Dans l'espace juridique de la protection sociale qui se trouve hors du champ d'application du droit de la concurrence, quelques arrêts récents de la CJUE font toutefois place à des infiltrations marchandes.

1°) Droit de la consommation et régimes légaux de sécurité sociale

Récemment, la Cour de justice a qualifié de « professionnels » les organismes chargés de la gestion d'un régime légal de sécurité sociale¹⁸. Ce faisant, elle les fait entrer dans le champ d'application de la directive sur les pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs (directive 2005/29/CE) et les contraint, notamment, à ne pas diffuser des informations trompeuses (au cas d'espèce, le site internet d'une caisse énonçait que les affiliés risquaient des désavantages financiers en cas de changement de caisse). Pour autant, on ne peut pas affirmer que la CJUE qualifie de façon générale ces organismes d'entreprises. C'est davantage la qualité de consommateur des assurés qui est déterminante de la solution et c'est davantage la qualification de « professionnel » que d'entreprise qu'il convient de souligner et ce pour l'application de la directive sur les pratiques commerciales déloyales. Autrement dit, on se trouve en présence d'une qualification relative d'entreprise qui ne produit *a priori* pas d'effet en dehors du champ d'application de la directive. Dès lors, « l'infiltration marchande » doit être circonscrite et n'emporte absolument pas remise en cause de la qualification d'activité exclusivement sociale et de la non-application du droit de la concurrence.

2°) Libre prestation des services et régimes légaux de sécurité sociale

Les régimes légaux de sécurité sociale se trouvent hors du champ du droit de la concurrence. Pour autant, les principes du droit de l'Union européenne inscrits dans les traités doivent être respectés par les

¹⁵ J.-P. Lhernould, *Le monopole des organismes de protection sociale (encore) à l'épreuve du droit communautaire de la concurrence*, JCP G 2000, II, 10325

¹⁶ CJCE *José Garcia c/ Mutuelle de prévoyance sociale d'Aquitaine*, 26 mars 1996, aff. C-238/94, Rec. I-01673

¹⁷ Pour une application du même raisonnement par le juge national, voir Civ. 2 25 avril 2013, n°12-13234. Voir J.-P. Lhernould, *Les caisses assurant la gestion du régime des travailleurs non salariés non agricoles ne sont pas des entreprises au sens du traité CE*, JCP S 2007.1475

¹⁸ CJUE *BKK Mobil Oil Körperschaft des öffentlichen Rechts / Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs eV*, 3 oct. 2013, aff. C-59/12. V. communiqué de presse de la CJUE n° 126/13 du 3 oct. 2013

États lorsqu'ils arrêtent leurs décisions. Il en va ainsi par exemple du principe de non-discrimination. Il en va également ainsi de la libre circulation des travailleurs et de la libre circulation des citoyens européens que les États doivent respecter dans l'exercice de leur compétence en matière de sécurité sociale. Plus récemment, la Cour de justice semble être allée plus loin en mobilisant les dispositions du traité relatives à la libre prestation des services (liberté économique). Certes, ce fondement a déjà été utilisé pour les prestations de santé ou les modalités de remboursement (notamment des soins transfrontaliers). Mais il ne l'avait jamais été à l'égard d'un système d'assurances sociales, en particulier d'une des caractéristiques essentielles d'un tel système qui est le caractère obligatoire de l'affiliation. Or, dans une affaire concernant le régime légal allemand d'assurance des risques professionnels à affiliation obligatoire¹⁹, le juge met en avant la nécessité pour un tel régime d'être compatible avec les dispositions des articles 49 CE et 50 CE (devenus art. 56 et 57 TFUE), c'est-à-dire avec la libre prestation des services.

Au cas d'espèce, la Cour estime que la réglementation allemande est susceptible de constituer une restriction à la libre prestation des services. Elle invite donc la juridiction de renvoi à vérifier, d'une part, si l'affiliation obligatoire « *restreint la possibilité pour les compagnies d'assurances établies dans d'autres États membres de proposer, sur le marché du premier État membre, leurs services relatifs à l'assurance des risques concernés ou de certains de ceux-ci et, d'autre part, si elle dissuade les entreprises établies dans ce premier État membre, en tant que destinataires de services, de s'assurer auprès de telles compagnies* » (pt 77). Il s'agit de soumettre la réglementation litigieuse au double contrôle de légitimité et proportionnalité afin d'en vérifier la compatibilité avec le droit positif en matière de libre prestation des services. Cela suppose dès lors de vérifier que la restriction à la liberté de prester est justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général et est propre à garantir la réalisation de cet objectif sans aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre.

En l'occurrence, l'obligation d'affiliation « *assure le regroupement de toutes les entreprises relevant du régime concerné au sein de communautés de risques* » (pt 77). Pour la Cour, cela permet à ce régime de mettre en œuvre le principe de solidarité (financement au moyen de cotisations dont le montant n'est pas strictement proportionnel aux risques assurés et service de prestations dont la valeur n'est pas strictement proportionnelle aux cotisations). Il doit s'en déduire que le caractère obligatoire de l'affiliation « *est susceptible d'être justifié par une raison impérieuse d'intérêt général, à savoir l'objectif consistant à assurer l'équilibre financier d'une branche de la sécurité sociale, une telle obligation étant propre à garantir la réalisation de cet objectif* » (pt 88). Reste alors à vérifier la proportionnalité, ce qui conduit à l'examen du niveau²⁰ et de l'étendue de la couverture²¹ pour laquelle les entreprises supportent une obligation d'affiliation.

Sans remettre en cause la compétence des États membres pour configurer leur système de protection sociale, notamment la possibilité de mettre hors marché tout ou partie de ce système, l'arrêt

¹⁹ Obligation pour toutes les entreprises de s'affilier à la caisse professionnelle dont elles relèvent sur le plan tant matériel que géographique. CJCE *Kattner* 5 mars 2009, aff. C-350/07, pt 76. Voir L. Driguez, *Les institutions de protection sociale face au droit de la concurrence : confirmations ou inflexions ?*, RDSS 2010, p. 1048

²⁰ Sur ce point, il est constaté que le régime légal offre une couverture minimale, « *de sorte que, en dépit de l'obligation d'affiliation qu'il comporte, il est loisible aux entreprises qui en relèvent de compléter cette couverture en souscrivant des assurances supplémentaires, à supposer que celles-ci soient disponibles sur le marché. Cette circonstance constitue un facteur militant en faveur de la proportionnalité d'un régime légal d'assurance* » (pt 89).

²¹ En ce qui concerne l'étendue de la couverture, « *il ne saurait être exclu que [...], si l'obligation d'affiliation devait être restreinte uniquement à certaines prestations, telles que celles découlant de l'objectif de prévention, [...] des entreprises employant, par exemple, un personnel jeune et en bonne santé exerçant des activités qui ne sont pas dangereuses rechercheraient des conditions d'assurance plus avantageuses auprès d'assureurs privés. Or, le départ progressif de ces «bons» risques pourrait laisser aux caisses professionnelles une part croissante de «mauvais» risques, provoquant ainsi une hausse du coût des prestations, notamment pour les entreprises disposant d'un personnel âgé exerçant des activités dangereuses, entreprises auxquelles lesdites caisses ne pourraient plus proposer de prestations à un coût acceptable. Il en serait d'autant plus ainsi lorsque [...] le régime légal d'assurance concerné, en ce qu'il met en œuvre le principe de solidarité, se caractérise notamment par l'absence de lien strictement proportionnel entre les cotisations et les risques assurés* » (pt 90).

Kattner appelle les législateurs nationaux au respect du droit communautaire. Or la libre prestation des services affirmée par le traité constitue un des éléments de ce droit communautaire se trouvant en proximité des systèmes d'assurances sociales.

II- La protection sociale dans le marché

Le cantonnement de l'espace « hors marché » conduit à un déport vers d'autres espaces juridiques se trouvant, quant à eux, dans le marché. Les acteurs et les activités de protection sociale (hors activités exclusivement sociales, v. *supra*) doivent s'inscrire par conséquent dans un environnement juridique reposant sur les logiques du marché intérieur²². Cet environnement est avant tout sous-tendu par une logique économique. Cependant, afin de prendre en considération des exigences sociales, des modalités particulières d'aménagement des règles du marché sont mobilisables²³. Existence donc des espaces ouverts à la concurrence au sein desquels des objectifs de protection sociale à forte dimension collective peuvent se déployer tant à l'initiative des États – en qualité d'incitateur et/ou régulateur – que des partenaires sociaux²⁴. Ce déploiement passe par la mobilisation des instruments sociaux du droit de la concurrence prévus aux articles 106 et 107 TFUE. Ainsi, dans le champ du droit de la concurrence, « *la contradiction entre le marché et les exigences sociales n'est pas gérée au stade de la qualification de l'activité concernée* »²⁵ (A). Au stade de la justification, c'est alors le critère de solidarité qui retient l'attention en tant que cause justificative des aménagements aux règles de la concurrence (B). Mais, au-delà du droit de la concurrence, la conformité avec les libertés économiques inscrites dans le droit primaire de l'Union européenne doit également être vérifiée (C).

A)- L'existence d'instruments sociaux du droit de la concurrence

La contradiction entre le marché et les exigences sociales n'est pas ignorée du droit européen de la concurrence. Cela résulte principalement du « logiciel » ordo-libéral d'inspiration allemande qui le sous-tend et en a inspiré la construction²⁶. Fondé sur l'économie de marché, ce logiciel qui correspond à « *une voie moyenne fondée sur la recherche d'une dynamique fondée sur la liberté des acteurs, un certain équilibre social et une intervention publique qui fixe les règles et gomme les excès toujours possibles de l'exercice de la liberté économique* »²⁷.

Le reflet de cette inspiration ordo-libérale se trouve dans les instruments sociaux insérés dans le droit de la concurrence de l'Union européenne que sont les dérogations concernant les aides étatiques et les services d'intérêt économique général. L'utilisation de ces instruments permet d'infléchir le jeu du marché et, à certaines conditions, d'instiller de la solidarité au cœur de ce marché. Encore faut-il que les aménagements envisagés soient euro-compatibles. Autrement dit, dans la limite de cette euro-compatibilité, les acteurs étatiques mais également les partenaires sociaux à l'occasion de la négociation d'accords collectifs de protection sociale peuvent faire un usage social de l'Europe du marché.

²² P. Laigre, *L'intrusion du droit communautaire de la concurrence dans le champ de la protection sociale*, *Dr. soc.* n° 1/1996, pp. 82-90

²³ Cette contribution n'abordera pas en revanche le cadre juridique applicable aux entreprises développant une activité d'assurance. Ce cadre juridique, partagé par toutes les entreprises d'assurance quelle que soit leur nature juridique, a été façonné sous la double influence des directives assurance et du droit de la concurrence. Voir M. Del Sol, *La construction juridique du marché de l'assurance santé en Europe*, RDSS n° 2/2011, pp. 197-209

²⁴ M. Del Sol, *Droit européen et protection sociale négociée : mesure de l'autonomie des partenaires sociaux*, in P. Turquet (dir.), « La crise de la protection sociale en Europe. Adaptation ou refondation », Éd. PUR, 2015, pp. 95-105

²⁵ L. Driguez, « Droit social et droit de la concurrence », Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 611

²⁶ F. Denord, *Néo-libéralisme et « économie sociale de marché » : les origines intellectuelles de la politique européenne de la concurrence (1930-1950)*, *Histoire, économie & société* n° 1/2008, pp. 23-33.

²⁷ E. Bussière, *Conclusion*, *Histoire, économie & société* n° 1/2008, pp. 103-105

Ainsi, l'article 106§2 TFUE permet-il l'instauration de restrictions aux règles du marché pour les « *entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général* » ; mais encore importe-t-il que les restrictions aux règles de concurrence soient limitées à ce qui est strictement nécessaire pour mener à bien la mission d'intérêt économique général. La porte est également ouverte à l'octroi d'avantages sélectifs, notamment des aides étatiques, qui sont des moyens de contraindre par exemple les entreprises à fournir leurs produits de façon contrariée par rapport aux seules exigences du marché (par exemple pour corriger les inégalités d'accès à certains biens et services)²⁸.

Si ces instruments offrent de réelles opportunités d'aménagement des règles de concurrence à des fins sociales, leur mobilisation par les acteurs, publics ou privés, n'en demeure pas moins compliquée. Le cadre juridique institué est en effet source d'incertitude et ne permet pas nécessairement de savoir *a priori* si le dispositif institué est conforme aux exigences des articles 106 ou 107 TFUE. En effet, l'équilibre recherché entre « *les impératifs sociaux d'intérêt général et le respect des règles concurrentielles [...] repose [...] sur un compromis dont la justification doit sans cesse être exprimée, expliquée et qui est susceptible d'évolutions* »²⁹. En d'autres termes, les aménagements envisagés doivent satisfaire au « *test de la légalité concurrentielle* »³⁰. Qui plus est la marge de manœuvre des acteurs est également fortement contrainte par l'appréciation que les instances supranationales porteront sur la pertinence des moyens mis en œuvre pour satisfaire l'intérêt général et privilégier une démarche à caractère social.

Comme le synthétise fort bien un auteur, « *l'incertitude juridique et l'indétermination des qualifications communautaires des notions de « service d'intérêt général » (SIG) et de « service économique d'intérêt général » (SIEG) tendent à menacer la qualité et l'accessibilité de ces catégories de services, en laissant les collectivités territoriales, les opérateurs du secteur privé et les acteurs de l'économie sociale qui offrent ces prestations face à une insécurité normative qui ne stimule pas l'exercice de ces activités* »³¹.

B)- La solidarité, cause justificative des aménagements aux règles de la concurrence

Dans le champ de la protection sociale, l'instrument social du droit de la concurrence principalement utilisé est le service économique d'intérêt général (SIEG). C'est au travers de deux types de dispositifs que les décideurs publics ou privés peuvent inscrire leur démarche dans le cadre du SIEG : l'octroi d'avantages sélectifs, voire exclusifs, accordés à certains opérateurs gestionnaires (2°) mais également l'instauration d'obligations « indifférenciées » imposées à l'ensemble des opérateurs présents sur un même marché (1°).

1°) Obligations imposées à l'ensemble des opérateurs d'un même marché

Les pouvoirs publics, parfois à la demande des partenaires sociaux, peuvent instaurer des obligations visant à aménager le libre jeu de la concurrence qui pourrait s'avérer socialement dangereux.

²⁸ Pour que ces avantages ne constituent pas des aides prohibées, il importe de vérifier le respect d'un certain nombre de conditions : des obligations de service public clairement définies, des paramètres de calcul de la compensation de service public préalablement déterminés de façon objective et transparente, une compensation limitée à ce qui est nécessaire pour couvrir les charges liées aux obligations de service public S'y ajoute une condition relative aux modalités de sélection des entreprises « bénéficiaires ».

²⁹ L. Driguez, *Les clauses de désignation d'organismes de prévoyance à l'épreuve du droit de la concurrence*, in J.-L. Gillet, D. Loriferne et X. Prétot (dir.), « Assurance et protection sociale », Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2011, p. 199

³⁰ Expression empruntée à L. Driguez, « Droit social et droit de la concurrence », Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 266

³¹ M. Bosio, *Les services sociaux dans le marché intérieur : à la frontière entre compétitivité et solidarité*, Revue française des affaires sociales n° 1/2012/1, p. 134

La mobilisation des instruments sociaux du droit de la concurrence peut traduire une volonté de régulation de la part de l'État et, par là-même, une autre forme d'intervention de l'État social. La jurisprudence européenne est toutefois quasi inexistante sur cette hypothèse. Une illustration relative au risque maladie peut toutefois utilement être évoquée. Il s'agit de l'arrêt *Bupa*³² dans le cadre duquel le Tribunal de première instance de l'Union européenne a eu à déterminer si le système irlandais de péréquation – ou d'égalisation des risques – institué entre les assureurs présents sur le marché de l'assurance maladie privée pouvait être qualifié de mission de service d'intérêt économique général. En l'espèce, les assureurs étant redevables ou bénéficiaires d'une redevance en fonction de leur profil de risque par rapport au profil de risque moyen.

Le juge considère que l'attribution d'une mission de service d'intérêt économique général peut conduire un État à imposer une obligation à tous les opérateurs présents sur un marché et ne prend donc pas nécessairement la forme d'un avantage exclusif pour certains d'entre eux. De plus, sur le fond, le Tribunal affirme que la Commission a pu valablement considérer que, « *dans un marché de l'AMP [assurance maladie privée] soumis à la tarification commune, à l'adhésion ouverte et à la couverture à vie, il existe, sans mécanisme d'égalisation des risques, une incitation des assureurs à sélectionner les risques favorables afin de pouvoir offrir les services AMP à des prix plus avantageux à l'ensemble des assurés ou de pouvoir réaliser des profits plus élevés que ceux des assureurs AMP concurrents* » (pt. 279)³³ ; il y avait donc un danger potentiel de sélection active des risques.

2°) Avantages sélectifs ou exclusifs en faveur de certains opérateurs

L'article 106§2 TFUE permet l'instauration de restrictions aux règles du marché pour les « *entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général* ». Dans ce cadre, un droit spécial, voire exclusif, conféré à un opérateur est un des instruments devant lui permettre d'accomplir une mission de service d'intérêt économique général (SIEG). Ainsi, un monopole (ou droit exclusif de gestion) peut se justifier dès lors que les contraintes « sociales » pesant sur l'opérateur rendent son service moins compétitif que celui fourni par ses concurrents. De telles contraintes peuvent donc légitimer que le libre jeu du marché soit contrarié.

Octroi d'un monopole de gestion. Le contentieux européen relatif aux SIEG dans le champ de la protection sociale nous enseigne que la justification réside quasi exclusivement dans les éléments de solidarité qui sont imposés aux opérateurs gestionnaires des régimes institués. En effet, il est le plus souvent avancé que, lorsque le régime se caractérise par un degré de solidarité imposant des obligations fortes à l'opérateur gestionnaire, le service fourni par celui-ci ne peut l'être au même prix que celui d'autres opérateurs ne supportant pas les mêmes contraintes. En d'autres termes, l'opérateur est moins compétitif car la solidarité a un coût.

Les arrêts *Albany* (fonds de pension sectoriel néerlandais) et *AG2R* (régime « frais de santé » de la branche de la boulangerie artisanale en France) illustrent de façon topique ce raisonnement³⁴. Dans l'affaire *Albany*³⁵, le régime sectoriel de pension complémentaire géré exclusivement par un fonds de pension se caractérisait, selon les propres termes de la Cour, par un degré élevé de solidarité en raison,

³² TPICE 12 févr. 2008, *Bupa c/ Commission*, aff. T-289 – JO C 79/48 29 mars 2008, p.25 ; Europe n° 4, avril 2008, comm. 123, obs. L. Driguez

³³ La situation « *était susceptible de créer une spirale vicieuse et de déstabiliser ainsi l'équilibre et le fonctionnement du marché d'AMP à tarification commune dans la mesure où les assureurs AMP à profil de risque favorable seraient capables d'attirer de plus en plus de clients jeunes et en bonne santé pour ainsi améliorer davantage leur profil de risque, alors que les assureurs AMP à profil de risque défavorable se verraient de plus en plus soumis à une pression financière en raison du déséquilibre croissant entre les primes et les coûts occasionnés par les demandes de remboursement d'un grand nombre d'affiliés âgés et en mauvaise santé* » (pt 278).

³⁴ Voir aussi CJCE, gde ch., 15 juill. 2010 *Commission c/ Allemagne*, aff. C-271-08, Rec. p. I-07091

³⁵ CJCE 21 sept. 1999 *Albany*, aff. C-67/96, Rec. p. I-05751

notamment, de l'indépendance des cotisations par rapport au risque, de l'obligation d'accepter tous les travailleurs sans examen médical préalable, de la continuation de la constitution de la pension en dispense de versement des cotisations en cas d'incapacité de travail mais également de la prise en charge par le fonds de l'arriéré de cotisations dû par l'employeur en cas de faillite de ce dernier. Pour le juge, « *la suppression du droit exclusif conféré au fonds pourrait aboutir à l'impossibilité pour ce fonds d'accomplir les missions d'intérêt économique général qui lui ont été imparties dans des conditions économiquement acceptables et mettre en péril son équilibre financier* » (pt 111). En effet, cette suppression permettrait aux entreprises à « bons risques » (personnel jeune et en bonne santé) d'obtenir des conditions d'assurance plus avantageuses auprès d'assureurs privés, laissant au fonds sectoriel « *la gestion d'une part croissante de « mauvais » risques* » [entreprises ayant des effectifs plus âgés et/ou des activités dangereuses], *provoquant ainsi une hausse du coût des pensions des travailleurs... auxquels le fonds ne pourrait plus proposer de pensions à un coût acceptable* » (pt 108). Dès lors, la fonction sociale de ce régime de pension complémentaire, essentielle au regard des faibles pensions servies par le régime de base à caractère obligatoire, serait mise à mal puisque l'équilibre financier du fonds serait menacé et, avec lui, la réalisation de la mission d'intérêt économique général.

L'arrêt *AG2R*, rendu par la CJUE le 3 mars 2011³⁶, concernait un accord collectif conclu dans la branche de la boulangerie artisanale, accord instituant un régime obligatoire « frais de santé » et en confiant la gestion à l'AG2R par ce que l'on appelle une clause de désignation, complétée par une clause de « migration »³⁷. La CJUE a été amenée à s'interroger sur la compatibilité de la situation dans laquelle se trouve l'AG2R avec l'article 102 TFUE (interdiction des abus de position dominante), lu en combinaison avec l'article 106 TFUE qui permet l'instauration de restrictions aux règles du marché pour les « *entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général* ». Au regard de la position dominante que confèrent à l'AG2R les droits exclusifs de gestion qui lui sont accordés par l'accord collectif, il s'est agi de s'interroger sur le point de savoir si une telle exclusivité peut se justifier par la gestion d'un service d'intérêt économique général, ce qui rendrait ces avantages euro-compatibles sur le fondement de l'article 106§2 TFUE. Depuis la jurisprudence *Albany*, l'on sait que, dans un secteur professionnel donné, un monopole de gestion peut être accordé à un organisme, en raison des contraintes « sociales »³⁸ que l'organisme doit supporter et qui représentent un coût susceptible de le rendre moins compétitif par rapport aux autres opérateurs présents sur le marché. La légitimation du monopole passe alors par la caractérisation d'un degré élevé de solidarité. Pour autant, dans l'affaire *AG2R*, la CJUE ne prend pas position sur la qualification³⁹ mais donne une sorte de grille d'analyse. Elle laisse ainsi entendre que l'octroi d'un droit exclusif en faveur de l'AG2R se justifie par le risque de défection de la part d'entreprises à sinistralité moindre et par la conséquence corrélative que cet opérateur en viendrait à avoir en portefeuille « *une part croissante de "mauvais risques" [...] qui provoquerait une hausse du coût des garanties, de sorte que [l'organisme désigné] ne pourrait plus proposer une couverture de même qualité à un prix acceptable* » (pt 77). Par conséquent, la Cour semble *a contrario* considérer qu'une dispense d'affiliation serait une menace pour la mutualisation des risques que la clause de désignation cherche à organiser et ce en raison d'un possible phénomène de sélection adverse (ou anti sélection). Ainsi, elle entendrait que les entreprises n'aient pas juridiquement la faculté de « résister » ; en d'autres termes, les

³⁶ CJUE 3 mars 2011 *AG2R Prévoyance c/ Beaudout Père et Fils SARL*, aff. C-437/09. Pour des commentaires de cette décision, voir M. Del Sol, *L'euro-compatibilité des clauses conventionnelles d'affiliation obligatoire à d'un organisme d'assurance*, *Lexbase*, éd. sociale n° 433 du 24 mars 2011 ; F. Wismer et J. de Calbiac, *Prévoyance d'entreprise, convention collective et droit communautaire*, Semaine Sociale Lamy, 14 mars 2011, n° 1483, pp. 11-12

³⁷ C'est d'ailleurs cette clause de « migration » qui se trouve à l'origine du contentieux national. En effet, un artisan boulanger disposant déjà d'un contrat d'assurance « frais de santé » pour ses salariés a refusé de le dénoncer et de rejoindre l'AG2R, l'assureur désigné par les partenaires sociaux de branche. S'en sont suivis un contentieux initié par l'AG2R et une question préjudicielle posée à la CJUE par la juridiction nationale saisie en première instance (TGI de Périgueux).

³⁸ Il importe qu'un objectif social soit caractérisé, ce qui est rarement discutable et discuté s'agissant de l'instauration d'avantages de protection sociale au profit de travailleurs salariés.

³⁹ Elle n'avait pas à le faire puisqu'il s'agissait d'une question préjudicielle. Elle renvoie à la juridiction nationale le soin de qualifier juridiquement la situation contentieuse.

restrictions aux règles de concurrence emportées par les clauses de désignation assorties d'une obligation de migration seraient nécessaires pour mener à bien la mission d'intérêt général.

Dans le champ de la protection sociale d'origine professionnelle, cet arrêt est fort intéressant car il montre très explicitement que les partenaires sociaux ne disposent pas « *de blanc-seing général... qui leur permettrait une désignation d'une institution* »⁴⁰. Autrement dit, le jeu de la libre concurrence peut être aménagé par voie conventionnelle mais encore faut-il justifier de la pertinence de l'aménagement retenu : « *un monopole se mérite* »⁴¹, ce qui signifie plus précisément que la position dominante accordée à un organisme gestionnaire doit s'avérer nécessaire pour mener à bien des activités marquées par un degré élevé de solidarité. Le véritable enjeu se situe à ce niveau : dans l'accord collectif, il devient dès lors pertinent – voire indispensable – d'établir et d'expliquer les éléments de solidarité.

Dans l'arrêt *AG2R*, la Cour fait référence à plusieurs éléments : financement par des cotisations d'un montant forfaitaire conduisant à ce que le taux ne soit pas proportionnel au risque assuré et donc à ce que l'âge, l'état de santé ou les risques particuliers inhérents au poste de travail occupé ne soient pas pris en considération⁴² ; nature des prestations et étendue de la couverture non proportionnelles au montant des cotisations versées ; existence de droits « gratuits », non directement contributifs (par exemple, maintien temporaire de la couverture après rupture du contrat ou décès du salarié). À notre sens, d'autres éléments pourraient être ajoutés pour justifier un tel monopole tels que la mise en place d'une action sociale ou encore des actions « fortes » de prévention qui représentent des avantages non contributifs⁴³.

Octroi d'avantages sélectifs en faveur de certains opérateurs. En France, le débat s'est déplacé des clauses de désignation vers les clauses de recommandation puisqu'à l'occasion de l'adoption de la loi du 14 juin 2013 dite de sécurisation de l'emploi, le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnelles les clauses de désignation en ce qu'elles portent atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle⁴⁴.

De façon certes non explicite, le nouveau dispositif mis en place montre « l'usage de l'Europe » fait par les pouvoirs publics français qui mobilisent les instruments sociaux du droit de la concurrence. Le nouvel article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale subordonne le recours à une clause de recommandation au contenu de l'accord collectif. Ce recours est en effet rendu possible sous réserve que l'accord prévoie « *l'institution de garanties collectives présentant un degré élevé de solidarité [...]* ». Il s'agit de conditionner l'utilisation de la recommandation à l'instauration, non d'une simple couverture, mais d'un véritable régime collectif structuré autour d'un « degré élevé de solidarité ». Ce faisant, les pouvoirs publics s'inspirent de la jurisprudence développée par la CJUE concernant l'octroi, par les partenaires sociaux ou l'État, d'un droit exclusif de gestion d'un régime de protection sociale « complémentaire » (v. *supra*). Ainsi, l'article L. 912-1-I du Code de la sécurité sociale précise que, au titre du degré élevé de solidarité, les garanties collectives comprennent « *des prestations à caractère non directement contributif,*

⁴⁰ F. Kessler., *Les modalités de désignation d'organismes assureurs de prévoyance collective devant la Cour de cassation : circulez, il n'y a rien à discuter*, RDSS 2013, pp. 144-157

⁴¹ Expression empruntée à S. Hennion, *Chronique de protection sociale d'entreprise*, Semaine Sociale Lamy, 27 juin 2011, n° 1498, p. 7

⁴² En d'autres termes, la tarification n'est pas déterminée en fonction de la sinistralité de chaque salarié.

⁴³ Pour une illustration concernant la protection sociale complémentaire des fonctionnaires en France, voir M. Del Sol, *Europe et Mutualité : une influence à sens unique ?*, RDSS n° 3/2009, pp. 410-421 ; F. Muller, *Les mutuelles dans la tourmente de la concurrence*, RDSS n° 06/2006, pp. 828-842

⁴⁴ L'invalidation n'intervient pas sur le fondement de la libre concurrence car elle n'a pas valeur constitutionnelle en France (décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013). Cependant, on peut noter que l'Autorité de la concurrence estime que le mécanisme de désignation est « *la modalité la moins favorable au dynamisme de la concurrence* » et qu'il ne devrait y être recouru que de façon très exceptionnelle et sous réserve qu'il y ait co-désignation d'organismes relevant de familles différentes (avis n° 13-A-11 du 29 mars 2013 relatif aux effets sur la concurrence de la généralisation de la couverture complémentaire collective des salariés en matière de prévoyance).

pouvant notamment prendre la forme d'une prise en charge partielle ou totale de la cotisation pour certains salariés ou anciens salariés, d'une politique de prévention ou de prestations d'action sociale »⁴⁵.

C)- Les libertés économiques, limites aux instruments sociaux du droit de la concurrence ?

Dans la jurisprudence, les rapports entre protection sociale et marché sont abordés pour l'essentiel au prisme du droit européen de la concurrence et de la notion de service économique d'intérêt général. Le débat se focalise alors sur le degré de solidarité du dispositif de protection sociale en cause permettant, ou non, de justifier un aménagement des règles du droit de la concurrence. Mais un questionnement nouveau semble poindre, celui de l'éventuelle interférence des libertés économiques. En d'autres termes, si les instruments sociaux du droit de la concurrence ouvrent des possibilités d'aménagement des règles de la concurrence à des fins sociales sous condition d'un degré élevé de solidarité, leur utilisation peut se « heurter » à la libre prestation des services, ce qui pourrait *in fine* limiter assez substantiellement les marges de manœuvre en matière de SIEG.

1°) Les prémices jurisprudentielles

Un arrêt récent, statuant sur deux affaires jointes (dont l'une est un prolongement contentieux de l'affaire *AG2R*⁴⁶), est au cœur de ce questionnement⁴⁷. Le Conseil d'État a saisi la CJUE d'une question préjudicielle afin de savoir si le respect de l'obligation de transparence en matière de services, qui découle de l'article 56 TFUE, est une condition préalable obligatoire à l'extension, par un État membre, à l'ensemble des entreprises d'une branche d'un accord collectif confiant à un unique opérateur, choisi par les partenaires sociaux, la gestion d'un régime de prévoyance complémentaire obligatoire institué au profit des salariés. À cette question, la Cour de justice apporte une réponse positive et invite les juges nationaux à apprécier si, dans un contexte tel que celui des deux affaires, la procédure de sélection des organismes assureurs des régimes de prévoyance en question a été suffisamment transparente du point de vue de la libre prestation des services pour justifier les extensions en cause. Pour autant, l'apport de cet arrêt ne peut être réduit à l'exigence d'une simple condition procédurale du processus d'octroi d'un monopole de gestion. En perspective de deux décisions antérieures – les arrêts *Kattner* (préc.) et *Commission c/ Allemagne*⁴⁸ –, la décision de décembre 2015 peut être analysée comme une interférence des libertés économiques, tout spécialement de la libre prestation des services, dans le champ des SIEG.

Comme le souligne le juge en 2015, la décision d'extension conférant à l'organisme gestionnaire désigné par les partenaires sociaux un droit exclusif a un effet d'exclusion à l'égard des opérateurs établis dans d'autres États membres et qui seraient potentiellement intéressés par l'exercice de cette activité de gestion (pt 34). Le débat est bien porté dans le champ du marché intérieur et des libertés économiques en permettant la réalisation tout comme il l'avait été en 2010 dans l'arrêt *Commission c/ Allemagne*. Cette affaire concernait la mise en place par négociation collective, dans la fonction publique communale, d'une sorte de système d'épargne retraite consistant à consacrer des éléments de rémunération à la constitution de droits de retraite complémentaire ; à cette occasion, il a été reproché le non-respect des directives relatives à l'application des libertés d'établissement et de prestation des services en matière de marchés publics. Et, pour la première fois, de façon explicite, la CJUE affirme que « *l'exercice du droit fondamental de négociation collective doit... être concilié avec les exigences découlant des libertés protégées par le traité FUE* » (pt 44). Cette exigence la conduit au cas d'espèce à sanctionner le non-

⁴⁵ Voir les articles R. 912-1 et 912-2 CSS issus du décret n° 2914-1498 du 11 décembre 2014 relatif aux garanties collectives présentant le degré élevé de solidarité mentionné à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, *JO* du 13 déc., p. 20901

⁴⁶ J. Barthélémy, *Régime professionnel de prévoyance et libre prestation de services*, *Sem. Soc. Lamy* 2012, n° 1553, p. 5

⁴⁷ CJUE 17 déc. 2015 *Union des syndicats de l'immobilier (UNIS) c/ Ministre du Travail et a.* (aff. C-25/14) et *Beaudout Père et Fils SARL c/ Ministre du Travail et a.* (aff. C-26/4)

⁴⁸ CJUE 15 juill. 2010, aff. C-271/08. Voir J.-F. Akandji-Kombé, *Négociation collective et marché intérieur : la CJUE franchit-elle un cap ?*, *Sem. Soc. Lamy* 2010, n° 1463, p. 5 ; L. Lautrette, *Clause de désignation et appel d'offres : les enseignements de l'arrêt de la CJUE du 15 juillet 2010*, *Dr. soc.* n° 12/2010, pp. 1241-1245

respect des règles relatives à la passation des marchés publics dans la mesure où des contrats de services d'assurance vieillesse d'entreprise avaient été attribués directement, sans appel d'offre, par des employeurs publics comptant plusieurs milliers de salariés.

De même, bien que l'affaire concerne un régime obligatoire d'assurance « accident du travail-maladie professionnelle » (soit une activité exclusivement sociale donc hors des règles de concurrence, v. *supra*), il convient de faire état de l'arrêt *Kattner*⁴⁹. En effet, dans cette décision, la CJUE précise que tout régime à caractère obligatoire porte en germe une atteinte à la libre prestation des services, l'affiliation obligatoire pouvant restreindre la possibilité pour une compagnie d'assurances établie dans un autre État membre de proposer ses services mais également dissuader les entreprises de s'adresser à un prestataire étranger. La logique exprimée est sans aucun doute, voire même *a fortiori*, transposable aux régimes professionnels négociés désireux de prévoir une adhésion obligatoire des entreprises entrant dans leur champ d'application et désignant un gestionnaire unique⁵⁰.

2°) Quelques éléments d'analyse à partir de ces prémices

D'utiles enseignements peuvent être tirés de l'analyse croisée de ces décisions. Le premier concerne l'obligation de transparence, le second le caractère obligatoire du dispositif de protection sociale.

Sur l'obligation de transparence. Lorsqu'un droit exclusif de gestion est accordé à un organisme et qu'un dispositif juridique rend obligatoire le recours à ce gestionnaire (par exemple une extension par voie réglementaire d'un accord collectif tel que le connaît le droit français du travail), le respect de l'obligation de transparence découlant de l'article 56 TFUE s'impose. Cela requiert donc que « *les opérateurs potentiellement intéressés autres que celui qui a été désigné aient eu préalablement l'occasion de faire connaître leur intérêt pour assurer une telle gestion [ce qui peut permettre une offre plus avantageuse] et que la désignation de l'opérateur chargé de la gestion de ce régime complémentaire soit intervenue en toute impartialité* » (arrêt *Unis*, pt 35).

Pour autant, la CJUE n'exige pas le recours à un appel d'offres. Elle se contente de réclamer un « *degré de publicité adéquat permettant une ouverture à la concurrence et le contrôle de l'impartialité de la procédure d'attribution* » du marché (arrêt *Unis*, pt 39). Dans la mesure où cette obligation de transparence s'applique à des opérations présentant un intérêt transfrontalier certain, c'est-à-dire susceptibles objectivement d'intéresser des opérateurs économiques établis dans d'autres États membres, un des enjeux principaux concerne le caractère adéquat du processus de publicité⁵¹. Ce processus doit être à même de garantir un accès facilité de ces opérateurs à l'information relative à l'ouverture d'une procédure d'attribution d'un marché. Ici, l'intérêt transfrontalier certain dépend davantage de l'importance économique du marché (exprimé en chiffre d'affaires ou en nombre de personnes couvertes)⁵² que de l'intérêt effectif d'opérateurs étrangers à se positionner sur ce marché.

⁴⁹ CJCE 5 mars 2009 *Kattner*, aff. C-350/07, *Rec.* p. I-01521

⁵⁰ Pour une analyse réalisée avant l'arrêt de décembre 2015, J.-F. Akandji-Kombé, *Clauses de désignation et de migration en matière de prévoyance et de retraite, droit de négociation collective et liberté économique*, Dr. soc. n° 11/2013, pp. 880-886

⁵¹ Voir l'arrêt du 17 décembre 2015 qui analyse dans le détail le cadre juridique français alors applicable et conclut qu'il ne respecte pas l'obligation de transparence. Depuis, cet arrêt, une nouvelle procédure de recommandation a été instituée par la France par le décret n° 2015-13 du 8 janvier 2015 en application de l'article L. 912-1-II du Code de la sécurité sociale qui dispose que « *la recommandation [...] doit être précédée d'une procédure de mise en concurrence des organismes ou institutions concernés, dans des conditions de transparence, d'impartialité et d'égalité de traitement entre les candidats et selon des modalités prévues par décret* ».

⁵² L'arrêt évoque également comme critères pertinents le lieu géographique d'exécution du marché ou encore ses aspects techniques (pt 30).

Sur le caractère obligatoire⁵³. Si l'on admet que la logique apparue dans l'arrêt *Kattner* a vocation à s'appliquer à des dispositifs de protection sociale qui sont « dans le marché » (notamment des régimes professionnels), se pose inévitablement la question de la compatibilité d'une obligation d'affiliation pesant sur les entreprises à un organisme désigné avec la libre prestation des services. En effet, un tel dispositif soulève à la fois la question de l'accès au marché de prestataires établis dans d'autres États membres et celle des entreprises, prises en qualité de destinataires de services, de s'assurer auprès de tels prestataires. Dès lors, en application du droit positif relatif à la libre prestation de services, il convient de soumettre la situation en cause au test de la légalité concurrentielle : d'abord le test de légitimité qui, pour être satisfait, suppose l'existence d'une raison impérieuse d'intérêt général et, ensuite, le test de proportionnalité. La justification pourrait être trouvée notamment dans des considérations tenant à l'équilibre financier du régime puisque, d'un tel équilibre, dépend la pérennité d'une couverture sociale dont la nécessité peut être forte pour des raisons sociales, tout particulièrement dans des situations où la couverture de base est insuffisante pour protéger les salariés. La grille de lecture à laquelle a recours le juge dans l'arrêt *Kattner* (v. *supra*) semble tout à fait transposable ici dans la mesure où l'on se trouve confronté à des dispositifs qui reposent sur un degré élevé de solidarité justifiant, au regard du droit de la concurrence, un droit exclusif pour un opérateur.

L'article 3§2 TUE assigne à l'Union européenne l'objectif d'établir un marché intérieur et d'œuvrer « pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché⁵⁴ hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social... ». Le sens de l'économie sociale de marché consiste à « unir le principe de la liberté du marché avec celui du compromis social »⁵⁵. D'une certaine façon, l'analyse ci-dessus réalisée des rapports entre la protection sociale et le marché traduit bien cette recherche de conciliation. L'infiltration du droit de la concurrence dans le domaine juridique de la protection sociale, par l'intermédiaire de la qualification d'entreprise, est partiellement contrebalancée dans le même temps par la réception de considérations sociales par le droit de la concurrence. On peut toutefois se demander si le compromis juridiquement trouvé n'est pas menacé par les potentialités contentieuses que semble receler l'invocation des libertés économiques.

Le péril n'est peut-être pas aussi fort qu'il y paraît. Pour autant, si la conciliation entre solidarité et concurrence est une réalité juridique, il n'en reste pas moins vrai qu'elle n'acquiert d'effectivité que si existe un volontarisme des États et/ou des partenaires sociaux. Un tel volontarisme est évidemment à géométrie variable ; quand il existe, il ne peut malheureusement pas toujours se développer sereinement en raison de la complexité de la jurisprudence et de l'insécurité juridique induite par des notions imprécises pouvant donner lieu à des interprétations contradictoires. Le péril est sans doute davantage à ce niveau.

« La solidarité n'intervient qu'en défense, jamais de façon positive... La multiplication des recours tendant à faire trancher par des juges, à partir de dispositions de droit positif relativement générales, des questions de cette ampleur, a quelque chose d'inquiétant ». Ce regret et cette inquiétude, formulés par Jacques Delors en 2000⁵⁶, demeurent malheureusement d'actualité.

⁵³ J.-P. Lhernould, *Le monopole des régimes de protection sociale à l'épreuve de la jurisprudence récente de la CJUE*, Dr. soc. n° 2/2011, pp. 1265-1267

⁵⁴ P.-C. Müller-Graff, *Protection sociale et droit de la concurrence. Le concept d'économie sociale de marché issu du droit primaire de l'Union européenne*, Gazette du Palais, 3 août 2014, n° 235, p. 11

⁵⁵ E. Bussière, préc.

⁵⁶ J. Delors, Avant-propos in A. Bosco, « Vers une remise en cause des systèmes nationaux de protection sociale ? Observations sur la jurisprudence récente de la Cour de justice », Problématiques européennes, n° 7, juill. 2000