



**HAL**  
open science

## La particularité de l'application du droit de la concurrence dans le secteur des assurances

Mervan Barazi

► **To cite this version:**

Mervan Barazi. La particularité de l'application du droit de la concurrence dans le secteur des assurances. Droit. Université de La Rochelle, 2017. Français. NNT : 2017LAROD002 . tel-01753769

**HAL Id: tel-01753769**

**<https://theses.hal.science/tel-01753769>**

Submitted on 29 Mar 2018

**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.



UNIVERSITÉ DE LA ROCHELLE  
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

.....  
École doctorale : Pierre Couvrat, Droit et science politique

Laboratoire : Centre d'Études Juridiques et Politiques, (CEJEP)

**Année 2016/2017**

## **THÈSE**

Pour obtenir le grade de

**DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE LA ROCHELLE**

**Discipline : Droit privé**

Présentée et soutenue publiquement

Par

**Mervan BARAZI**

Le 10 mars 2017

**LA PARTICULARITÉ DE L'APPLICATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE DANS  
LE SECTEUR DES ASSURANCES**

Sous la direction du Professeur

**Linda ARCELIN**

Directrice de thèse

### **Jury**

**M. Luc GRYNBAUM**, Professeur à l'Université Paris-Descartes, rapporteur.

**Mme. Stéphanie HOURDEAU-BODIN**, Maître de conférences à l'Université de La Rochelle.

**M. Gérard JAZOTTES**, Professeur à l'Université de Toulouse Capitole, rapporteur.

**M. Joël MONNET**, Professeur à l'Université de Poitiers.

L'université de La Rochelle n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la thèse. Ces opinions devront être considérées comme propres à leur auteur.

## **REMERCIEMENT**

Tout d'abord, je tiens à remercier ma directrice de thèse, le professeur Madame Linda Arcelin, pour la disponibilité sans faille, les exigences scientifiques, la bienveillance et le soutien moral durant toutes ces années de thèse. Que Madame Linda Arcelin veuille bien trouver ici l'expression de notre profonde gratitude.

Je tiens également à remercier mon entourage qui en menant une lecture bien attentive nous a indiscutablement évité qu'il n'ait plus d'erreurs, de coquilles et d'autres scories.

Une pensée enfin pour ma famille, mes amis et mes camarades qui m'ont accompagné tout au long de ce chemin mouvementé et animé de la thèse.

## LISTE DES ABREVIATIONS

NB : Les numéros renvoient aux paragraphes.

ADLC .....	Autorité de la concurrence
AFF. ....	Affaire
Arch. Phil., Dr. ....	Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique
AGIRC .....	Association générale des institutions de retraites des cadres
ARROCO .....	Association des régimes de retraite complémentaire
Art. ....	Article
Bibli. de dr. de l'ent. ....	Bibliothèque de droit de l'entreprise
Bull. Ass. ....	Bulletin des assurances
Bull. Civ. ....	Bulletin civil
BOCCRF .....	Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
CA .....	Cour d'appel
Cah. Dr. Entr. ....	Cahier de droit de l'entreprise
Cass. ....	Cour de cassation
Chron. ....	Chronique
CEE .....	Communauté économique européenne
CCC. ....	Concurrence Contrat Consommation
Cf. ....	Voir, consulter
CNR .....	Conseil national de la résistance
CJCE .....	Cour de justice des communautés européennes
CJUE .....	Cour de justice de l'Union Européenne
COLL .....	Collection
Comm. ....	Commission
Comm. ....	Communication
Cons. Conc. ....	Conseil de la concurrence
Cons. CE. ....	Conseil de la communauté européenne
Cons. Const. ....	Conseil constitutionnel
Consid. ....	Considérant

D .....	Décret
D. ....	Recueil de jurisprudence Dalloz
Déc. ....	Décision
DGCCRF .....	Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
Dir. ....	Directive
Dr. adm. ....	Droit administratif
Dr. et Patri. ....	Droit et Patrimoine (Lamy)
Dr. Soc. ....	Revue de droit social
Éd .....	Édition
Ex. ....	Exemple
FFA .....	Fédération française de l'assurance
FFSA .....	Fédération française des sociétés d'assurances
IR. ....	Informations rapides de Recueil Dalloz
J. Cl. ....	Juris-Classeur – Encyclopédie
JCP .....	Juris-classeur périodique (Semaine juridique)
JCP E .....	Juris-classeur périodique, édition « Entreprise et Affaires »
JCP G .....	Juris-classeur périodique (Semaine juridique-édition générale)
Juris-classeur, Resp. civ. Et assur. ....	Juris-classeur, responsabilité civile et assurance
J.D. ....	Juris-Data
JORF .....	Journal officiel de la République française
JOUE .....	Journal officiel de l'Union européenne
L. ....	Loi
LGDJ .....	Librairie générale de droit et de jurisprudence
N° .....	Numéro
Obs. ....	Observation
OCDE .....	Organisation de coopération et de développement économique
p. ....	Page
PA .....	Petites affiches
PE. ....	Parlement européen
Préc. ....	Précisé précédemment
Pt. ....	Point
PUF. ....	Presse universitaire de France
Rapp. An. ....	Rapport annuel
RCJB .....	Revue critique de la jurisprudence Belge

RDJ .....	Revue des juristes et de sciences politiques
RDSS .....	Revue de droit sanitaire et social
Rec. ....	Recueil de la jurisprudence
Recma .....	Revue des études coopératives mutualistes et associatives
Resp. civ. et assur. ....	Responsabilité civile et assurances
Rev. Conc. Cons .....	Revue de la concurrence et de la consommation
RD transp. ....	Revue de droit des transports
Rev. Éco. Fin. ....	Revue d'économie financière
<i>Revue de l'OCDE</i> .....	Revue de l'Organisation de coopération et de développement économique
RFE. ....	Revue française d'économie
RGDA .....	Revue générale de droit des assurances
RGTA .....	Revue générale des assurances terrestres
RIDE .....	Revue internationale de droit économique
RJS .....	Revue de jurisprudence sociale
RMC. ....	Revue du marché commun et de l'union européenne
RSG .....	Revue des sciences et gestion
RTD civ .....	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com. ....	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD eur. ....	Revue trimestrielle de droit européen
Spéc. ....	Spéciale
Ss dir. ....	Sous la direction
T .....	Tome
TFUE .....	Traité sur le fonctionnement
V. ....	Voir
VOL .....	Volume

## **SOMMAIRE**

### **Partie 1. La particularité de la détermination du secteur des assurances soumis au droit de la concurrence**

#### **Titre I- Une définition ambiguë du secteur des assurances soumis aux règles de la concurrence**

Chapitre 1- La difficulté de description de la notion d'assurance

Chapitre 2- L'identification des entreprises d'assurance soumises au droit de la concurrence

#### **Titre II- Une particularité de la détermination des marchés pertinents du secteur des assurances**

Chapitre 1- La diversité des marchés matériels d'assurance

Chapitre 2- La délimitation géographique du secteur des assurances

### **Partie 2. L'adaptation des règles du droit de la concurrence au secteur des assurances**

#### **Titre I- Un contrôle approprié de comportements sur les marchés d'assurances**

Chapitre 1- Le contrôle de comportements des entreprises d'assurance

Chapitre 2- Le contrôle des comportements de l'État en matière d'assurance

#### **Titre II- Une contestation persistante de l'application du droit de la concurrence au secteur des assurances**

Chapitre 1- Les restrictions réglementaires et structurelle à la liberté économique des opérateurs d'assurance

Chapitre 2- L'effet restrictif du droit de la concurrence à la réalisation des objectifs d'intérêt général relevant du secteur des assurances



## Introduction

1. « Nous étions nombreux à croire que les compagnies d'assurances étaient toutes en concurrence et se livraient une lutte sans merci pour obtenir le plus de contrats. Il faut croire que dans le monde de l'assurance tout n'est pas aussi cruel qu'on veut bien nous le faire croire. On peut même penser que le monde de l'assurance possède deux faces : la face visible, et la face cachée. Du côté visible, on voit les assurances comme une entreprise classique qui est en concurrence avec ses concurrents. De l'autre côté, la face cachée de l'assurance : tous les assureurs – main dans la main – en train de se partager ou de se refiler des contrats d'assurances dans le dos des assurés. Même si le principe de coassurance semble à la limite de l'escroquerie car l'assuré n'est jamais au courant, il n'en demeure pas moins un moyen efficace pour que les assureurs puissent garantir tout le monde en cas de gros sinistres ou pour garantir tous les biens dans des situations à risques »<sup>1</sup>. Cette description illustre la particularité que présente le secteur des assurances au regard de la concurrence.

2. Le droit de la concurrence a, au fur et à mesure, manifesté une application particulière de ses règles à l'égard des différents opérateurs du secteur des assurances. Cette spécificité d'application n'apparaissait pas de la même manière vis-à-vis des différents opérateurs du secteur. En effet, on s'est très vite aperçu qu'au sein du secteur des assurances certains opérateurs se sont soumis aux règles du droit de la concurrence alors que d'autres ne l'étaient pas. En outre, certains organismes malgré leur influence très importante dans certaines branches de marchés d'assurance n'étaient pas considérés comme opérateurs d'assurance. Enfin, les différentes caractéristiques particulières de ce secteur n'étaient parfois pas prises en compte par les autorités compétentes dans l'application des règles du droit de la concurrence.

---

1 T. Oster, « Droit de la concurrence et assurance : l'enquête sectorielle de la Commission européenne et de l'adoption du nouveau règlement d'exemption catégorielle », *RGDA*, n° 2012-04, 1<sup>er</sup> octobre 2012, p. 959

3. Toutes ces obscurités résultant de l'application des règles de la concurrence dans le secteur des assurances nous poussent à poser la question de savoir ce qu'il faut entendre par le terme assurance et les différentes particularités qui influencent sa soumission aux règles du droit de la concurrence.

4. Afin de comprendre le plus clairement possible l'intérêt de notre étude (III), il nous paraît nécessaire de rappeler la construction historique de l'activité de l'assurance (I) et l'émergence du droit de la concurrence (II).

### **I-L'émergence du secteur des assurances concomitamment au développement des risques**

5. Le secteur des assurances est une construction très récente. En effet, même si certaines formes d'opérations financières pratiquées dans l'histoire présentaient, sur certains points, une similarité à l'activité de l'assurance (A), ce n'est qu'au milieu du XVII<sup>e</sup> siècle que les premières entreprises d'assurance ont commencé à voir le jour (B). Toutefois, l'assurance dans sa forme actuelle ne s'est développée qu'à partir de la fin de la Seconde guerre mondiale (C).

### **A-La prévention et la réparation des dommages à l'époque de l'antiquité et de moyens âges**

6. En se plongeant dans l'histoire, l'assurance n'était pas connue sous la même forme que celle connue de nos jours. Le crédit et l'assistance mutuelle ont bien été utilisés comme une forme d'assurance dans certains domaines d'activité. La civilisation sumérienne connaissait à la fois ces deux types d'opérations garantissant la perte des denrées transportées par caravane. Quant à l'Empire romain, les autorités publiques ont mis en place une garantie au profit des armateurs transportant armes et vivres aux colonies contre les risques de naufrage et de prise par l'ennemi. Après la récession économique accompagnant la forte baisse des échanges commerciaux suivant la chute de l'empire romain d'Occident, le prêt à la grosse aventure, forme de crédit aléatoire<sup>2</sup>, est né au XIII<sup>e</sup> siècle avec la reprise et la renaissance des échanges économiques et commerciaux. Mais les taux élevés d'intérêts de l'ordre de 30 % à 40 % du crédit à la grosse aventure ont conduit l'Église romaine à interdire cette pratique financière en la considérant comme usuraire.

---

2 Dans cette forme de crédit, l'emprunteur ne rembourse la somme prêtée que s'il est en mesure de revendre avec le profit escompté les marchandises transportées données en gage, c'est-à-dire si elles arrivent à bon port : J. Bigot ss dir., J.-L. Bellando, M. Hagopian, J. Moreau, G. Parleani, *Traité du Droit des assurances, Entreprises et Organisations d'Assurance*, Tome 1, Paris, L.G.D.J. 2<sup>e</sup> édition, 1996, p. 7.

7. En réaction à cette prohibition, les banquiers se sont par la suite efforcés en proposant un engagement à payer une somme forfaitaire aux propriétaires de navires ou de marchandises en cas de naufrage, de piraterie ou de prise de guerre en contrepartie de paiement d'une somme forfaitaire appelée « *praemium* » (récompense), le prix de risque, en fonction des caractéristiques du navire, de la cargaison et du voyage<sup>3</sup>. Puis les premières entreprises d'assurance maritime, au sens strict du terme, ont vu le jour en Angleterre après la signature par Elizabeth 1<sup>er</sup>, en 1660, de l'« *Acte of Court of Assurances* ». Malgré la codification par ordonnance de Colbert en 1681 de toutes les activités du commerce et de l'assurance maritime, la France resta en retard par rapport à l'Angleterre, l'Espagne et l'Italie<sup>4</sup>. Cependant, si l'ensemble de ces opérations financières peuvent être assimilées à des opérations d'assurance, les juristes modernes les mettent à l'écart de la qualification d'opérations d'assurance puisqu'il leur manque, au sens moderne du terme, l'utilisation de la technique de la mutualisation des risques et la connaissance mathématique de la probabilité des risques. Les techniques de l'assurance étaient rudimentaires car l'assurance maritime s'est développée grâce à la conjugaison des nécessités du commerce maritime et de la mutualité des financiers qui remplace la mutualité des assurés par celle des assureurs. C'est pour cette raison que ces opérations ont été rattachées plutôt à des paris qu'à une opération d'assurance<sup>5</sup>.

## **B-Naissance des fondements de l'assurance à l'époque moderne**

8. Quoi qu'il en soit, l'assurance dans sa forme actuellement connue a commencé à apparaître à partir de XVII<sup>e</sup> siècle avec le développement de la technique de la mutualité et la séance actuarielle<sup>6</sup>. Elle est née par étapes progressives. Après avoir constaté l'apparition des fondements de l'assurance maritime, on a ainsi assisté à l'apparition de l'assurance terrestre et enfin l'assurance vie<sup>7</sup>.

---

3 Cf. notamment R. Rodière, *Traité général de droit maritime*, Paris, Dalloz,

4 Cf. J. Bigot ss dir., J.-L. Bellando, M. Hagopian, J. Moreau, G. Parleani, *op. cit.*, p. 10 à 14.

5 *Ibid.*, p. 8, 13.

6 « En 1657 un hollandais, Huygens, publie le (*calcul dans les jeux de hasard*), (*subjugation de l'incertitude du sort aux lois de la raison et de la géométrie*) selon la belle formule de Pascal. C'est encore un hollandais, Johan de Witt, qui aura l'idée d'en faire application à l'assurance sur la vie, dans son traité de la (*Valeur des rentes viagères par rapport aux rentes amortissables*) en faisant application de la théorie des probabilités aux opérations viagères. L'absence de tables de mortalité l'empêchera de poursuivre ses travaux. En 1693, l'astronome Edmond Halley, élabore la première table de mortalité en prenant comme sujet d'observation la population d'une ville polonaise, Breslau. En 1714 apparaît l'ouvrage du mathématicien suisse Jacques Bernouilli (*Ars conjectandi*) qui formule la loi dite des grands nombres. C'est en s'appuyant sur ces divers travaux que le mathématicien anglais Dodson publie en 1755 les tarifs d'une assurance vie entière. Ses travaux seront repris et mis en œuvre par un autre Britannique, Richard Price, qui fonde la première entreprise d'assurance vie » : J. Bigot ss dir., J.-L. Bellando, M. Hagopian, J. Moreau, G. Parleani, *op. cit.*, p. 12 et s.

7 Cf. notamment M. Chagny, L. Perdrix, *Droit des assurances*, Paris, L.G.D.J., 2 éd., 2013, p. 17.

9. L'incendie de Londres de 1666 était l'événement déclencheur du développement de l'assurance dommages ou de biens. La première entreprise d'assurance contre l'incendie, la « *Friendly Society Fire Office* » compagnie d'assurance à primes fixes, fut créée à Londres en 1684 en réaction aux immenses dommages causés par l'incendie de 1666. En France, ce n'est qu'après 100 ans que la première société d'assurance incendie « *Cie des Eaux* » fut créée par les frères Périer. Celle-ci a été rachetée par un jeune financier genevois, Étienne Clavière, qui fonda ensuite en 1785 la première Cie royale d'assurance contre l'incendie avec une exclusivité de 15 ans<sup>8</sup>.

10. L'assurance vie a pris un peu de retard par rapport à l'assurance dommages ou de biens. Sa qualification comme pari sur la vie d'autrui était à l'origine de son interdiction par les pouvoirs publics et derrière par l'Église. Ce n'est qu'après le développement de la science actuarielle et la mise en place des tableaux de mortalité<sup>9</sup> que la première véritable entreprise d'assurance vie ou de personne apparaît. Fondée sur des tableaux de mortalité et la théorie des grands nombres, par un mathématicien, Richard Price, en 1762 « *Equitable Society for the Assurances on Lives and Survivorships* » est considéré comme la première véritable entreprise d'assurance vie en Angleterre et en Europe. Après cette création, le roi George III a reconnu en 1774 par le « *Gambling Act* » la légitimité de l'assurance vie et sa distinction du jeu et des paris. En France sous le règne de Louis XIV, Colbert a continué à apparenter l'assurance vie au jeu et aux paris sur la vie d'autrui et pour cette raison à l'interdire<sup>10</sup> ce qui expliquait le retard de la France dans ce domaine. Ce n'est qu'en 1787 qu'Étienne Clavière obtient l'autorisation royale d'étendre l'activité de la compagnie incendie créée en 1785 à l'assurance sur la vie<sup>11</sup>.

11. Par la suite, l'activité de l'assurance, en France, a pris du recul avec l'abolition des activités financières et surtout celle de l'assurance par un décret du 24 août 1793<sup>12</sup>. La renaissance de

---

8 Cf. J. Bigot ss dir., J.-L. Bellando, M. Hagopian, J. Moreau, G. Parleani, *op. cit.*, p. 12 et s.

9 *Supra*, note de bas de page n° 6.

10 Cf. J. Bigot ss dir., J.-L. Bellando, M. Hagopian, J. Moreau, G. Parleani, *op. cit.*, p. 14 ; H. Groutel, F. Leduc, P. Pierre, et M. Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Paris, LiexisNexis Litec, 2008, p. 1267.

11 « *Louis XVI, s'étant fait rendre compte de la nature et des principes des divers établissements fondés en Europe sous le nom d'assurance sur la vie et ayant conclu que naturalisés en France, ils y seraient d'une grande utilité, signera le 3 novembre 1787 l'arrêt du Conseil d'État autorisant finalement la création de la compagnie Royale d'assurance sur la vie et faisant litière de l'interdiction posée en 1681* » : H. Groutel, F. Leduc, P. Pierre, et M. Asselain, *op. cit.*, p. 1267 ; « *Mais l'activité vie était soumise à un contrôle relativement sévère, ancêtre du contrôle actuel : elle est placée sous le contrôle de la ville de Paris, qui chaque année prélève un quart des bénéfices de la branche vie ! Ce n'est qu'en 1788 que le Conseil du Roi ordonne la séparation des activités incendie et vie. À l'origine du principe de spécialité ou séparation des branches, toujours en vigueur* » : J. Bigot ss dir., J.-L. Bellando, M. Hagopian, J. Moreau, G. Parleani, *op. cit.*, p. 15.

12 L'interdiction de l'activité de l'assurance est venue en réaction à la disparition des fonds de la société d'assurance incendie créée par Étienne Clavière : cf. J. Bigot ss dir., J.-L. Bellando, M. Hagopian, J. Moreau, G. Parleani, *op. cit.*, p. 15 et s.

l'assurance française fut par la suite marquée par la création en 1817 de la Cie Royale d'Assurances Maritimes<sup>13</sup>. Après le feu vert donné par un avis du Conseil d'État du 23 mars 1818 autorisant l'assurance en cas de décès, une ordonnance royale du 22 septembre 1819 créa la première compagnie d'assurance sur la vie (Compagnie d'Assurances Générales sur la Vie Humaine). Cette naissance a été suivie par la création de la Compagnie Royale d'Assurance sur la vie en 1820 et L'Union-Vie en 1829<sup>14</sup>. L'évolution de l'activité de l'assurance stagna pendant les XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles. La morale, la justice et la religion ont continué à considérer que chacun doit supporter les conséquences de ses actes et qu'il sera absurde, illusoire et frauduleux de confier à quelqu'un de se charger des fautes d'autrui<sup>15</sup>. Les partisans de l'activité de l'assurance ont eu du mal pendant cette période à démontrer que l'assurance tend à réparer les conséquences matérielles et économiques des sinistres, à mieux protéger les victimes et non à mettre les responsables à l'abri des juges<sup>16</sup>.

### C-L'essor de l'assurance contemporaine

12. L'essor de l'assurance contemporaine fut débuté à la fin et au début des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles. Le développement de l'industrie, de l'automobile et de l'aviation, d'une part, et l'inflation et l'instabilité monétaire et le recours de plus en plus à la solidarité mutualiste, d'autre part, poussèrent la société à faire de l'assurance son credo perpétuel<sup>17</sup>. Pour prendre en charge les risques résultant de cette évolution, deux systèmes furent progressivement mis en place : les mutuelles, notamment les mutuelles ouvrières et les caisses de secours<sup>18</sup>. À côté de ces deux systèmes, les sociétés privées

---

13 Cf. J. Bigot ss. dir., J.-L. Bellando, M. Hagopian, J. Moreau, G. Parleani, *op. cit.*, p. 16.

14 H. Groutel, F. Leduc, P. Pierre, et M. Asselain, *op. cit.*, p. 1268.

15 Cf. P.-J. Richard, *Histoire des sociétés d'assurance*, Paris, L'argus, p. 63 ; H. Groutel, F. Leduc, P. Pierre, et M. Asselain, *op. cit.*, p. 1086.

16 « *Ce débat ressort périodiquement. À l'occasion du vote de la loi Badinter sur l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation de 1985, il a été soutenu qu'elle déresponsabilisait à la fois les automobilistes en les déclarant toujours responsables, et les piétons et cyclistes, en ne retenant pratiquement jamais leur responsabilité* » : J. Bigot ss. dir., J.-L. Bellando, M. Hagopian, J. Moreau, G. Parleani, *op. cit.*, p. 16.

17 Cf. M. Ruffat, E. V. Caloni, B. Laguerre, *L'U.A.P. Et l'histoire de l'assurance*, Paris, Maison des Sciences de l'homme/Lattés, 1990, p. 89.

18 « *la première société mutuelle La Préservatrice, qui proposait aux milieux ouvriers une « police d'assurances combinées » souscrite sous forme collective et associant l'indemnisation forfaitaire des victimes d'accidents du travail à la couverture de l'employeur contre d'éventuels recours en responsabilité. Cependant, lors même qu'il autorisait par un décret du 11 novembre 1865 la constitution d'une autre compagnie d'assurances spécialisée, la Sécurité générale, le Gouvernement la priva de toute faculté d'assurer simultanément les employeurs et les employés, réduisant de la sorte son activité à l'assurance personnelle ou collective de ces derniers, d'un moindre rapport financier. Qui plus est, l'accès économique des couches les plus pauvres de la population aux différentes formes d'assurances privées se révéla rapidement illusoire. L'État, sous le Second Empire, prêta son concours à une solution alternative en constituant trois Caisses nationales distinctes, subventionnées par ses soins : à la Caisse des retraites pour la vieillesse, créée en 1865, succédèrent par la loi du 11 juillet 1868 une Caisse d'assurance en cas de décès, et une autre en cas d'accidents résultant de travaux agricoles et industriels* » : H. Groutel, F. Leduc, P. Pierre, et M. Asselain, *op. cit.*, p. 1271 ; Ces mutuelles et caisses ainsi constituées appartenaient, dans la plupart des cas, aux entreprises intéressés et faisaient parties de leur patrimoine. Par ailleurs elles « *sont à l'origine de nos caisses de retraite et de prévoyance actuelles* » : J. Bigot ss. dir., J.-L. Bellando, M.

d'assurance, encouragées par le vote de la loi du 9 avril 1898 sur la réparation des accidents du travail, commença à proposer des contrats d'assurance « accident du travail » dont la souscription a été généralisée par l'appétit des employeurs à s'assurer contre les conséquences de l'exercice de leurs activités professionnelles<sup>19</sup>.

**13.** Après la fin de la Première Guerre mondiale, la récupération des territoires français tenus par l'Allemagne depuis la signature de la convention de Frankfort en 1871 a eu une répercussion importante sur le développement de l'activité de l'assurance française. Le système d'assurance sociale mis en place par Bismarck en 1880 et bénéficiant aux habitants de ces territoires a été étendu à l'ensemble du territoire français. Ce fut la loi du 26 avril 1930 qui instaura un régime d'assurance sociale obligatoire destiné aux salariés et couvrant la maladie, l'invalidité et la vieillesse. Après l'adoption de cette loi, on assista à la création de la protection sociale gérée par les assurances sociales, l'assurance privée et les caisses de retraite et de prévoyance patronales. Ce fut également le début des assurances collectives ou de groupe<sup>20</sup>.

**14.** La fin de la Seconde Guerre mondiale a également marqué la France et l'Europe de plusieurs événements impactant le secteur des assurances. En France, le système de la Sécurité sociale a été créé un an après la guerre. Celui-ci fut l'œuvre des ordonnances des 4 et 19 octobre 1945<sup>21</sup>. L'objectif d'attendre une couverture universelle recherchée par la Sécurité sociale trouve au fur et à mesure ses limites. Les mutuelles, les institutions de prévoyance et les compagnies privées d'assurance ont très vite su exploiter le recul de niveau des garanties assurées par la Sécurité sociale en élaborant, au-delà des régimes d'assurance dits de base, des régimes d'assurance complémentaire, voire supplémentaire. Malgré l'ouverture de ce créneau du marché à la concurrence, des monopoles ont été instaurés au profit des mutuelles et institutions de prévoyance<sup>22</sup>.

**15.** Par ailleurs, le 25 mars 1957 l'Europe s'est distinguée par la signature du traité de Rome créant la communauté économique européenne (CEE). Celle-ci a établi les édifices d'un marché unique

Hagopian, J. Moreau, G. Parleani, *op. cit.*, p. 18.

19 *Cf. Ibid.*, p. 19 ; H. Groutel, F. Leduc, P. Pierre, et M. Asselain, *op. cit.*, p. 1272.

20 *Cf. J. Bigot ss dir., J.-L. Bellando, M. Hagopian, J. Moreau, G. Parleani, op. cit.*, p. 20.

21 « Le programme d'action de la résistance, adopté le 15 mars 1944 par le Conseil National de la Résistance (C.N.R.), prévoit, parmi les mesures à instaurer dès la libération du territoire, un plan complet de sécurité sociale, visant à assurer à tous les citoyens des moyens d'existence dans tous les cas où ils sont incapables de se les procurer par le travail, avec gestion appartenant aux représentants des intéressés et de l'État. Cette politique s'inspire des théories de l'économiste britannique Keynes et des conclusions du rapport de lord Beveridge, considéré comme le père fondateur des systèmes de sécurité sociale : J. Bigot ss dir., J.-L. Bellando, M. Hagopian, J. Moreau, G. Parleani, *op. cit.*, p. 21 ; Sur l'histoire des régimes de la protection sociale et de la sécurité sociale : *cf. notamment J.J. Dupeyroux, M. Borgetto, R. lafort, Droit de la sécurité sociale*, Paris, Précis Dalloz, 18<sup>e</sup> éd. 2015.

22 *Cf. J. Bigot ss dir., J.-L. Bellando, M. Hagopian, J. Moreau, G. Parleani, op. cit.*, p. 22.

étendu au niveau européen. Un marché dans lequel l'ensemble des personnes, des biens, des services et des capitaux peuvent circuler librement et sans contrainte. Dans le secteur des assurances, ce marché unique fut consolidé par l'adoption des trois générations de directives relatives à l'assurance<sup>23</sup>. Ces directives ont abouti à l'ouverture des marchés européens d'assurance à l'ensemble des compagnies d'assurance des pays membres de l'UE.

**16.** Au final, l'histoire de l'assurance nous enseigne que le développement de l'assurance dommages ou de biens se distingue de celui de l'assurance vie ou de personne. Assurance vie ou de personne et assurance dommages ou de biens se sont développées séparément et de manière successive. Cette séparation n'est pas sans conséquence sur la régulation et l'organisation du secteur des assurances et même sur la concurrence. De toute manière, le développement du secteur des assurances a permis l'apparition de divers produits et services d'assurance dommages ou de biens et de personnes ou vie proposés par un grand nombre d'opérateurs concurrents dont le statut social, le régime d'organisation et de fonctionnement ne sont pas identiques.

**17.** Selon la dernière étude du marché organisée en 2014 par la banque de France, le nombre des opérateurs d'assurance croît pour atteindre 909 entreprises d'assurance. Ce nombre se partage entre sociétés d'assurance traditionnelles, mutuelles et institutions de prévoyance<sup>24</sup>.

**18.** Aujourd'hui, les compagnies d'assurance traditionnelles ne sont pas les seuls opérateurs du secteur des assurances. Les mutuelles et les institutions de prévoyance, établies sur des principes d'économie sociale et solidaire, sont également des opérateurs majeurs influençant le secteur des assurances. Les caisses de retraite et d'assurance maladie fournissent toutes des prestations qualifiées d'assurance. En outre, en dehors de la notion de « bancassurance », les banquiers sont également des acteurs qui apparaissent dans certains cas comme concurrents aux entreprises d'assurance.

---

23 Première génération des directives d'assurance : CE, Dir., n° 73/239, 24 juillet 1973, (assurance non-vie), *JOCE*, 16 août 1973, n° L 228 et CE, Dir. N° 79/267, 5 mars 1979 (assurance vie), *JOCE*, 13 mars 1979, n° L 63, modifiées respectivement par les directives n° 2002/13/CE du parlement européen et du Conseil du 5 mars 2002 qui concerne l'exigence d'une marge de solvabilité des entreprises d'assurance non-vie, *JOCE*, 20 mars 2002, n° L 77, et n° 2002/83/CE du parlement européen et du Conseil, *JOCE*, 18 décembre 2002, L° 354 ; Deuxième génération des directives d'assurance : CE, Dir., n° 88/357, 22 juillet 1988 (assurance non-vie), *JOCE*, n° L 172 du 4 juillet 1988 et CE, Dir., n° 90/619, 8 novembre 1990 (assurance vie), *JOCE*, n° L 330, 29 novembre 1990 ; Troisième génération des directives d'assurance : CE, Dir., n° 92/49, 18 juin 1992 (assurance non-vie), *JOCE*, n° L 228 du 11 août 1992 et CE, Dir., n° 92/96, 18 juin 1992 (assurance vie), *JOCE*, n° L360 du 9 décembre 1992.

24 Autorité du contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), Les chiffres du marché français de la banque et de l'assurance 2014, Rapport, 7 octobre 2015, disponible en ligne [[https://acpr.banque-france.fr/fileadmin/user\\_upload/acp/publications/rapports-annuels/20151007\\_Rapport\\_chiffre\\_2014.pdf](https://acpr.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/acp/publications/rapports-annuels/20151007_Rapport_chiffre_2014.pdf)].

## II-La nécessité d'une régulation de la concurrence

19. Les monopoles, les ententes sur les prix ou relatives à la répartition de marchés entre entreprises, les concentrations d'entreprises, l'abus dans la fixation des prix ou de l'offre, les aides et privilèges accordés par l'État, sont des situations qui ont été observées tout au long de l'histoire du marché en France, dans les pays de l'Europe et dans tous les pays du globe. Pourtant, les règles de concurrence adoptées tout au long de l'évolution des marchés de l'ensemble de ces pays n'ont pas réagi de la même manière face à ces comportements.

20. La question de la concurrence est éminemment politique, au sens où elle structure l'économie d'une société entière. Souvent, l'idée de la concurrence apparaît comme une donnée et une nécessité, déduites de considérations politiques. Elle est la déclinaison du libéralisme moderne, ou économique et notamment du mouvement de « mondialisation » des échanges. Elle a pour objet d'éviter qu'un seul s'approprie un marché, constituant un monopole, ou bien que plusieurs s'entendent pour fixer des prix ou se répartir des marchés et réalisent des pratiques nocives pour le marché ou au final pour tout le monde. La concurrence peut également apparaître comme une contrainte pour les États lorsqu'il s'agit de valider une action visant à protéger une entreprise par exemple<sup>25</sup>. Un droit de la concurrence n'a aucun sens dans un pays communiste par exemple<sup>26</sup>. La concurrence est une donnée politique et économique, une liberté, qui permet à des opérateurs économiques de s'affronter loyalement et efficacement dans la conquête d'une clientèle sur un marché. Le droit de la concurrence se présente ainsi comme un ensemble de procédures destinées à assurer une certaine égalité des chances entre opérateurs économiques. Il est fils de la liberté du commerce, de la liberté contractuelle et de la reconnaissance du droit de propriété.

21. Malgré la naissance de la philosophie libérale et de la liberté des modernes depuis le début du XVII<sup>e</sup> siècle<sup>27</sup>, la mise en place d'un ensemble des règles organisant la concurrence dans un marché fonctionnant sur le fondement du principe de l'économie du marché était inimaginable. Le dirigisme et l'interventionnisme des pouvoirs publics qui caractérisaient les économies de l'ensemble des pays de l'Europe, dont la France, était hostile à toute législation susceptible d'organiser une concurrence libérale. Selon certains auteurs, « *la concurrence s'oppose à l'économie administrée dont la forme la plus achevée est la planification, organisation fondée sur l'administration par l'État de*

---

25 D. Mainguy, M. Depincé, *Droit de la concurrence*, Paris, LexisNexis, 2<sup>e</sup> éd., 2015, p. 1.

26 *Ibid.*, p. 5.

27 V., L. Arcelin, *Droit de la concurrence, Les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*, Rennes, PUR., 2<sup>e</sup> éd., 2013, p. 7 ; D. Mainguy, M. Depincé, *op. cit.*, p. 2.

*l'ensemble de la vie économique, production, répartition des produits et des services, fixation des prix, attribution des crédits, etc. Une telle économie administrée, dans laquelle on prétend arrêter des choix logiques, s'oppose à l'économie de marché*»<sup>28</sup>. L'installation de l'ensemble des libertés susvisées en France et dans la majorité des pays de l'Europe a très tardivement sollicité la consécration des règles spécifiques garantissant leur protection et leur maintien. La doctrine a expliqué ce retard en précisant que « *le droit de la concurrence est le droit d'une économie libre comme le droit de la consommation est celui d'une économie de forte consommation* »<sup>29</sup>.

**22.** Le droit de la concurrence fait référence à l'ensemble des règles qui ont pour objet d'instaurer et de maintenir la libre concurrence entre entreprises, cela en assurant une certaine équité des conditions d'accès et d'exercice sur les marchés et en attribuant la liberté à tous les acteurs économiques fonctionnant sur un marché donné. Celles-ci visent à sauvegarder des structures d'entreprises et à imposer des comportements qui sont de l'essence de l'économie de marché. À cet égard, la finalité du droit de la concurrence est d'intérêt général<sup>30</sup>. Il n'assure la protection d'un intérêt particulier que comme un moyen de maintien de la libre concurrence. C'est ce point qui fait la différence entre les règles du droit de la concurrence au sens général et celles qui visent à protéger un intérêt particulier. Par exemple, les règles qui préservent la position légitimement acquise sur un marché par une entreprise donnée, comme celles qui sont relatives aux droits intellectuels ou à la lutte contre la concurrence déloyale<sup>31</sup>.

**23.** En se prolongeant dans l'histoire de la concurrence sur les marchés, on constate que le droit de la concurrence dans sa forme actuelle est très récent et l'œuvre de l'idée européenne d'établir un marché commun dans lequel les quatre libertés de circulation des personnes, des services, des marchandises et des capitaux sont assurées. Autrement dit, il s'agit d'instaurer la libre concurrence sur tout le territoire de l'Union européenne, voire entre ce territoire et le reste du monde. Pour cela, les rédacteurs du traité de Rome du 25 mars 1957<sup>32</sup> instituant la Communauté Économique Européenne (CEE) ont précisé qu'afin d'assurer l'établissement d'un marché commun, la

---

28 A. Decocq, G. Decocq, *Droit de la concurrence*, Paris, Lextenso édition LGDJ, 6<sup>e</sup> éd. 2014, p. 22.

29 *Ibid.*, p. 3.

30 Cf. G. Clamour, *Intérêt général et concurrence, Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris, Dalloz, 2013.

31 A. Decocq, G. Decocq, *op. cit.*, p. 17 ; L. Arcelin, *op. cit.*, p. 8 et s. ; « *Les règles de la concurrence déloyale, celles relatives aux clauses de non-concurrence, aux pratiques réglementées, ce que l'on appelle dans le code de commerce les pratiques restrictives de concurrence qui, pour beaucoup, sont autant des règles de droit de la concurrence que de droit de la responsabilité ou de droit des contrats [...]* » : D. Mainguy, M. Depincé, *op. cit.*, p. 6.

32 Le traité du Rome a été signé entre les représentants des six pays : la République de l'Allemagne fédérale, la Belgique, la France, l'Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas.

Communauté doit assurer l'établissement d'un régime garantissant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun<sup>33</sup>. Pour réaliser cet objectif, un droit européen de la concurrence a été incorporé dans le texte du traité de Rome au chapitre 1, du 1<sup>er</sup> titre de la troisième partie du traité. Depuis son adoption, le traité de Rome de 1957 a subi plusieurs modifications<sup>34</sup> dont la dernière est intervenue en 2007 avec la signature du traité de Lisbonne<sup>35</sup>. Ce dernier constitue une modification majeure de la construction européenne. En matière de concurrence, l'article 3, 1 du traité de Rome énonçant les objectifs de la Communauté européenne dont l'établissement d'un « régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur » a été supprimé<sup>36</sup>. En substitution, il a introduit dans la compétence exclusive de l'UE « l'établissement de règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur ». Cette disposition se trouve aujourd'hui au (b) de l'article 3, 1 du TFUE. Désormais, après les diverses modifications des traités instituant l'Union européenne, les sources du droit de la concurrence européenne se trouvent aujourd'hui dans plusieurs textes. Sa première source se situe aux articles 3 TUE et 119, 1 TFUE (article 4, 2 CE) et au chapitre 1 du titre VI du livre III du TFUE intitulé « les règles de concurrence » comportant les articles 101 à 109 (articles 81 à 89 CE). À ces règles fondamentales s'ajoutent des dispositions de droit dérivé dont les principaux sont le règlement n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises<sup>37</sup> et le règlement n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité devenus 101 et 102 du TFUE<sup>38</sup>.

24. En droit français, malgré la consolidation du libéralisme à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle sous l'influence de la théorie économique d'Adam Smith défendant la théorie de la main invisible du marché, pendant longtemps, ce sont des dispositions pénales d'inspiration majoritairement dirigiste

---

33 Article 3, f, Traité de Rome, instituant la Communauté Économique Européenne, 25 mars 1957 : cet article a été supprimé et remplacé en substance par l'article 3, 3 du traité sur l'Union Européenne, issu du traité de Lisbonne.

34 Traité de Bruxelles de 1965 dit « traité de Fusion » ; Traité sur le Groenland de 1984 ; Acte unique européen de 1986 ; Traité sur l'Union européenne dit « traité de Maastricht » de 1992 ; Traité d'Amsterdam de 1997 ; Traité de Nice de 2001 ; Traité de Lisbonne de 2007.

35 Le traité de Lisbonne est signé à Lisbonne le 31 décembre 2007 entre les vingt-sept États membres de l'Union Européenne : il procède à de vastes réformes institutionnelles. Il supprime l'ancienne architecture institutionnelle issue du traité de Maastricht et substitue l'Union européenne à la Communauté européenne. Il introduit, en outre, des changements considérables en ce qui concerne le mode de fonctionnement des institutions européennes, le processus décisionnel et la répartition des compétences entre l'UE et les États membres. L'objectif est d'améliorer la prise de décision dans une Union élargie à 27 États membres. Le traité de Lisbonne réforme de plus plusieurs des politiques internes et externes de l'UE.

36 Les dispositions de cet article sont citées actuellement dans le protocole au traité de Lisbonne sur le marché intérieur et la concurrence. Cf., Protocole n° 27 du TFUE.

37 Cons., CE., règl. n° 139/2004, 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOCE*, 29 janvier 2004, 47<sup>e</sup> année L.24, p. 1.

38 Cons. CE., règl. n° 1/2003, 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JOCE*, 4 janvier 2003, 46<sup>e</sup> année L.1, p. 1.

qui administreraient l'économie<sup>39</sup>. Le premier texte témoignant la naissance des éléments du droit de la concurrence est apparu avec un décret du 9 août 1953<sup>40</sup> substitué par le n° 58-545 du 24 juin 1958. Il s'agissait de l'incrimination d'un comportement tenu pour anticoncurrentiel en soi, comme le refus de vente ou l'entente. L'abus de position dominante ou les activités anticoncurrentielles d'une entreprise en position dominante non justifiées par un texte législatif ou réglementaire ou bien par un bilan économique positif a été créé par la loi n° 63-628 du 2 juillet 1963<sup>41</sup>. Le texte relatif au contrôle des concentrations économiques a été mis en place par la loi n° 77-806 du 19 juillet 1977<sup>42</sup> qui a également instauré une première Commission de la concurrence dont le rôle était restreint à la seule mission de donner des avis au gouvernement et au ministre chargé de l'Économie sur toutes les questions de concurrence. Les dispositions de l'ensemble de ces règles de concurrence ont été incorporées à l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 dont l'inspiration était dirigiste<sup>43</sup>. Bien que la France fût un des pays fondateurs de la CEE et que le dispositif libéral de la Communauté européenne s'imposait depuis 1957, des règles de concurrence équivalentes d'inspiration libérale n'ont été adoptées que plus tard avec l'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence<sup>44</sup>. Avec cette réforme, l'ordonnance de 1945 est abrogée et la liberté de la concurrence est nettement affirmée. À cet égard, la Commission de la concurrence devint le Conseil de la concurrence dont la compétence s'étalait pour le contrôle des opérations d'ententes et d'abus de position dominante. Le contrôle des opérations de concentration resta sous

---

39 « A la vérité, le maintien de la libre concurrence n'avait pas été absent, dans le passé, des préoccupations du législateur. Le Code pénal de 1810 punissait comme délit, dans son article 419, l'altération des prix au-dessus ou en dessous de ce qu'aurait déterminé la concurrence naturelle et libre, notamment, par réunion ou coalition entre les principaux détenteurs d'une même marchandise ou denrée. Ce texte était dans la logique de la doctrine libérale régnante, mais ne valait que pour l'économie pré-industrielle de l'époque. Il devait être modifié, toujours sous une inspiration libérale, mais pour l'adapter aux changements considérables survenus dans l'économie depuis le début du XIX<sup>e</sup> siècle, par la loi du 3 décembre 1926. Il visait désormais, entre autres, dans son 2<sup>o</sup>, (ceux [...] qui, en exerçant ou tentant d'exercer, soit individuellement, soit par réunion ou coalition, une action sur le marché dans le but de se procurer un gain qui ne serait pas le résultat du jeu naturel de l'offre et de la demande, (auraient), directement ou par personne interposée, opéré ou tenté d'opérer la hausse ou la baisse artificielle du prix des denrées ou marchandises ou des effets publics ou privés). Ce serait pourtant un anachronisme que d'appeler de telles dispositions droit de la concurrence. La longue période d'économie administrée, avec, notamment, fixation autoritaire des prix, qui s'ouvrira dès le début de la Seconde Guerre mondiale, entraînera la mise en sommeil de l'article 419, 2<sup>o</sup> » : Cf., notamment A. Decocq, G. decocq, *op. cit.*, p. 35 ; V., aussi M. Malaurie-Vignal, *Droit de la concurrence interne et européen*, Paris, Sirey, Édition Dalloz, 2014, p. 2 et s.

40 D., n° 53-704, 9 août 1953, dit Anti-Trust réglementant les ententes professionnelles et rétablissant la libre concurrence, *JORF*, 10 août 1953, p. 7045.

41 L., n° 63-628, 2 juillet 1963, relative au finance rectificative pour 1963, *JORF*, 3 juillet 1963, p. 5915.

42 L., n° 77-806, 19 juillet 1977, relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante, disponible sur le site légifrance, [[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)].

43 Cf., notamment A. Decocq, G. decocq, *op. cit.*, p. 35.

44 L'ordonnance est prise en exécution de la loi n° 86-793 du 2 juillet 1986 autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social. Elle est incorporée dans le Code de commerce dont le texte a subi quelques modifications notamment par l'effet de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques et la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 dite de modernisation de l'économie : cf. Code de commerce, livre V « De la liberté des prix et de la concurrence » ; V., dans ce sens M. Malaurie-Vignal, *op. cit.*, p. 1 et s.

l'autorité du ministre chargé de l'Économie. Cette dernière réforme a subi plusieurs modifications résultant de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques et dont les plus importantes sont celles résultant des lois n° 2008-3 du 3 janvier 2008 et n° 2008-776 du 4 août 2008. L'Autorité de la concurrence (ADLC) se substitua au Conseil de la concurrence. Celle-ci est aujourd'hui la seule autorité administrative compétente en matière des pratiques anticoncurrentielles. Le contrôle même des opérations de concentration fut transféré à l'ADLC par la loi du 4 août 2008. Les règles actuelles du droit français de la concurrence sont incorporées sous les articles L. 420-1 à L. 430-10 du Code de commerce.

25. Ainsi, les règles du droit de la concurrence se trouvent aujourd'hui dans deux endroits : des règles du droit de la concurrence de l'Union européenne bénéficiant du principe de primauté du droit de l'Union européenne dont la logique est celle d'intégration et d'harmonisation des règles internes relatives aux échanges commerciaux. Et des règles internes de concurrence, subordonnées aux précédentes<sup>45</sup>. Enfin, il faut indiquer que le droit européen et national de la concurrence dans leur forme actuelle se particularisent par rapport au droit de la concurrence des États-Unis par leur caractère pragmatique ou empirique<sup>46</sup>. Selon cette conception, le régime de la concurrence est, a priori, présumé le meilleur pour l'économie. Mais, dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsqu'elle porte atteinte à l'économie ou à un marché spécifique, sa restriction peut devenir nécessaire<sup>47</sup>. Ce caractère ne s'explique que par le refus de la plupart des pays membres de l'UE d'adopter une politique « *ultralibéralisme* » qui y voient la menace d'une calamité sociale et le qualifiant de « *libéralisme sauvage* »<sup>48</sup>. Cela explique également la suppression de l'article 3 du TCE des textes du TUE et du TFUE<sup>49</sup>.

### **III-Le secteur des assurances à l'épreuve du droit de la concurrence (problématiques)**

26. Pendant toute la période de l'évolution de l'activité de l'assurance, précédente à la Seconde Guerre mondiale, la concurrence n'était que limitée entre les différentes compagnies d'assurance qui bénéficiaient d'un quasi-monopole étatique. On se souvient bien comment, en France comme en Angleterre, l'établissement des compagnies d'assurance dépendait des pouvoirs publics. D'ailleurs,

---

45 D. Mainguy, M. Depincé, *op. cit.*, p. 3 ; V., notamment Decocq, G. decocq, *op. cit.*, p. 17 et s.

46 Sur le caractère du droit de la concurrence voir notamment L. Arcelin, *op. cit.*, p. 24.

47 Le droit de la concurrence de l'Amérique des États-Unis se particularise par son caractère dogmatique. C'est-à-dire, la concurrence de l'Amérique des États-Unis est une finalité en soi quelle que soit la situation particulière de marchés ; Cf., notamment A. Decocq, G. decocq, *op. cit.*, p. 23.

48 Cf., *Ibid.*, p. 21.

49 *Supra*, note de bas de page n° 36.

les premières compagnies d'assurance ont été créées exceptionnellement par des ordonnances royales. En France, la Cie d'assurance incendie créée par Étienne Clavière a bénéficié d'un monopole s'étendant à une durée de 15 ans. En outre, les premières compagnies d'assurance de prévoyance créées à la fin de XIX<sup>e</sup> siècle afin de couvrir les risques auxquels les salariés étaient exposés dans le cadre de leurs activités appartenaient aux grandes entreprises dans lesquelles travaillaient ces salariés.

27. Avec la naissance de nouveaux opérateurs d'assurance, le développement de l'activité et la mise en place de nouveaux produits et services d'assurance à la fin du XIX<sup>e</sup> et au début du XX<sup>e</sup> siècle, on a constaté l'accélération du phénomène de la concurrence entre ces différents opérateurs sur les marchés. Pourtant, le débat concurrentiel n'a été soulevé que plus tard<sup>50</sup>. La fermeture des marchés d'assurance au niveau mondial et européen et le contrôle très protecteur exercé par les États de providence expliquent les raisons pour lesquelles le secteur des assurances s'est vu soumis tardivement aux règles du droit de la concurrence<sup>51</sup>.

28. Avec la mise en place du droit contemporain de la concurrence, premier-né du principe de l'économie de marché et de la libre concurrence consacré par le traité de Rome de 1957, son champ d'application s'est progressivement étendu à l'ensemble des activités économiques. Grâce à sa compréhension très large de son domaine d'application, il a reçu la qualification de droit conquérant<sup>52</sup> étendant son empire sur l'ensemble des acteurs économiques influençant le marché<sup>53</sup>. De surcroît, avec le temps et au fur et à mesure de son application, il a affirmé son rôle directeur de l'économie de l'ensemble des pays membres de l'Union européenne et le mode de fonctionnement des acteurs économiques de ces pays. Ce droit a, en effet, eu une influence déterminante sur les décisions administratives, juridictionnelles et les législations touchant l'économie et les marchés. nombreuses sont les études qui se sont intéressées, ces dernières années, à l'immixtion du droit de la

---

50 Selon Philippe Poiget, directeur des affaires juridiques, fiscales et de la concurrence de la FFSA « *Durant des années, le secteur de l'assurance en France a connu un environnement relativement protégé des effets de la concurrence. À partir des années 60, toutefois, cette situation a rapidement évolué avec l'émergence des mutuelles dites sans intermédiaires sur le marché des assurances de dommages de particuliers. Puis sont apparus des acteurs étrangers sur le marché du risque d'entreprises dans les années 70 et les bancassurances sur le marché des assurances de personnes, à partir des années 80. Au cours des années 90, la mise en place du marché unique européen et l'internationalisation des grands risques ont accéléré cette évolution, entraînant de forts mouvements de concentration des entreprises. Parallèlement, on a pu assister à une diversification sans précédent des modes de distribution* » : « *La concurrence en assurance est-elle originale ?* », Atelier 4 organisé par la FFSA, les entretiens de l'assurance – 2002, p. 44.

51 Cf., Jaques Blondeau et Christian Partrat ss dir., *La Réassurance : approche technique*, ECONOMICA, Paris, 2003, p. 4.

52 V. E. Claudel, « Le consentement en droit de la concurrence, consécration ou sacrifice ? », *RTD com.*, 1999, p. 291.

53 Le droit de la concurrence a été qualifié de droit « tentaculaire » par J. Mestre, « *Formation du contrat et droit de la concurrence* », *RTD civ.*, 1987, pp. 304.

concurrence dans les domaines d'actions d'autres droits<sup>54</sup>. Malgré le fait que le secteur des assurances n'ait pas pour l'instant fait l'objet d'une étude approfondie dans ce domaine, nombreux sont également les juristes et spécialistes du secteur qui ont plaidé en faveur d'une exclusion ou, du moins, d'une application modérée du droit de la concurrence au secteur des assurances<sup>55</sup>.

29. En dépit des spécificités de l'activité d'assurance, du fait notamment de l'incertitude, de l'aléa et de la subordination des assureurs à une réglementation très rigoureuse, la soumission du secteur des assurances aux règles du droit de la concurrence n'est plus mise en cause. La Cour de justice des communautés européennes (CJCE) a expressément jugé que le régime communautaire de la concurrence tel qu'il résulte principalement des articles 85 et 86 (désormais 101 et 102) du traité de Rome s'applique pleinement au secteur des assurances<sup>56</sup>. La Commission de la concurrence puis le Conseil de la concurrence ont également, à plusieurs reprises, eu l'occasion d'exprimer la soumission des entreprises de ce secteur aux règles de concurrence, notamment dans l'avis du 10 mai 1979 de la Commission sur l'assurance incendie des risques industriels et la décision du 7 juillet 1987 du Conseil de la concurrence sur l'assurance de construction.

30. Toutefois, l'application des règles du droit de la concurrence dans le secteur des assurances a suscité d'emblée plusieurs interrogations particulières puisque plusieurs opérateurs à des statuts différents et particuliers interviennent dans ce secteur. Sociétés d'assurance, mutuelles, institutions de prévoyance, sans parler des organismes d'assurances de sécurité sociale en France et en Europe, sont tous des opérateurs proposant des produits et services qualifiés d'assurance. À cet égard, l'application du droit de la concurrence se heurte à un problème majeur lié à la définition même du

54 Cj. M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Paris, Dalloz, 2004 coll. « Nouvelle collection de thèses », vol. 32 ; M.-S. Payet, *Droit de la concurrence et droit de la consommations*, Paris, Dalloz, 2001, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », vol. 7 ; « Droit boursier et droit de la concurrence », colloque du 7 avril 1999, organisé par la DGCCRF, *PA.*, 21 juillet 1999, n° 144 ; « Entreprises en difficulté et concurrence » colloque des 7 et 8 octobre 1994, organisé par l'université de Rennes I, publié à la *RIDE* n° 2/1995 ; « Concurrence et protection sociale en Europe », colloque organisé par l'Université Rennes I, des 25 et 26 octobre 2001, publié in P. H. Hassenteufel et S. Hennion-Moreau, *Concurrence et protection sociale en Europe*, Rennes, PU de Rennes, 2004, coll. « Res Publica » ; « *Entreprises en difficulté et application du droit de la concurrence* », Atelier concurrence organisé par la DGCCRF le 23 juin 2004, *Rev. Conc. Cons.* n° 143, juillet, août, septembre, 2005 ; « Droit de la concurrence et droit privé », colloque organisé à l'Université Lyon II le 15 octobre 1999, *Cah. dr. Ente.*, n° 5/2000.

55 Cf. Conclusion de l'avocat général M. M. Darmon dans l'affaire *Verband der Sachversicherer/Commission*, aff. 45/85, 20 novembre 1986, disponible en ligne : [<http://demo.eurocases.eu/Doc/CourtAct/3683584>] ; Cf. Rapports de la Fédération Française des Sociétés d'Assurance, de 1985 à 2014.

56 Dans cette affaire, la cour rappelle que « lorsque le traité a entendu soustraire certaines activités à l'application des règles de concurrence, il a prévu une dérogation expresse à cet effet ». De même, lorsque le Conseil « arrête les modalités d'application des articles 85 et 86 du traité », il a la possibilité d'édicter des règles spéciales pour certains secteurs. Aucune exception de ce genre n'existant pour le secteur des assurances, elle conclut que l'ensemble du droit de la concurrence lui est pleinement applicable : CJCE., 27 janvier 1987, aff., 45/85, *Verband der Sachversicherer e.V. contre Commission des Communautés européennes*, *RDJ*, 1987, P. 00405 ; *Rec.*, p. 405 : *RTD eur.*, 1987, p. 676, note J.B. Blaise.

secteur des assurances. Le problème résulte, d'une part, de la nature évolutive de la notion d'assurance qui ne fait l'objet d'aucune définition légale dans le code des assurances<sup>57</sup>, et d'autre part, de la multiplicité et de l'hétérogénéité des acteurs sur les différents segments qui composent le secteur des assurances. À travers la diversité des activités d'assurances et des opérateurs d'assurance qui s'y livrent, est-il envisageable de dégager une notion commune d'entreprises d'assurance ?<sup>58</sup>

**31.** Le Conseil de la concurrence définit l'assurance comme l'opération par laquelle une personne, l'assureur, s'engage à exécuter une prestation au profit d'une autre personne, l'assuré, en cas de réalisation d'un événement aléatoire, le risque, en contrepartie du paiement d'une somme, la prime ou cotisation. Puis il ajoute que deux caractéristiques principales s'attachent à l'opération d'assurance :

-d'une part, elle n'est pas isolée : elle ne peut exister que parce qu'elle est incluse dans un ensemble d'opérations de même nature, l'assureur ne pouvant exécuter ses prestations que parce qu'est opérée une mutualisation des risques par répartition de leur charge sur l'ensemble des assurés.

-d'autre part, l'opération d'assurance se traduit par la formation d'un contrat, dans lequel, face à un risque donné, le cocontractant de l'assureur obtient une garantie en versant une prime.

**32.** La définition et les caractéristiques évoquées précédemment sont suffisamment larges pour inclure dans le champ du secteur tous les opérateurs exerçant de telles activités ou opérations quels que soient leurs formes ou leur objet. Cette question a notamment été soulevée à l'encontre des organismes de la protection sociale. Ces opérateurs assurant des régimes sociaux présentent des aspects distincts par rapport aux compagnies classiques d'assurance. Le fait qu'ils poursuivent des activités à caractère social, dans un but non lucratif et comportant des éléments de solidarité les différencient profondément de ces dernières.

**33.** La question de l'application de droit de la concurrence sur les régimes d'assurance de la protection sociale suscite aujourd'hui un grand débat dans le milieu juridique. C'est à partir des années 1990 que la jurisprudence communautaire a été conduite à se pencher sur la notion d'entreprise d'assurance au sens des règles de droit communautaire de la concurrence. Les deux

---

57 Selon le Sénat malgré la diversité des définitions proposées par la doctrine de l'assurance, aucune définition légale n'a été introduite dans le Code français des assurances : Sénat, Commission des finances, Rapport d'information, « La situation et les perspectives du secteur des assurances en France », 1998-1999, n° 45, Tom II, I, 1<sup>er</sup> chapitre.

58 J. Bigot ss dir., J.-L. Bellando, M. Hagopian, J. Moreau, G. Parleani, *op. cit.*, p. 33.

fameux arrêts *Poucet et Pistre*<sup>59</sup>, et celui de la FFSA<sup>60</sup> se positionnent sur cette problématique. La question essentielle qui se pose, dès lors que des pratiques révélées anticoncurrentielles sont exercées dans le cadre des régimes de protection sociale, est de savoir si de tels organismes sont considérés comme des entreprises au sens du droit de la concurrence et à partir de ce constat s'ils apparaissent comme des concurrents aux compagnies d'assurance et doivent être soumis au droit de la concurrence.

34. En suivant l'évolution de la jurisprudence de la CJCE depuis l'arrêt *Poucet et Pistre* du 17 février 1993, les solutions successives sur cette question ont contribué à donner spontanément des éléments de réponse. C'est en recourant à un examen au cas par cas des solutions adoptées dans ce domaine que la réponse s'éclaircira. Le fait que ces organismes exercent des activités qualifiées d'assurance « sociale » n'a pas empêché qu'ils aient été considérés comme étant de nature économique, en affirmant la thèse que ce n'est pas le statut de l'organisme qui détermine la nature de l'activité.

35. De surcroît, même dans l'hypothèse où ces organismes d'assurance sociale relevant de la protection sociale ont la qualification économique d'entreprise, leurs pratiques qualifiées quelques fois d'anticoncurrentielles peuvent être exclues des prohibitions du droit de la concurrence. Leurs propres objectifs qui contribuent à la réalisation de la politique sociale énoncée dans les dispositions des traités de l'Union européenne, ou en raison de la réalisation d'une mission d'intérêt général au niveau national ou européen, sont les instruments utilisés par les autorités compétentes pour justifier cette exemption.

36. La détermination du marché pertinent, nécessaire pour l'application du droit des assurances, présente à son égard un visage assez différent par rapport aux autres secteurs d'activité. En effet, l'intervention du droit des assurances dans l'organisation de l'activité d'assurance, comme l'exigence d'un agrément, l'organisation des produits commercialisés sur le marché, la division des produits d'assurance en branche et sous branche et la détermination des opérateurs pouvant les

---

59 CJCE., 17 février 1993, aff. C-159/91 et 160/91, *Christian Poucet c/ AGF et Camulrac et Pistre c/ Cancava*, *Recueil jurisprudence*, 1993, P. I-00637 ; *JCP G* 1993, I, 3702, n° 5, obs. M. Ch. Boutard-Labarde ; *Dr. soc.* 1993., Note P. Laigre, p. 488 ; *Ibid.*, obs. J.-J. Dupeyroux, p. 494 ; *RDSS* 1993. 310, obs. G. Vachet ; *Ibid.* 554, note P. Chenillet ; *RTD com.* 1993., obs. C. Bolze, p. 429 ; *Ibid.* 1994., étude G. Lhuilier, p. 645 ; *RTD eur.* 1995., chron. J.-B. Blaise et L. Idot, p. 39.

60 CJCE., 16 novembre 1995, aff. C-244/94, *FFSA e.a. Ministre/agriculture et de la pêche*, *Rec.*, P.I- 4013. J. B. Blaise, *RAE*, 1996, p. 67 : Laurance Idot, « Nouvelle invasion ou confirmation du domaine du droit de la concurrence ? À propos de quelques développements récentes », *Europe*, janvier 1996, chron. N° 1 ; Ph. Laigre, « L'intrusion du droit communautaire de la concurrence dans le champ de la protection sociale », *Dr. Soc.*, n° 1/1996, p. 82.

commercialiser, contribuent à la détermination de différentes branches de marchés. Pourtant, cette organisation n'a pas pour effet de déterminer définitivement les différents marchés pertinents du secteur. La pratique décisionnelle confirme que l'application des critères économiques du droit de la concurrence lors de cette détermination aboutit à la désignation des marchés spécifiques se différenciant de ceux résultant de la réglementation du secteur des assurances.

**37.** Avec l'instauration du régime de la licence unique résultant des directives européennes d'assurance dites « vie » et « non-vie », le droit européen a eu pour effet de supprimer la barrière juridique interdisant aux opérateurs d'assurance d'étendre leurs activités au-delà des frontières nationales. En prenant en considération cette ouverture européenne et les autres instruments juridiques et économiques contribuant à la détermination géographique du marché des assurances, on peut s'interroger sur l'étendue de cette dimension.

**38.** Le caractère spéculatif de l'activité de l'assurance et l'aléa distinguant celle-ci par rapport à toute autre activité économique, comme l'imprévisibilité du nombre et l'étendue des sinistres, et donc l'imprévisibilité des coûts des prestations, militent pour admettre une tolérance particulière vis-à-vis de certaines pratiques anticoncurrentielles relevant du secteur des assurances. Il est, en outre, paradoxal de voir le secteur des assurances subir une forte concurrence alors qu'il est amené à apporter des solutions communes à des questions économiques et sociales. Selon l'organisation de coopération et de développement économique (OCDE), la santé financière des opérateurs d'assurance pourrait se voir détériorer en les soumettant aux règles de concurrence<sup>61</sup>. Par conséquent, on peut craindre à des faillites des assureurs, des incompréhensions et un manque de couverture pour les consommateurs.

**39.** La pratique décisionnelle et la jurisprudence lorsqu'elles appliquent les règles du droit de la concurrence sont appelées à prendre en considération les différents éléments spécifiques caractérisant ce secteur. De plus, les règles prudentielles infligeant un parallélisme de comportement quant à la détermination des risques qu'à leur tarification, obligent en cas de réassurance ou de coassurance une répartition du ou des risques. L'encadrement légal des contrats conduit également à une certaine standardisation. Celle-ci est soutenue lorsqu'il s'agit de la couverture des nouveaux

---

61 Cf. Darryl Biggar, Concurrence et questions de réglementation connexes, *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence*, 6 décembre 2001, vol. 3/ n° 3, p. 82 et s., disponible en ligne [[http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/ocde/governance/revue-de-l-ocde-sur-ledroit-et-la-politique-de-la-concurrence/volume-3/issue-3\\_clp-v3-3-fr#page83](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/ocde/governance/revue-de-l-ocde-sur-ledroit-et-la-politique-de-la-concurrence/volume-3/issue-3_clp-v3-3-fr#page83)].

risques<sup>62</sup>.

40. Le droit européen permet à son égard de tenir compte de cette particularité où la Commission dans le cadre de l'application des dispositions des articles 101 et 102 TFUE est autorisée à prendre en considération la nature propre de différents secteurs économiques et des difficultés particulières à ces secteurs<sup>63</sup>. Bien que la Commission européenne n'ait pas mis en place un règlement particulier d'application des règles de concurrence dans le secteur des assurances, elle a, au visa de l'article 101 § 3, mis en place un règlement d'exemption par catégorie spécifique au secteur des assurances permettant d'exempter en amont certaines catégories de pratiques présumées utiles au bon fonctionnement du secteur.

41. En poursuivant l'évolution de l'activité de l'assurance sur les différents marchés et la concurrence exercée par l'ensemble des acteurs dans ce domaine, il sera remarqué que le droit de la concurrence qui définit son champ d'application de façon fonctionnelle a tendance à étendre son intervention sur tous les marchés concurrentiels. La première partie de notre étude sera ainsi consacrée à la détermination du secteur des assurances dans lequel les différents opérateurs entrent en concurrence et pour cette raison sont soumis au droit de la concurrence. La composition du secteur de différents opérateurs dont le statut et l'objet ne sont pas similaires n'est pas sans effet sur cette question (**partie-1**). La spécificité et les différentes particularités du secteur ont eu leur impact sur l'application des concepts économiques du droit de la concurrence dans le domaine des assurances. À cet égard, l'aléa, la réglementation du secteur, son établissement sur la mutualité, et sa participation à la réalisation des objectifs d'intérêt général sont des éléments qui soutiennent l'adaptation des règles de concurrence au secteur des assurances. La deuxième partie sera ainsi consacrée à l'application particulière de droit de la concurrence au secteur des assurances (**partie-2**).

---

62 E. Bus, « La concurrence est-elle originale dans l'assurance? », Atelier 4, préc. p. 45.

63 Article 103 TFUE, *JOUE C 326*, 26 octobre 2012.

## **Partie 1. La particularité de la détermination du secteur des assurances soumis au droit de la concurrence**

42. La définition et la détermination de marchés est un procédé primordial utilisé par les autorités de la concurrence afin d'appliquer les règles de concurrence<sup>64</sup>. Cette détermination se fait souvent selon des méthodes d'analyses et des procédés purement économiques. Ceux-ci ont abouti à l'application des différentes règles du droit de la concurrence à l'ensemble de marchés. La soumission de certaines activités à la réglementation n'affecte aucunement en principe leur soumission à la concurrence.

43. Toutefois, la particularité de certaines activités peut inciter les autorités compétentes à poser des règles spécifiques de contrôle et d'organisation. Dans cette logique, la particularité de l'assurance et les objectifs de sa mise en œuvre ont, depuis sa naissance, poussé les autorités compétentes en la matière à intervenir afin de la soumettre à une réglementation et organisation particulières, adaptées à ses caractéristiques<sup>65</sup>.

44. Depuis la promulgation d'un Code spécial regroupant l'ensemble des lois et règlements relatifs à l'assurance dans les années 1970<sup>66</sup> et la soumission progressive des différentes activités d'assurances aux règles contemporaines du droit de la concurrence, le monde des affaires – juristes comme économistes – s'interroge sur la définition du secteur des assurances soumis aux règles de la

---

64 V., A. Decocq, G. Decocq, *op. cit.*, p. 101 et s.

65 Sur l'évolution de la réglementation en matière d'assurance voir ; J. Bigot ss dir., J. Beauchard , V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayeux, V. Nicolas, *Traité du Droit des assurances, le contrat d'assurance*, Tome 3, Paris, L.G.D.J. 2<sup>e</sup> éd., 2002, p. 3 et s. ; M. Chagny, L. Perdrix, *Droit des assurances*, Paris, L.G.D.J., 2<sup>e</sup> éd., 2013, p. 18 et s.

66 D. n° 76-667, 16 juillet 1976 relatif à la codification des textes réglementaires concernant l'assurance, *JORF*, 21 juillet 1976, p. 4343.

concurrence. Cette réflexion a été surtout alimentée par l'adoption progressive des trois générations de directives visant la construction d'un marché unique de l'assurance<sup>67</sup> et l'exclusion de certains organismes assureurs de la soumission aux règles de concurrence.

45. La recherche d'une définition ou d'une délimitation globale du secteur des assurances peut se heurter à diverses difficultés liées à l'histoire de l'exercice de cette activité. Dès la création des premières sociétés d'assurance incendie ou dommages du XVII<sup>e</sup> siècle jusqu'à nos jours<sup>68</sup>, les efforts réglementaires des pouvoirs publics et européens ont conduit à de vastes transformations organiques et métrologiques dans la physionomie du monde assurantiel. Parmi celles-ci, on peut citer trois mouvements majeurs ayant eu des influences sur la délimitation et la définition du secteur des assurances de nos jours. En premier lieu, on peut citer l'apparition et le développement des organismes mutuelles d'assurance au début du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>69</sup>. Puis apparut la nationalisation de la plupart des sociétés d'assurances et, en particulier, la création des régimes légaux de base de sécurité sociale<sup>70</sup> à la fin de la deuxième guerre mondiale<sup>71</sup>. Et finalement, tout en gardant le monopole des organismes de sécurité sociale avec la mise en place de la politique de marché unique<sup>72</sup>, la privatisation de la majorité des sociétés d'assurances<sup>73</sup> fût initiée avec la loi n° 86. 793 du 2 juillet 1986 autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures de privatisation.

46. Influencée par ces aspects juridiques d'origine politique, l'organisation de l'assurance, par des

---

67 J. Bigot ss dir., J. Beauchard, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayeux, V. Nicolas, *Traité du Droit des assurances, le contrat d'assurance*, op. cit., p. 169. Il faut également préciser que la définition de l'assurance a déjà fait l'objet de nombreuses études mais celles-ci se sont concentrées sur la définition juridique du contrat d'assurance. Voir par exemple : *idem*, p. 7 ; M. Bigot-Gonçalves, *Les assurances de groupe*, Aix-En-Provence, Presses Universitaires, 2009, p. 16.

68 J. Bigot ss dir., J.-L. Bellando, M. Hagopian, J. Moreau, G. Parleani, *Traité du Droit des assurances, Entreprises et Organisations d'Assurance*, Tome 1, Paris, L.G.D.J. 2<sup>e</sup> éd, 1996, p. 12 et s.

69 *Idem*, p. 17 et s.

70 Le régime de la sécurité sociale est créé en France par les ordonnances du 4 octobre 1945 relative à l'organisation de la sécurité sociale et l'ordonnance du 19 octobre 1945 relative au Régime des Assurances sociales applicable aux assurés des professions non agricoles.

71 La création des régimes de base de la sécurité sociale ont notamment abouti à la conversion de la plupart des assurances liées aux personnes et à la vie, aux régimes de sécurité sociale. Au lendemain de l'instauration de la Sécurité sociale, obligatoire et généralisée, on a pu légitimement penser que désormais il n'y avait plus place pour l'assurance ou la mutualité privée, dans le domaine de la protection sociale. Toutefois, la Sécurité sociale montrera au bout d'un certain temps ses limites, et au-delà des régimes dits de base, s'élaboreront les régimes dits complémentaires, voire supplémentaires, ouverts à la concurrence des entreprises d'assurance, des mutuelles, des caisses de prévoyance et de retraite. : J. Bigot ss dir., J.-L. Bellando, M. Hagopian, J. Moreau, G. Parleani, op. cit., p. 20 et s.

72 Sur l'histoire de la mise en place du marché unique d'assurance v., *Ibid*, p. 25 et ss.

73 *Ibid*, p. 24 ; Sur la privatisation de 1986 voire notamment Carrevière et Devenne, Rev. Soc. 1987. 203 ; Coffy de Boisdeffre, *A.L.D.*, 1987. 21 ; Guyon, Rev. Franç. Dt. Adm. 1987. 170 ; Droit social, 1988. 445 ; *A.J.D.A.* 1987. 291 ; sur la privatisation et le droit communautaire voire Boutard Labarde, *D.P.C.I.*, 87. 493 ; Cavaldi et Parléani, « Droit communautaire des affaires », *Litec*, n° 333 ; réponse commission, 7 janvier 1987, *R.T.D.E.*, 87. 537 et *petites affiches*, 20 avril 1988, p. 20.

règles spécifiques regroupées dans le Code des assurances, peut légitimement nous faire croire que le secteur des assurances englobe les seules activités et opérateurs soumis à ce Code. De ce point de vue, les autres activités de qualification « assurantielle » comme celles exercées par les organismes de sécurité sociale, les mutuelles et les institutions de prévoyance, soumis à d'autres sources de droit, constitueraient des secteurs d'activités distincts à part entière. Cependant, au regard de l'application du droit de la concurrence aux différents opérateurs d'assurance, il s'est progressivement apparu que le secteur des assurances ne se délimite pas uniquement par des critères juridiques d'origine purement politique. Du point de vue d'un droit d'inspiration économique, les activités exercées par ces organismes peuvent être considérées comme concurrentes. Cette controverse d'analyses entre juristes et économistes sollicite la réouverture du débat afin de définir le secteur des assurances soumis aux règles du droit de la concurrence.

47. Aujourd'hui, le secteur des assurances sollicite, en raison de sa spécificité, de la diversité de ses opérateurs et de ses caractéristiques une analyse approfondie portant sur le contenu du « secteur des assurances soumis au droit de la concurrence » (**titre I**). À cet égard, la détermination des différents marchés pertinents qui contribue à la définition du secteur illustre également une élasticité quelques fois insaisissable (**titre II**).

## **Titre I-Une définition ambiguë du secteur des assurances soumis aux règles de concurrence**

48. D'ordinaire, dans un certain nombre de matières juridiques, surtout contractuelles, la première démarche consiste à s'enquérir de la définition. Certes, le législateur n'en fournit pas toujours mais, le plus souvent, même après quelques hésitations jurisprudentielles, un consensus se dégage en doctrine comme en jurisprudence, et une définition est adoptée<sup>74</sup>.

49. Avec la soumission de l'assurance à la concurrence, les autorités nationales et européennes compétentes en la matière ont utilisé le terme « secteur des assurances » lors de l'application de certaines règles du droit de la concurrence<sup>75</sup> pour affirmer sa soumission aux règles de concurrence. Cependant, ce terme n'a été défini ni dans les directives et les règlements particuliers applicables au secteur, ni par la pratique décisionnelle et jurisprudentielle nationales et européennes. Dès lors, lorsque ces autorités utilisent l'expression « secteur des assurances », que veulent-elles dire ou que visent-elles par ce terme<sup>76</sup> ? Du point de vue juridique<sup>77</sup>, celui-ci n'est pas unitaire. Que peut-il signifier du point de vue économique qu'emprunte le droit de la concurrence ? Couvre-t-il seulement les assurances réglementées par le Code des assurances ou toutes les activités assurantielles de la même nature exercées par des opérateurs soumis à d'autres sources du droit ?

---

74 V. Nicolas, *Droit des contrats d'assurance*, Paris, ECONOMICA, 2012, paragraphe, 153.

75 V. par exemple Comm. UE, règl., n° 267/2010, 24 mars 2010, relatif à l'application de l'article 101 § 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords, de décisions de pratiques concertées dans le secteur des assurances, *JOUE*, n° L81/1 du 30 mars 2010 : La CJUE a décidé que le « secteur des assurances » comme tout autre secteur est soumis aux règles de la concurrence : CJCE., 27 janvier 1987, aff., 45/85, *Verband der Sachversicherer e.V. contre Commission des Communautés européennes*, *RDJ*, 1987, P. 00405 .

76 *Idem*, CJUE : Dans cette décision la CJUE confirme que les règles de la concurrence sont applicables au secteur des assurances mais aucune définition du secteur n'a été fournie.

77 *Cf.*, J. Bigot ss dir., J. Beauchard , V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayeux, V. Nicolas, *Traité du Droit des assurances, le contrat d'assurance*, *op. cit.*, p. 7 et s.

50. La recherche de la définition de l'expression « secteur des assurances » constitue une démarche nécessaire dans l'identification de ce secteur soumis aux règles de concurrence car elle contribue à résoudre les conflits concurrentiels qui peuvent surgir entre divers opérateurs soumis à des réglementations distinctes. Cependant, une définition globale et déterminante du « secteur des assurances » en droit de la concurrence ne sera facilement pas admise étant donné que plusieurs paramètres peuvent intervenir afin de préciser ses dimensions.

51. La différence entre la définition de l'assurance en droit des assurances d'une part et celle du « secteur des assurances » en matière concurrentielle d'autre part, se comprend, tout d'abord, par la variété des objectifs recherchés dans chaque matière. En matière juridique, la doctrine tente de donner une définition à l'assurance afin de la différencier d'autres activités similaires<sup>78</sup>. En matière concurrentielle, la définition vise à déterminer le secteur dans lequel le droit de la concurrence est applicable. Cette différence se comprend par une pluralité de paramètres, car, si les caractéristiques de l'assurance « contrat, activité opération » en droit des assurances sont essentielles dans la définition de l'assurance, en droit de la concurrence elles ne permettent pas de déterminer le secteur des assurances soumis à la concurrence.

52. Pourtant, dans le processus de recherche d'une définition, cette différence de dimensions et d'objectifs n'empêche pas une interférence entre les deux matières. Ainsi, dans l'objectif de définir le contenu du terme « secteur des assurances » utilisé en matière concurrentielle, nous nous pencherons, tout d'abord, sur l'analyse des différentes significations de l'assurance (**Chapitre I**), avant de pouvoir identifier les opérateurs d'assurance soumis aux règles du droit de la concurrence (**Chapitre II**).

---

78 Cf., La distinction de l'assurance des autres opérations similaires : *Ibid.* : M. Fontaine, *op. cit.*, Paragraphe n° 127 et s.

## Chapitre 1. La difficulté de description de la notion d'assurance

53. Paradoxalement, pour une activité étroitement réglementée, on ne trouve, ni en droit européen ni en droit français, de définition unitaire pour les notions d'assurance, d'opération d'assurance, ou de contrat d'assurance<sup>79</sup>. Les définitions de l'assurance ne manquent pas dans ce domaine sauf qu'aucune n'a pu décrire ou satisfaire les différentes catégories d'assurances que l'on peut distinguer aujourd'hui.

54. La loi fondatrice et fondamentale du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance n'a fourni aucune définition générale pas plus que les textes ultérieurs<sup>80</sup>. En droit français, en dépit de multiples tentatives, il s'est avéré ardu de parvenir à une définition unitaire et universelle du contrat d'assurance. Cela est également constaté en droit européen. Si cette difficulté apparaît liée à l'histoire de l'assurance, elle l'est également en raison de la différence des techniques utilisées et des modalités de fonctionnement. D'ailleurs, en 1907, M. Planiol<sup>81</sup> opposait les « assurances proprement dites » pour distinguer les assurances de dommages des assurances de personnes<sup>82</sup>.

55. Lorsqu'on cherche une définition de l'assurance, économique comme juridique, il apparaît difficile de se contenter d'une méthode unique ou d'une seule définition théorique. En effet, plusieurs techniques et concepts se distinguent et il est donc difficile aujourd'hui d'unifier l'ensemble des caractéristiques juridiques et techniques constituant la notion d'assurance dans une seule définition. En outre, dans l'assurance plusieurs formes de contrats d'assurance, incomparables

79 J. Bigot ss dir., J. Beauchard , V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayeux, V. Nicolas, *Traité du Droit des assurances, le contrat d'assurance*, *op. cit.*, p. 7.

80 *Ibid*, p. 24 : V. Nicolas, *op. cit.*, p. 77 et ss.

81 M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 1907, t. II, p. 674, n° 2141.

82 J. Bonnard, *Droit des assurances*, Paris, LexisNexis, 4<sup>e</sup> éd., 2012, p. 227.

les uns aux autres, peuvent être distingués ainsi que les produits et services d'assurance qui varient entre eux.

**56.** Dans l'objectif de connaître les différentes caractéristiques de l'assurance pouvant rentrer dans la définition du secteur des assurances en matière concurrentielle, il est nécessaire d'analyser les différents éléments faisant partie de cette notion (**Section 1**) pour pouvoir ensuite présenter les notions propres à certaines formes particulières d'assurance (**Section 2**).

## Section I-La pluralité des définitions d'assurance

57. En France, dès le début du XX<sup>e</sup> siècle, par une réflexion intellectuelle et surtout par une nécessité eu égard à l'existence de contrats proches, l'un des soucis de la doctrine fut de circonscrire la notion du contrat d'assurance<sup>83</sup>. En Europe, la mise en place d'une définition du contrat d'assurance s'est avérée plus compliquée puisque, à ce niveau, le droit des assurances est loin d'être harmonisé. Certes dans certains États membres de l'UE, à l'exception de la France et d'autres pays comme l'Allemagne, le législateur définit le contrat d'assurance<sup>84</sup> mais aucune définition ne mentionne l'élément technique considéré. Les différentes tentatives de définition mêlent plusieurs concepts techniques et juridiques sans distinguer l'activité, l'opération ou le contrat, socle de l'activité d'assurance. Selon certains auteurs, la notion « activité d'assurance » concerne celle d'une entreprise ayant pour objet de garantir des risques tandis qu'on entend par « opération d'assurance » l'ensemble des procédés techniques et financiers par lesquels l'assureur est en mesure de se livrer à son activité. Enfin, le « contrat d'assurance » vise uniquement le contrat souscrit entre le preneur d'assurance et l'assureur<sup>85</sup>.

58. Certains auteurs proposent de distinguer la notion d'assurance et le contrat d'assurance. La notion d'assurance prendrait en compte le triple caractère économique, technique et juridique de l'assurance, tandis que le contrat ne serait que sa traduction juridique. Cette distinction a été critiquée. Premièrement, la définition de l'opération d'assurance a été rejetée puisqu'elle décrivait les zones de convergence des trois disciplines. Deuxièmement, la distinction entre notion d'assurance et contrat d'assurance a été considérée comme un artifice et conduit à éluder la

---

83 V. Nicolas, *op. cit.*, p.76.

84 *Idem.*, p. 79.

85 M. Bigot-Gonçalves, *op. cit.*, p. 16.

définition du contrat<sup>86</sup>. Avec l'intervention du droit de la concurrence, la question fût soulevée de nouveau sur l'importance à accorder aux différents éléments de la notion dans la détermination du contenu du secteur des assurances. Cette question devient autant nécessaire dans le monde contemporain de la concurrence dans la mesure où la clarification du contenu de cette notion nous permettra de bien déterminer le contour du secteur des assurances soumis aux règles de la concurrence.

**59.** Les définitions émises par la doctrine ne font pas, pour la plupart du temps, la distinction entre assurance relation contractuelle et assurance mécanisme ou assurance activité. L'assurance est une expression qui peut être exprimée par le contrat lui-même mais aussi par les différents mécanismes de cette activité. Si les définitions sont diverses, (**Paragraphe 1**) on constate qu'elles sont toutes unies autour d'un élément convergent caractérisant toute assurance (**Paragraphe 2**).

---

<sup>86</sup> J. Bigot ss dir., J. Beauchard , V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayeux, V. Nicolas, *Traité du droit des assurances, le contrat d'assurance, op. cit.*, p. 21.

## § 1. Caractères divergents des différents produits et services d'assurances

60. Dans l'évolution des recherches d'une définition de l'assurance, deux questions liées à l'apparition et au développement progressif de cette activité ne peuvent être évitées ou négligées ; d'une part, la division de l'assurance entre deux catégories opposées : les assurances « indemnitaires » et les assurances « forfaitaires »<sup>87</sup> ; et d'autre part, le lien existant dans la définition de l'assurance entre le contrat d'assurance, l'opération d'assurance et les techniques utilisées. Si le contrat d'assurance, socle de l'exercice de toute activité d'assurance, organise les relations entre l'opérateur d'assurance et ses clients souscripteurs, assurés ou bénéficiaires, l'opération d'assurance est une démarche technique organisée par l'assureur, au niveau collectif ou individuel de l'ensemble de ses assurés. Celle-ci peut être établie sur la technique de mutualisation ou celle de capitalisation.

61. L'ensemble des définitions de l'assurance illustre que tous les éléments imbriqués dans la notion d'assurance ont eu des répercussions sur le processus de la recherche d'une définition unique et irréprochable. Les critiques faites par la doctrine à l'encontre des définitions précédentes prouvent clairement que l'unification des différents éléments dans une seule définition n'est pas une tâche simple à accomplir. Plusieurs définitions de l'assurance peuvent être données. Pour autant, aucune

---

87 Puisque le principe indemnitaire applicable aux assurances de dommages et certaines assurances de personnes interdit qu'en cas de sinistre, l'assuré ou le bénéficiaire de l'assurance obtienne une prestation dont le montant ou la valeur dépasse la valeur financière de l'endommagement. Alors que dans les assurances forfaitaires qui concernent les assurances vie et décès, le montant ou la valeur de la prestation est fixé dans le contrat peu importe que ce montant ou cette valeur soit équivalent à la valeur de l'endommagement subi par l'assuré ou le bénéficiaire de l'assurance : pour voir plus sur les conséquences entre assurances forfaitaires et assurances indemnitaires : J. Bonnard, *Droit et pratiques des assurances, Particulières et entreprises*, Paris, D., 1<sup>re</sup> éd, 1997, p. 12 et ss.

d'entre elles n'est suffisante pour saisir les contours de la notion d'assurance<sup>88</sup>. Avec l'application du droit de la concurrence, il paraît légitime de s'interroger sur la place qu'il faut donner aux différents éléments juridiques et techniques lors de la définition du secteur des assurances. La difficulté de toute définition consiste à fixer la base sur laquelle elle est établie.

**62.** Afin de définir l'assurance, certains se sont référés à l'opération et à la technique d'assurance, d'autres se sont fondés sur le contrat d'assurance et les obligations qui en résultent. Le rassemblement de ces différents éléments dans une seule définition peut rendre la notion d'assurance assez floue<sup>89</sup>. L'inclusion de l'élément technique ou juridique parmi les éléments essentiels de toute définition d'assurance est cependant proposée par une fraction importante de la doctrine<sup>90</sup>. A. Chaufton a défini l'assurance comme « *la compensation des effets du hasard sur le patrimoine de l'homme par la mutualité organisée suivant les lois de la statistique* »<sup>91</sup>. Ainsi, cette définition met en avant l'aspect éminemment technique de l'assurance et permet d'enlever le masque pour les techniques mutualistes utilisées par la plupart des opérateurs d'assurance. En revanche, elle ne permet pas de prendre en compte certaines techniques d'assurance construites sur le principe de capitalisation comme c'est le cas pour l'assurance vie ou décès<sup>92</sup>. En outre, l'utilisation de la technique actuarielle peut trouver application en dehors du domaine du contrat d'assurance (par exemple l'auto assurance) et le contrat d'assurance peut se construire indépendamment de l'utilisation de cette technique<sup>93</sup>.

**63.** La présentation de l'assurance comme une activité de mutualisation des risques serait également fautive pour certains, car, lorsqu'une nouvelle compagnie d'assurances est créée, il lui faut évidemment un certain temps pour rassembler suffisamment de contrats pour que puisse jouer le

---

88 M. Chagny, L. Perdrix, *Droit des assurances, op. cit.*, p. 26.

89 Par exemple, selon un auteur, l'assurance est « *un mécanisme social ou commercial qui verse une indemnité financière lors d'un événement malheureux, dont le paiement est effectué à partir des contributions cumulées de l'ensemble des membres participant au régime* ». La citation de cette définition est très intéressante dans la mesure où elle regroupe les différents traits techniques qui caractérisent l'assurance mais qui ne peuvent pas décrire ou identifier toute assurance: Patrick M. Liedtke, Secrétaire général et directeur exécutif de l'Association de Genève, *L'assurance et son rôle prépondérant dans les économies modernes*, FFSA, disponible en ligne [[http://www.ffsa.fr/webffsa/risques.nsf/b724c3eb326a8defc12572290050915b/a6f6d0cd9a0c0cd5c125723a0035da69/\\$FILE/Risques\\_063\\_0024.htm#n1](http://www.ffsa.fr/webffsa/risques.nsf/b724c3eb326a8defc12572290050915b/a6f6d0cd9a0c0cd5c125723a0035da69/$FILE/Risques_063_0024.htm#n1)], page consulté le 11 juin 2014.

90 Y. Lambert-Faivre, *Droit des assurances*, 8<sup>e</sup> éd. 1992, n° 33 ; R. Carton de Tournai et P. Van Der Meersch, *Précis des assurances terrestres en droit belge*, I, n° 23 ; J.L. Fagnart, « Examen de jurisprudence (1981 à 1990). « Les assurances terrestres », *RCJB.*, 1991, pp. 697-698 ; « De la notion et des limites de l'aléa susceptible d'être garanti dans les assurances de choses, de personnes et de responsabilité professionnelle », *Bull. Ass.*, 1981, pp. 587-631.

91 A. Chaufton, *L'assurance*, Paris t. III, 1884, p. 347.

92 V. M. Chagny, L. Perdrix, *op. cit.*, p. 28 et ss ; J. Bonnard, *Droit des assurances, op. cit.*, paragraphe, 670 et 671.

93 Lorsqu'on utilise des éléments de la technique actuarielle dans la définition de l'assurance « *il s'agit d'un point de rencontre entre la technique et le droit ; la technique n'est qu'un élément de fait externe que le droit prend en considération* » J. Bigot ss dir., J. Beauchard, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayeux, V. Nicolas, *Traité du droit des assurances, le contrat d'assurance, op. cit.*, p. 11.

mécanisme de compensation des risques au sein de la mutualité. Les premiers contrats sont donc conclus sans le soutien de la technique mutuelle. Par conséquent, tout en insistant sur l'importance évidente de la technique de l'assurance contemporaine et en rappelant que plusieurs règles juridiques répondent au souci de faciliter son application, la définition de la notion d'assurance ne doit pas être essentiellement établie sur ses techniques. La compensation des risques par l'assureur n'a rien à voir avec la définition. Son absence n'a pas pour effet d'affecter la notion d'assurance qui consiste en la prévention contre des événements aléatoires<sup>94</sup>.

**64.** Dans la recherche d'une définition de l'assurance, plusieurs tentatives étatiques se sont efforcées afin de mettre en place une définition unique. Les premières définitions sont apparues avec la constitution officielle des premières commissions chargées de l'élaboration du projet de la loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance. Dans cet objectif, une Commission ministérielle présidée par « Lyon-Caen » en 1902, a défini l'assurance comme « *un contrat par lequel l'assureur s'oblige, moyennant une rémunération appelée prime ou cotisation, à indemniser l'assuré des pertes ou dommages que celui-ci peut éprouver par suite de la réalisation de certains risques relatifs à ses biens ou sa personne* ». Un siècle plus tard, en 2004, la Commission européenne, dans son règlement n° 2236/2004<sup>95</sup>, a défini l'assurance comme « *un contrat selon lequel une partie (l'assureur) accepte un risque d'assurance significatif d'une autre partie (le titulaire de la police) en convenant d'indemniser le titulaire de la police si un événement futur incertain spécifié (l'événement assuré) affecte de façon défavorable le titulaire de la police* ».

**65.** Ces définitions du XIX<sup>ème</sup> et XX<sup>ème</sup> siècle ont considéré que l'assurance est une technique contractuelle d'indemnisation des dommages liés au hasard<sup>96</sup>. Celles-ci peuvent faire l'objet de diverses critiques. Dans un premier temps, elles ne convenaient pas à l'assurance vie forfaitaire, excluaient l'assurance de responsabilité et ne faisaient pas référence à l'assistance ou à la protection juridique<sup>97</sup>. Dans un deuxième temps, contrairement aux objectifs que nous poursuivrons dans la

---

94 M. Fontaine, *op. cit.*, p. 91 et 94.

95 Comm. CE, Règl., n° 2236/2004, 29 décembre 2004, portant adoption de certaines normes comptables internationales conformément au règlement (CE) no 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil, pour ce qui concerne les normes internationales d'information financière IFRS 1, 3, 4 et 5, les normes comptables internationales IAS 1, 10, 12, 14, 16 à 19, 22, 27, 28 et 31 à 41, et les interprétations du comité permanent d'interprétation SIC 9, 22, 28 et 32, *JOUE*, 31 décembre 2004, n° L. 392/1.

96 Potier définit l'assurance comme « *un contrat par lequel l'un des contractants se charge du risque des cas fortuits auxquels une chose est exposée, et s'oblige envers l'autre contractant de l'indemniser de la perte que lui causeraient ces cas fortuits, s'ils arrivaient ; moyennant une somme que l'autre contractant lui donne, ou s'oblige de lui donner pour le prix des risques dont il a la charge* » : M. Chagny, L. Perdrix, *op. cit.*, p. 26.

97 J. Bigot ss dir., J. Beauchard, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayeux, V. Nicolas, *Traité de droit des assurances, le contrat d'assurance*, *op. cit.*, p. 24. ; V. article L. 127-1 du Code des assurances sur la définition de l'assurance protection juridique.

définition de la notion d'assurance en matière concurrentielle, celles-ci font référence au contrat d'assurance et font un lien entre l'assurance activité et l'assurance relation contractuelle. Néanmoins, cela se justifie par le fait qu'elles avaient pour objectif de définir le contrat d'assurance. Il est très controversé également de donner de l'importance au principe indemnitaire afin de définir l'assurance ou le contrat puisque seules les assurances de dommages sont des contrats d'indemnité tandis que les assurances de personnes ne le sont pas<sup>98</sup>. En effet, certaines opérations d'assurance sur la vie sont considérées comme une forme de placement ou de spéculation qui n'a rien à voir avec l'indemnisation. L'assurance en cas de vie devrait toujours être une promesse de capital, sans lien nécessaire avec un dommage, dont les primes seraient la contrepartie<sup>99</sup>.

66. Il est tout à fait juste de dire que le principe indemnitaire caractérise l'assurance mais il ne devrait pas être retenu dans la définition de la notion d'assurance. Selon H. Capitant, le principe indemnitaire s'applique aux assurances de dommages pour des raisons d'ordre public mais il n'est pas un élément essentiel du contrat ou de l'assurance au plan juridique. Ainsi, dans une Commission du 1924 sur la loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance, ce dernier a tenté de définir l'assurance comme « *le contrat par lequel l'assureur s'oblige, moyennant une rémunération appelée prime ou cotisation, à certaines prestations, au cas où se réaliseraient certaines éventualités relatives aux biens ou à la personne de l'assuré* »<sup>100</sup>. Dans la même Commission, Fontaine, tout en reconnaissant que le principe indemnitaire ne peut jouer pour les assurances de personnes, pense que « *s'il doit y avoir un concept unitaire du contrat d'assurance, ce que nous croyons, ce principe indemnitaire ne peut en être un élément essentiel. Là où il intervient, le principe ne participe pas de la nature intime du contrat* ». Bien que ces définitions puissent englober la plupart des assurances, elles sont considérées un peu vague et ne prenaient pas en compte l'assurance de responsabilité<sup>101</sup>.

67. Le Conseil de la concurrence dans un avis exprimé en 1998<sup>102</sup>, suite à la sollicitation de

---

98 En France, la question paraît avoir été tranchée implicitement et expressément par le législateur. Implicitement, car dans le Code des assurances contenant les dispositions communes aux assurances de dommages et aux assurances de personnes, il n'est pas question du principe indemnitaire. Ce silence ne paraît pas être le résultat d'un oubli puisqu'en revanche, concernant la partie relative aux assurances de dommages, une disposition expresse précise que l'assurance relative aux biens est un contrat d'indemnité. Cela signifie que le principe indemnitaire participe de la nature même des assurances dommages sans qu'il ne le soit pas pour l'assurance de personne : *Idem.*, Jean Bigot ss dir., J. Beauchard , V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayeux, V. Nicolas, *Traité de droit des assurances, le contrat d'assurance*, *op. cit.*, p. 15.

99 *Ibid.*, p. 13.

100V. Nicolas, *op. cit.*, 2012.

101Finalement, la loi du 13 juillet 1930, dont l'économie a été reprise pour l'essentiel par le livre I du Code des assurances pour ce qui concerne l'assurance terrestre, a abandonné toute tentative de définition du contrat d'assurance : J. Bigot ss dir., J. Beauchard , V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayeux, V. Nicolas, *Traité de droit des assurances, le contrat d'assurance*, *op. cit.*, p. 15 et 24.

102Cons. Conc. Avis, n° 98-A-03, 24 février 1998, relatif à une demande d'avis de la commission des finances du Sénat

l'assemblée nationale sur la situation de la concurrence dans le secteur des assurances, a défini l'assurance comme « *l'opération par laquelle une personne, l'assureur, s'engage à exécuter une prestation au profit d'une autre personne, l'assuré, en cas de réalisation d'un événement aléatoire, le risque, en contrepartie du paiement d'une somme, la prime ou cotisation.* »<sup>103</sup>. Cette définition n'est pas à l'abri de toute critique. Ainsi, déplore-t-on l'imprudence de son adoption. En effet, celle-ci mélange deux choses ; l'assurance opération et l'assurance contrat. Autrement-dit, on considère que les obligations de tout assureur et assuré sont la conséquence de l'opération d'assurance alors que celles-ci sont la conséquence juridique du contrat d'assurance. Malgré le fait que cette définition s'intéresse aux mécanismes contractuels, cela ne peut pas justifier la confusion de la notion opération et contrat d'assurance. Du point de vue concurrentiel, cette définition est insuffisante pour décrire la notion d'assurance. On peut considérer que le contrat d'assurance constitue l'entreprise essentielle qui assure la fourniture de tous les produits et prestations d'assurance mais il ne peut être défini comme une opération. Le Sénat, dans son rapport de 1998/1999<sup>104</sup> relatif à la situation de l'assurance en France face à l'ouverture du secteur au niveau européen et à la veille de l'adoption de l'Euro, a repris, malgré les critiques relatées, cette définition.

**68.** Pour conclure, l'inclusion des éléments techniques – comme le principe indemnitaire ou forfaitaire, ou l'utilisation des termes liés à la technique de mutualisation ou de capitalisation – n'a pour effet que d'exclure certains contrats, opérations ou activités de la notion générale de l'assurance. Néanmoins, la divergence des différentes définitions de l'assurance ne devrait pas nous conduire à les écarter puisque chacune comporte un aspect ou un élément important dans l'établissement du contenu de l'assurance. En outre, il est nécessaire d'admettre que l'effet du contrat d'assurance sur la définition de l'assurance est en général inévitable. En effet, dans toutes les assurances, le rôle du contrat dans l'exercice de cette activité ne peut être négligé. Par ailleurs, seule la prévention contre des événements aléatoires constitue l'élément qui unifie l'ensemble des définitions de l'assurance.

---

concernant la situation de la concurrence dans le secteur de l'assurance.

103 Cette définition constitue désormais une référence dans toutes les décisions de l'Autorité de la concurrence concernant le secteur des assurances : *Cf.*, notamment : Cons. Conc. Avis, 03-A-19, 17 novembre 2003, relative à une demande de la Fédération française des courtiers d'assurances et de réassurance portant sur les conditions de négociation des contrats de coassurance des risques industriels.

104 Doc., Sénat, Commission des finances, Rapport d'information n° 45, La situation et les perspectives du secteur des assurances en France, 1998/1999, tome II : disponible sur le site du Sénat : [www.senat.fr](http://www.senat.fr)

## § 2. L'aléa : élément de convergence en matière d'assurance

69. Lors de l'apparition de l'activité d'assurance, cette activité était soumise aux règles du droit commun des obligations du Code civil de 1804. En vertu de celles-ci, la seule condition pour que le contrat d'assurance soit valide est la présence d'un caractère aléatoire. Nul ne s'étonnera donc de l'importance qu'il représente, surtout au gré des décennies où ne cessent de croître les contrats d'assurance ou voisins, en volume, puis par catégories<sup>105</sup>. Selon la jurisprudence, l'aléa est l'élément essentiel de définition de l'assurance<sup>106</sup> et « l'essence même du contrat d'assurance »<sup>107</sup>. Il est la cause de l'obligation de chacune des parties « assureur comme assuré ». Sauf exception particulière résultant du régime actuel de la protection sociale, son défaut au moment de la conclusion du contrat est sanctionné par la nullité<sup>108</sup>.

70. Si la plupart des définitions manifeste des hésitations sur les éléments essentiels qui devraient apparaître dans la définition de la notion d'assurance, l'aléa demeure le seul élément auquel toute définition fait référence<sup>109</sup>. Par contre, la doctrine s'oppose sur ce qu'il faut entendre par l'aléa en assurance. Toute analyse à propos de cet élément devrait être associée à tous les produits et services d'assurances commercialisés sur le marché.

---

105V. Nicolas, *op. cit.*, p. 89.

106Civ. 1<sup>re</sup>, 17 février 1990, *Bull. Civ.* I, n° 52.

107Civ. 1<sup>re</sup>, 11 octobre 1994, *Bull. Civ.* I, n° 277.

108Nullité relative : Civ. 1<sup>re</sup>, 9 novembre 1999, n° 97-16.306, RVA 200, comm., n° 33 ; H. Groutel, « La nullité de contrat d'assurance pour absence d'aléa », *Ibid.*, chron., n° 2 ; Cette nécessité se reflète dans les textes du Code des assurances, tel l'article L. 121-15, alinéa 1, selon lequel « l'assurance est nulle si, au moment du contrat, la chose assurée a déjà péri ou ne peut plus être exposée aux risques ». Par ailleurs, la Cour de cassation rappelle régulièrement que le contrat d'assurance, par nature aléatoire, ne peut porter sur un risque que l'assuré sait déjà réalisé : Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 novembre 2003, *Bull. Civ.* I, n° 220.

109*Supra*, paragraphe 57 et s.

71. Avant la récente réforme du droit des contrats introduit par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, le Code civil retenait deux conceptions de l'aléa, l'un viagère et l'autre financier. À cet égard, dans son article 1964, il définissait le contrat aléatoire comme « *une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain* ». L'article 1104 de même Code considérait également que « *lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire* ». Malgré toute critique pouvant être apportée sur l'emploi de ces deux textes dans un même Code, il est intéressant de rappeler que ces deux définitions insistent sur l'existence d'un événement incertain pour qualifier un contrat comme aléatoire. La référence à un événement incertain, l'« élément aléatoire du contrat », constitue la seule circonstance caractérisant l'aléa dans tout contrat. Aujourd'hui ces deux articles ont été fusionnés et rédigés dans un même texte. Selon L'article 1108 du nouveau Code civil le contrat est « *aléatoire lorsque les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain* ». Pourtant, en droit de la concurrence, cette précision n'est pas suffisante pour éclairer le contenu et les composants de l'aléa caractérisant le secteur des assurances. Or, selon le Code civil et les analyses économiques, on peut distinguer diverses sortes d'activités aléatoires, comme le jeu, le pari, la rente viagère<sup>110</sup>. En outre, l'aléa ne se manifeste pas de la même manière dans les différentes branches d'assurance dommages et d'assurance de personnes. La distinction entre le caractère aléatoire du contrat et l'incertitude qui affecte la qualification du contrat doit être mise en lumière.

72. En matière concurrentielle, le Conseil de la concurrence, dans son avis de 1998<sup>111</sup> relatif à la situation de la concurrence dans le secteur des assurances, a cité expressément cet élément comme la condition dont dépend l'exécution de l'obligation de l'assureur. La pratique décisionnelle et jurisprudentielle en matière concurrentielle n'a pas eu l'occasion de s'exprimer explicitement sur le contenu ou les composants de l'élément aléatoire qui caractérise l'assurance. Mais en analysant la définition du Conseil de la concurrence, on peut observer que l'élément aléatoire qui caractérise l'assurance, selon cette définition, est le risque, pour l'assureur, de voir se réaliser l'événement incertain déterminé au contrat d'assurance<sup>112</sup>.

---

110L'article 1104 du Code civil cite parmi les contrats aléatoires : le contrat d'assurance, le jeu, le pari et le contrat de rente viagère ; mais d'autres contrats peuvent également manifester certains aléas : cf. notamment S. Beaugendre, *Contrat d'assistance et activités d'assurance*, Paris, L.D.G.J., 2000 ; cf. également la différence entre l'assurance et d'autres contrats aléatoires : V. Nicolas, *op. cit.*, p 94.

111Cons. Conc. Avis, n° 98-A-03, préc.

112Pour plus de détails sur la notion du « risque » voir : L. Mayaux, « Qu'est ce qu'un contrat d'assurance », *RGDA*, 01 juillet 2011 n° 2011-03, p. 631.

73. Plusieurs analyses doctrinales se sont efforcées afin d'illustrer le contenu et les composants de l'aléa caractérisant les différents produits et services d'assurance. Toutes ces initiatives ne peuvent qu'être complémentaires et elles ne peuvent être séparées, opposées ou conflictuelles. L'aléa en matière d'assurance peut se manifester de différentes manières. Il faut également insister sur le fait qu'en matière concurrentielle, la détermination de la notion de l'aléa contribue essentiellement à la clarification des composants de l'élément nécessaire des différents produits et services qualifiés d'assurance. Cela participe également dans la distinction des produits d'assurance de ceux qui leurs sont proches. Le contentieux concernant la qualification des produits d'assurance vie en produit d'épargne, de capitalisation ou d'assurance constitue le meilleur exemple<sup>113</sup>.

74. Les différentes définitions proposées par la doctrine révèlent que l'aléa en assurance repose sur une incertitude quant à la survenance d'une situation nécessitant une prestation en espèce ou en nature. L'imprévisibilité de la survenance de l'événement incertain pour l'assureur comme pour l'assuré constitue l'événement qui caractérise son élément aléatoire. L'objet de l'assurance est bien aléatoire car la garantie d'assurance est incertaine. Cette incertitude repose sur un événement non déjà réalisé et indépendant de la volonté des parties<sup>114</sup>. Mais si cette analyse convient pour les assurances dommages, elle est loin d'être satisfaisante vis-à-vis de certains produits d'assurance vie.

75. En général, l'aléa s'analyse objectivement et repose sur la chance de gains ou de pertes partagées de façon antagoniste ou concurrente par les parties. Cette chance est liée à l'exécution de l'obligation de chacune des deux parties. Si l'événement survient, l'assureur devra s'exécuter et le coût de son intervention excédera, ou du moins pourra excéder, le coût de la prime. Au contraire, si l'événement ne survient pas, l'assureur encaissera la prime ou l'ensemble des cotisations sans avoir eu à s'exécuter. Il aura réalisé un gain, tandis que l'assuré aura perdu le montant de la prime ou de la cotisation. L'aléa peut s'analyser également sur un plan subjectif eu égard à la considération par les parties du déséquilibre économique final induit par leur contrat, dès sa formation. L'assurance réalise le transfert de la charge d'un risque financier lié à la survenance de l'événement incertain<sup>115</sup>. Au plan économique, le contrat d'assurance constitue le support contractuel de l'achat d'une sécurité.

76. Par ailleurs, il est nécessaire de prêter attention à ce que le caractère aléatoire ne reste pas lié à

---

113Cf., pour plus de détails : J. Bigot ss dir., J. Beauchard, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayeux, V. Nicolas, *Traité du Droit des assurances, le contrat d'assurance*, op. cit., p. 119 et s.

114V., S. Beaugendre, op. cit., p. 23 et s. ; V. Nicolas, op. cit., p. 94 et s.

115S. Beaugendre, op. cit., p. 23.

l'incertitude quant à la réalisation de l'événement, puisqu'il peut être lié à la date d'exécution de l'obligation ou à la valeur de cette obligation<sup>116</sup>. Ainsi l'aléa peut être caractérisé même dans le cas où certains risques sont certains. Tel est le cas dans l'assurance vie en cas de vie ou de décès. Dans ces assurances, la date du sinistre et le nombre d'années de paiement des primes demeurent inconnus<sup>117</sup>. Ainsi en assurance en cas de vie, le fait d'atteindre le terme du contrat d'assurance, comme l'espère l'assuré, tout en restant en vie constitue le risque pour l'assureur d'exécuter son obligation caractérisant l'élément aléatoire. Alors qu'en assurance en cas de décès, le fait d'être décédé – un événement dont ni l'assuré ni l'assureur ne l'espère – avant la fin du terme du contrat illustre le risque qui révèle l'élément aléatoire pour l'assureur comme pour l'assuré.

77. L'apparition de contrats d'assurances mixtes, « en cas de vie et en cas de décès », a remis en cause le caractère aléatoire de ce contrat particulier. Il faut rappeler que dans l'objectif de la recherche à réduire les effets négatifs de l'aléa sur la situation économique et financière des deux parties, assureur comme assuré, les opérateurs d'assurance ont mis en place l'assurance dite « mixte ». Par ce produit, les deux parties sont certaines de l'exécution de leurs obligations. L'assureur sait bien que son engagement sera mis à exécution plus tard, à la fin du terme du contrat, dans les deux hypothèses, en cas de vie, de rachat ou de décès de l'assuré. Et pareillement, l'assuré est sûr que les différentes sommes payées à l'assureur comme primes ou cotisations seront remboursées avec l'addition des intérêts convenus au contrat. En raison de la certitude de l'exécution des obligations des parties, une portion de la doctrine et des juridictions du fond les a dépossédées de tout aléa. Par conséquent, elles les ont privés de la qualification du contrat d'assurance et les ont assimilés à des contrats d'épargne bancaire ou de capitalisation dépourvus de tout caractère aléatoire<sup>118</sup>. À l'inverse, une autre partie de la doctrine et des juridictions du fond a maintenu l'idée de l'aléa et la qualification assurantielle de tels contrats en raison de l'incertitude quant à l'issue du contrat<sup>119</sup>, puisqu'on ne sait pas par avance à quelle date le contrat prendra fin ou qui en sera le bénéficiaire<sup>120</sup>.

78. Afin de mettre fin au conflit doctrinal et à l'insécurité jurisprudentielle, la Cour de cassation est intervenue par quatre arrêts pris le même jour par sa chambre mixte du 29 juillet 2004<sup>121</sup> pour

---

116Cf. notamment M. Chagny, L. Perdrix, *op. cit.*, p. 75.

117Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *op. cit.*, p. 200 ; J. Bonnard, *Droit des assurances*, Paris, Delmas, 1<sup>er</sup> éd., 1997, p. 13.

118CA, Toulouse, 24 octobre 1995 : *JCP* 1996, II, 22595, note Bigot ; CA, Rouen, 10 septembre 1997, *J.D* n° 1997-049806.

119CA, Paris 2 octobre 2001 : *D.* 2001, *inf. Rap.* p. 3248 ; CA, Orléans, 7 janvier 2002, *J.D* n° 2002-172971.

120 J. Bonnard, *op. cit.*, p. 218 et s.

121Ch. mixte. 23 novembre 2004, *Bull. Civ.* n° 4 ; M. Joseph X. c/ sté Prédica et a. : *J.D* n° 2004-025782 ; Sur la nature

déclarer que les contrats d'assurance mixtes manifestent un certain aléa et de ce fait, conservent leur caractère aléatoire et en conséquence la qualité de produits d'assurance. L'assureur s'engage à verser la totalité des sommes en réserve à la fin du terme du contrat en cas de vie ou en cas de décès. Et l'assuré s'engage à payer les primes ou cotisations exigées par l'assureur. Les obligations des parties sont fixées et certaines. Néanmoins, la date et la valeur de l'exécution des parties ou de l'une d'entre elles sont indéterminées. Le jour où le contrat arrive à terme ou lorsque l'assuré décède, l'obligation de l'assureur sera exécutée et la vraie valeur sera établie. C'est donc d'une date d'exécution et d'une étendue de la valeur de l'obligation qu'il s'agit. Dans notre exemple, les obligations des parties sont fixées mais la valeur de l'exécution d'une des parties est indéterminée. Ce n'est pas l'exécution en elle-même de l'obligation qui est suspendue à la survenance d'un événement incertain mais la date et la quantité de prestations. Donc, ce n'est pas seulement l'éventualité de l'exigibilité de l'obligation qui constitue le critère aléatoire de toute assurance mais la qualité et la quantité de la prestation qui peuvent également être prises en considération<sup>122</sup>.

---

juridique de l'assurance mixte : V. M. Chagny, L. Perdrix, *op. cit.*, p. 527.

122 « Plusieurs auteurs recherchent le caractère aléatoire des contrats d'assurance dans lesquels l'assureur verse à l'assuré un capital correspondant aux versements des primes majorées d'un intérêt. Ces auteurs ont montré que lorsque l'assurance-vie concerne une assurance en cas de mort, la conclusion selon laquelle l'assuré n'encourrait aucun risque de perte, constituant le gain de l'assureur, ainsi que l'exige l'article 1104 du Code civil. Cette chance de gain existe bien, l'assureur pouvant dans certaines hypothèses, lorsque le capital se trouve sans bénéficiaire du fait de la mort de ceux désignés dans le contrat, conserver les primes dans son patrimoine, à la différence d'une banque, qui, dans une situation identique, verrait l'État venir récolter les fruits de cette épargne constituant un actif d'une succession alors en déshérence. On s'est interrogé sur la consistance du risque de perte de l'assureur qui doit verser un capital correspondant au montant capitalisé des primes (cette pensée ou réflexion est valable pour toute assurance vie, en cas de vie ou de décès). M Bigot justifie par le risque monétaire, puisque l'assureur est d'abord exposé à un risque de taux d'intérêt, dans la mesure où légalement, ou contractuellement, sur un taux de rendement et Kullmann abonde en ce sens "Lamy Assurances, 2000, n° 141 et s" : pour cet auteur, l'assuré voulant se prémunir du risque de fluctuation monétaire, le transférerait sur l'assureur. Il ne s'agirait alors plus d'une assurance de personnes, mais d'une assurance de pertes pécuniaires. Mais, ceci est insuffisant pour caractériser l'aléa que requiert le contrat d'assurance. Cet aléa est identiquement supporté par un banquier sans que l'on songe à requalifier les contrats de banque en contrats d'assurance !

On ajoutera même que tout prestataire de service s'engageant dans le cadre d'un marché à forfait, qui n'a pas prévu de clause d'indexation au cas de fluctuation monétaire, encourt le même risque.

L'aléa monétaire est certes susceptible de constituer le déséquilibre économique final qui caractérise les contrats aléatoires. Ce risque économique doit avoir été envisagé par les parties dès la conclusion du contrat. Sinon, il s'agit d'un aléa économique sans incidence juridique que la jurisprudence qualifie d'aléa des affaires. Mais quand bien même ce risque aurait-il intégré la cause du contrat, encore faut-il, pour caractériser le contrat d'assurance, que ce déséquilibre économique final s'inscrive dans un contrat au sein duquel l'obligation de l'assureur est conditionnelle, l'incertitude pouvant porter sur l'existence même d'une prestation d'assurance ou sur le moment indéterminé de cette exécution. Or, parfois, ce n'est pas un événement incertain qui détermine le moment de versement du capital par l'assureur. La mise à la retraite par exemple, n'est pas un événement incertain. Ainsi en est-il des contrats de retraite souscrits par les employeurs, la mise à la retraite du salarié étant un événement que ceux-ci maîtrisent. Les contrats de capitalisation non liés à un événement incertain sortent donc inéluctablement du cadre du contrat d'assurance. Les critiques fustigées par une certaine doctrine à l'encontre des assurances dites mixtes, par lesquels les contrats de capitalisation sont conclus dans un contrat global d'assurance en cas de décès avec faculté de rachat, sont donc parfaitement fondées. G. Courtieu souligne judicieusement que seule l'exécution de l'obligation de l'assureur au moyen d'un versement d'une rente viagère à l'assuré ou à ses héritiers permet de conserver le caractère aléatoire du contrat, à l'inverse d'une libération par le versement d'un capital, fruit d'une opération de banque » : S. Beaugendre, *Contrat d'assurance et activité d'assurance*, Paris, L.D.G.J., 2000, p. 110, note de bas de page n°317.

**79.** En ce qui concerne l'exercice de son contrôle sur le concept légal de l'aléa, la Cour de cassation énonce dans ses arrêts du 29 juillet 2004 que « *le contrat d'assurance dont les effets dépendent de la durée de la vie humaine comporte un aléa au sens des articles 1964 du Code civil et L. 310-1, 1° et R. 320-1-20 du Code des assurances et constitue un contrat d'assurance sur la vie* ». Partant, une notion viagère de l'aléa est suffisante pour donner à un contrat sa qualification d'assurance. Cette solution a été critiquée pour avoir négligé l'aléa financier exigé anciennement par l'article 1104 al. 2 du Code civil<sup>123</sup>. Néanmoins, depuis cette date, la Cour ne s'est pas prononcée sur cette question.

**80.** En matière concurrentielle, la question pourrait rebondir. Si les banquiers concernés par les produits d'épargne bancaire ou d'épargne capitalisation introduisent des contestations devant les autorités de la concurrence en dénonçant toute différence de traitement entre les produits d'épargne bancaire et les assurances dites mixtes, comment ces autorités pourront-elles réagir? Pourront-elles qualifier par exemple ces assurances mixtes par rapport aux produits d'épargne bancaire comme des produits d'épargne ou de capitalisation? Et par conséquent, les soumettre aux mêmes obligations juridiques et économiques du droit de la concurrence? Ou au contraire, comme des produits distincts d'assurances et de ce point de vue les soustraire de toute suppression des avantages concurrentiels au niveau fiscal par exemple?

**81.** Il est sûr que si une telle question était introduite devant l'Autorité de la concurrence, la Commission européenne ou la CJUE, l'aléa aurait un rôle déterminant dans toute réponse. Mais, la prévision de la position de ces autorités sur les composants de l'aléa caractérisant ces produits et services particuliers d'assurance n'est pas évidente. Ne serait-il pas plus logique de restituer à chaque contrat sa véritable qualification et d'autoriser les assureurs à effectuer des opérations de banque en contrepoint de l'autorisation délivrée aux banques d'effectuer des opérations d'assurance? Les concepts de bancassurance et d'assurbanque s'en trouveraient éclairés. Par contre,

---

<sup>123</sup>« Cette solution a été adoptée par la Cour de cassation afin de mettre terme à l'insécurité juridique engendrée par la contradiction des décisions des juges du fond. Dans cette solution, la Cour adopte une conception politique et pragmatique de l'aléa, précisée par la FFSA, le Conseil supérieur du notariat et les ministères de la justice et de l'Économie dont les avis ont été mentionnés dans ses arrêts. Par contre, la Cour de cassation méconnaît la définition fondamentale de l'aléa donnée par l'article 1964 du Code civil, selon lequel : le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain. En effet, il n'y a aucune incertitude pour l'assureur quant à ses chances de gains ou de pertes, puisqu'il doit, en tout état de cause, verser au bénéficiaire le montant des primes perçues, majoré des produits de placement et diminué des frais de souscription et de gestion. Quant à l'aléa viager, il est fictif puisqu'il n'existe aucune incertitude quant à la vie ou à la mort de tout un chacun sur une période donnée. En claire, cette opération d'assurance qui ne couvre aucun risque (ou incertitude) véritable nous paraît être complètement absorbée dans une opération d'épargne individuelle dans laquelle le capital est garanti à un terme fixe, sans la moindre incertitude pour l'assureur. L'assureur s'apparente plutôt à un banquier qui fait fructifier un placement à moyen ou long terme des épargnants avec un traitement fiscal de faveur emprunté au droit des assurances » : J. Bonnard, *op. cit.*, p. 221.

il est sûr que l'Autorité de la concurrence se verra obligée de s'aligner sur la position de la Cour de cassation tant que les décisions de celle-là sont soumises au contrôle de celle-ci. Il faut savoir que dans la mesure où il existe une part d'aléa, si minime soit-elle, le contrat sera qualifié d'assurance. Un « zeste » d'aléa préserve la nature du contrat<sup>124</sup>.

**82.** En définitive, en parallèle des différentes caractéristiques de l'assurance invoquées précédemment, l'aléa constitue l'élément essentiel pour définir la notion d'assurance exercée dans le secteur des assurances. Cette exigence perd, parfois, de sa rigidité, sous l'impulsion de la pratique. Ainsi, la loi fait obligation aux organismes, notamment aux entreprises d'assurances, qui garantissent une prévoyance complémentaire, de prendre en charge les suites d'états pathologiques survenus antérieurement à l'adhésion des intéressés<sup>125</sup> et en toute connaissance de cause. En matière d'assurances de responsabilité, la garantie dite de reprise du passé couvre les dommages survenus avant la souscription du contrat, à condition qu'ils soient inconnus du proposant<sup>126</sup>. Par ailleurs, dans le domaine de l'assurance sur la vie, il existe des contrats qui n'ont d'assurance que le nom. Ils correspondent en réalité à des opérations financières ou d'épargne dont l'aléa peut apparaître discrètement, de sorte que leur nature juridique a été controversée.

**83.** L'on comprend donc aisément que la définition de l'assurance ne peut être déterminée à l'aide d'une simple notion juridique, technique ou économique. L'addition de l'ensemble de ces éléments est nécessaire pour en saisir les contours mais ne suffit pas à appréhender le sens d'autres techniques utilisées par les assureurs qui cachent d'autres notions et mécanismes d'assurance.

---

124B. Beingier, *Droit des assurances*, Paris, Lextenso éditions, 2011, p. 152.

125Loi Evin n° 89-1009, renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques, 31 décembre 1989, *JO*, 2 janvier 1990.

126M. Chagny, L. Perdrix, *op. cit.*, p. 339.

## Section II-Les notions internes spécifiques au secteur des

### assurances

**84.** Afin de réduire la nuisibilité économique et financière de l'aléa dans l'assurance, plusieurs techniques basées sur la mutualisation ou la capitalisation sont développées et utilisées par les opérateurs d'assurance. Si celles-ci ne font pas partie intégrante de la définition de la notion d'assurance, la prise en compte de leurs méthodes et techniques se révèle nécessaire pour identifier certains produits et services faisant partie du secteur des assurances.

**85.** Réassurance et coassurance et assurance collective ou de groupe constituent des notions très particulières dont la définition doit être prise en compte dans la recherche d'une définition du secteur des assurances. Les assurances collectives se traduisant par une pluralité d'assurés (**paragraphe 2**) doivent être distinguées de celles où il y a une pluralité d'assureurs couvrant un même ou plusieurs risques, situation qui se rencontre dans la coassurance et la réassurance (**Paragraphe 1**).

## § 1. Notions de réassurance et de coassurance

**86.** La capacité de l'assureur à couvrir certains événements peut être saturée. En atteignant ses limites, l'opérateur d'assurance ne parvient plus à garantir à lui seul certains événements initialement garantis. Les causes sont variées et sont souvent la nouveauté de risque, sa gravité, ses incidences économiques ou encore de sa fréquence trop intense.

**87.** Malgré toutes les précautions prises par les assureurs (homogénéité, dispersion, mutualisation, division des risques, etc) et l'exploitation scientifique des statistiques pour le calcul des primes certains événements peuvent apparaître, en raison de leurs coûts très élevés, non assurables. Leur prise en charge peut menacer l'opérateur d'assurance et particulièrement l'ensemble de la mutualité des assurés.

**88.** Tout d'abord, il faut signaler que les lois principales de l'assurance ne sont pas toujours faciles à respecter. En particulier, la règle de dispersion des risques est parfois écartée et cela conduit à des cumuls de risques. En second lieu, les statistiques, à la base de l'assurance, concernent le passé. La réalité des sinistres peut en différer. Il peut y avoir ce que les assureurs appellent des séries noires, c'est-à-dire des sinistres répétitifs ou dont l'ampleur quant au coût est exceptionnelle<sup>127</sup>. L'importance de ces risques est parfois telle qu'un assureur ne sera pas en mesure de supporter seul leurs conséquences.

**89.** Les risques financiers de l'assurance résultant de la prise en compte de ces événements peuvent

---

<sup>127</sup>F. Couilbault, C. Eliashberg et M. Latrasse, *Les grands principes de l'assurance*, Paris, L'argus de l'assurance, 6<sup>e</sup> éd., 2003, p. 62.

dissuader les opérateurs d'assurance de les prendre en charge ou justifient pleinement la mise en œuvre d'une sécurité supplémentaire. D'où l'intérêt de regroupement de plusieurs assureurs au sein d'un groupe. Ainsi, certaines techniques d'assurance peuvent diviser la gravité des risques financiers entre assureurs. Coassurance (A) et réassurance (B) sont deux formes d'assurance et de répartition des risques entre assureurs. Ces deux techniques d'assurance utilisées dans la couverture des risques constituent deux notions distinctes et cumulatives de celle de l'assurance.

### A-Définition concurrentielle de la coassurance

90. Au préalable, il faut indiquer que le Code des assurances dans son article R. 111-1 avait défini la coassurance comme « *la situation dans laquelle plusieurs risques différents, notamment par leur nature ou par leur taux, peuvent être assurés par une police unique* ». Celui-ci a été abrogé puisqu'il ne reflétait pas la notion exacte de la coassurance<sup>128</sup>.

91. Au niveau européen, une directive du 30 mai 1978 portant coordination en matière de coassurance<sup>129</sup> a défini la coassurance dans son article 2 comme une opération qui permet qu'un risque soit couvert par plusieurs entreprises d'assurance, dont un est l'apériteur, sans qu'il y ait de solidarité entre eux, au moyen d'un contrat unique, moyennant une prime globale et pour une même durée. Cette définition peut faire l'objet de critiques en matière juridique et économique puisqu'elle ne précise pas clairement les différents éléments caractérisant la coassurance.

92. La doctrine a essayé de définir la notion de « coassurance »<sup>130</sup>. Elle s'est réunie sur la nécessité

---

128 Décret, n° 92-1356, 22 décembre 1992.

129 Au niveau européen la coassurance a été abordée par la Directive 78/473/CEE du Conseil, du 30 mai 1978, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives en matière de coassurance communautaire, *JOCE* n° 151 du 7 juin 1978 page 25 : Cette directive sera abrogée par la directive sur la solvabilité II de 2009 dès son application reportée jusqu'à 2017.

130 V. par exemple J. Bigot ss dir., J. Beauchard, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayeux, N. Véronique, *Traité de droit des assurances, le contrat d'assurance*, op. cit., p. 472 : « *La division de la garantie d'un gros risque entre plusieurs assureurs, chacun étant garant de la seule part qu'il a acceptée dans la limite du plein de souscription qu'il a déterminé pour son entreprise* ». En termes plus simples, la coassurance est l'organisation de la prise en charge d'un risque par divers assureurs, lors de la conclusion du contrat. La coassurance n'est qu'une réunion contractuelle de plusieurs assureurs, sans qu'ils soient solidaires, au sens juridique exact du terme ; Y. Lambert-Faivre, *Risques et assurances des entreprises*, 3<sup>e</sup> éd, Précis Dalloz n° 304 : la coassurance est « *l'existence simultanée, volontaire, et organisée d'assurances souscrites auprès de plusieurs entreprises d'assurance pour la couverture d'un seul risque* ».

de l'inclusion des différents éléments techniques et juridiques de l'opération. À la différence de l'assurance, la technique utilisée dans cette catégorie constitue l'élément essentiel et ultime de toute définition. La coassurance se distingue par rapport à l'assurance par le fait que plusieurs assureurs se regroupent afin de supporter ensemble la couverture d'un événement dont le coût de sinistralité ne peut être supporté par chacun individuellement. La coassurance permet, lorsque le risque est trop élevé pour être assuré par une seule compagnie, de le prendre en charge par plusieurs opérateurs d'assurance. La coassurance correspond à la situation dans laquelle un assureur engage avec lui un ou plusieurs assureurs afin de diviser la couverture d'un événement dont le coût, quant aux sinistres, est exorbitant. La participation de tous les coassureurs dans la couverture d'un même événement constitue l'élément caractérisant la coassurance<sup>131</sup>.

93. Le Conseil de la concurrence confirme que le montant extrêmement élevé de la garantie impose quelques fois de partager et de limiter le risque financier lié à un sinistre. Dans cette perspective, la coassurance est un montage permettant à plusieurs assureurs d'assurer par une police unique, au prorata du risque souscrit<sup>132</sup>.

94. Par ailleurs, ce ou ces risques pour lesquels une coassurance est établie appartiennent, selon le droit européen et français, à la catégorie dénommée « grands risques »<sup>133</sup>. Malgré le fait que ceux-ci ne soient pas, selon certains, les risques dits de « masse »<sup>134</sup>, cette constatation introduit une ambiguïté en ce qui concerne le contenu de ce terme. Les autorités de concurrence considèrent que le terme « grands risques » peut inclure tous les risques dont la couverture ne peut pas être garantie individuellement et suffisamment par les opérateurs d'assureurs<sup>135</sup>. Le législateur français s'alignant

*important. Elle se distingue ainsi des assurances multiples cumulatives réglementées par l'article L 214-4 du Code des assurances en raison de leur inorganisation et des dangers de fraude qu'elles suscitent. Dans la coassurance une société appelée apéritrice négocie au nom des autres assureurs les conditions du contrat, rédige la police et constitue l'interlocuteur normal de la coassurance auprès de l'assuré » ; H. Groutel, F. Leduc, P. Pierre, et M. Asselain, *op. cit.* p. 18 : la coassurance se présente comme une « sorte de division horizontale du risque. Chaque coassureur prend un pourcentage de la valeur du risque à sa charge de telle sorte que la totalité de la couverture ou de la garantie sera prise en charge par un ensemble d'assureur et selon les taux déterminés au contrat ».*

131 D'autres opérations créant des confusions : *Cf.*, notamment H. Groutel, F. Leduc, P. Pierre, et M. Asselain, *op. cit.*, p. 19.

132 Cons. Conc. Avis, n° 03-A-19, 17 novembre 2003, relatif à une demande de la Fédération française des courtiers d'assurances et de réassurances portant sur les conditions de négociation des contrats de coassurance des risques industriels, pt. 7.

133 Les différentes définitions de la coassurance font souvent référence à cette qualification : *Cf.*, J. Bigot ss dir., J. Beauchard, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayeux, V. Nicolas, *Traité de droit des assurances, le contrat d'assurance*, *op. cit.*, p. 472 : qui ont utilisé le terme « gros risques » ; D'autres ont utilisé le terme « risques importants » : Y. Lambert-Faivre, *op. cit.*, n° 304 ; Art. 1, 2 de la Directive 78/473/CEE du Conseil, du 30 mai 1978, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives en matière de coassurance communautaire, *JOCE* n°151 du 7 juin 1978 page 25 : « il s'agit de risques qui, du fait de leur nature ou leur importance, nécessitent la participation de plusieurs assureurs pour leur garantie ».

134 M. Chagny, L. Perdrix, *op. cit.*, p. 34.

135 La Commission a indiqué dans son considérant n° 14 du projet du règlement concernant l'application de l'article 81,

sur la position de la Commission européenne dans sa directive sur la coassurance, a énuméré les risques qualifiés de « grands risques » et pour lesquels une coassurance peut être mise en place<sup>136</sup>. Les grands risques, au sens de directive, sont les risques relatifs aux corps de véhicules ferroviaires, corps de véhicules aériens, corps de véhicules maritimes, lacustres et fluviaux, marchandises transportées (y compris les marchandises, bagages et tous autres biens), incendies et éléments naturels, dommages subis par les biens lorsque ce dommage est causé par la grêle ou la gelée, ainsi que par tout événement, tel que le vol ; les risques liés à la responsabilité civile de véhicules aériens, de véhicules maritimes, lacustres et fluviaux ; et enfin les risques liés à la responsabilité civile générale et protection juridique.

95. Il faut dire finalement que la définition de la coassurance en matière concurrentielle se constate en se référant à la technique constitutive de la coassurance. Elle répond au partage de plusieurs assureurs du même ou de plusieurs risques concernant un ou plusieurs assurés. Il faut aussi prendre en compte que ce ou ces risques ne peuvent également être assurés individuellement ou suffisamment par les différents opérateurs d'assurance. Si la technique de la coassurance la distingue de l'assurance, elle la différencie également de la technique utilisée dans la réassurance.

## **B-Définition concurrentielle de la réassurance<sup>137</sup>**

96. Parfois la technique de la mutualisation qui permet à l'assureur de réaliser les impératifs de dispersion et de division des risques devient inefficace. Arrivé au sommet de sa capacité à accepter

---

§ 3 (102, §3 TFUE) sur certaines catégories d'accord, de décisions et de pratiques concertées dans le domaine d'assurance que « *les groupements de coassurance ou de coréassurance permettent d'offrir une assurance ou une réassurance couvrant des risques pour lesquels ils ne pourraient offrir qu'une couverture insuffisante en l'absence de groupement* ».

136En droit français V., Article L. 111-6 du Code des assurances ; En droit européen V., Article 1 de la Directive 78/473/CEE du Conseil, du 30 mai 1978, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives en matière de coassurance communautaire, *JOCE* n°151 du 7 juin 1978 page 25 : lors de l'abrogation de cette directive cette énumération sera placée à l'annexe I dans les branches de 3 à 16 de la partie A de la Directive 2009/138/CE du Parlement européen et du conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II), *JOUE* L 335, 17 décembre 2009, p. 1.

137Cette technique est apparue au XVIIe siècle avec l'ordonnance maritime de 1681 : « *s'il advient que les assureurs ou aucun d'eux, après avoir signé en quelque police se repentent ou aient peur, ou ne voudraient plus assurer un tel navire, il sera en leur liberté de faire réassurer par d'autres, soit en plus grand nombre ou moindre prix* » : Bernard Beingier, *op. cit.*, p. 21.

des souscriptions d'un risque déterminé, l'assureur ne peut plus assumer seul ses engagements et doit donc, lui-même, s'assurer.

97. La réassurance permet donc à l'assureur de continuer à prendre en charge la couverture des risques de masse et en même temps que soient couverts les grands, voire très grands, risques. Sur ce point, la réassurance rejoint la coassurance dans la couverture des « grands risques »<sup>138</sup>. Toutefois, la réassurance se distingue de la coassurance en ce qui concerne la technique utilisée dans la couverture de ses risques.

98. À la différence de la coassurance, la réassurance est définie dans le Code des assurances comme « l'activité d'un organisme, [...], qui consiste à accepter des risques d'assurance cédés, » par d'autres organismes assureurs<sup>139</sup>. Cette définition a été adoptée suite à la transposition de la directive européenne n° 2005/68 relative à la réassurance par une ordonnance du 13 juin 2008<sup>140</sup>. Cette dernière a défini dans son article 2 la réassurance comme « l'activité qui consiste à accepter des risques cédés par une entreprise d'assurances ou une autre entreprise de réassurance, etc »<sup>141</sup>.

99. L'Autorité de la concurrence (ADLC) dans plusieurs décisions a défini la réassurance comme « une forme particulière d'assurance consistant, pour le réassureur, à prendre en charge tout ou partie des risques assurés par l'assureur primaire »<sup>142</sup>. Cette définition brève n'est pas suffisante pour bien saisir la notion de réassurance. Elle ne décrit ni la technique, ni le contrat qui devraient en faire partie. Elle correspond seulement à l'opération de réassurance pratiquée du côté du réassureur. Cependant, l'ADLC précise brièvement que la réassurance constitue une répartition des risques entre assureurs<sup>143</sup>.

---

138 Elle remplit également les fonctions suivantes : réduction des risques techniques par un transfert permanent au réassureur, plus grande homogénéité du portefeuille d'assurance, moindre volatilité des résultats techniques, alternative aux fonds propres, disponibilité de capitaux à des fins de financement et prestation de services : Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil concernant la réassurance et modifiant les directives 73/239/CEE et 92/49/CEE du Conseil ainsi que les directives 98/78/CE et 2002/83/CE, Bruxelles, 21 avril 2004 COM(2004) 273 final, 2004/0097 (COD), p. 2.

139 Article L. 310-1-1 du Code des assurances.

140 PE et Cons. CE, Dir. n° 2005/68, 16 novembre 2005, relative à la réassurance et modifiant les directives 73/239/CEE et 92/49/CEE du Conseil ainsi que les directives 98/78/CE et 2002/83/CE, JOUE, L. 323, 09 décembre 2005, p. 1 ; La définition de la réassurance du Code des assurances a été adoptée suite à la transition de cette directive par l'Ordonnance n° 2008-556 du 13 juin 2008.

141 Cette même définition est reprise à l'article L. 931-1-1 du Code de la sécurité sociale.

142 ADLC., Déc., n° 12-DCC-36, 19 mars 2012, relative à la concentration des groupes Réunica et Arpège, pt. 15 ; Déc., n° 10-DCC-117, 14 septembre 2010, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Secura par le groupe QBE Insurance, pt. 8 ; Déc., n° 10-DCC-52, 2 juin 2010, relative à la création d'une Société de Groupe d'Assurance Mutuelle (« SGAM ») par la MACIF, la MAIF et la MATMUT, pt. 16.

143 *Idem*, respectivement, pt. 16, 9 et 17.

100. Quant à la doctrine, elle a proposé d'autres définitions plus détaillées<sup>144</sup>. La réassurance est un concept assez paradoxal car elle consiste, pour un opérateur d'assurance, à s'assurer. L'assurance semble tellement indispensable que même les compagnies d'assurance ont besoin de s'assurer. La réassurance n'est que l'assurance de l'assureur<sup>145</sup>. Techniquement, la réassurance représente une division verticale des risques. L'assureur primaire s'adresse à un autre assureur ou réassureur spécialiste afin de s'assurer contre les aléas résultant de son activité. Le but ou l'intérêt de la réassurance est de diminuer, selon différentes modalités, la valeur du ou des risques pris en charge par l'assureur direct, qui reporte l'excédent sur le réassureur, lequel peut à son tour faire de même en rétrocedant, en amont, à un autre réassureur, la part qu'il ne veut plus conserver<sup>146</sup>.

101. Donc, finalement, la prise en compte de la technique de division des risques entre assureurs constitue l'élément nécessaire dans la définition des notions particulières comme la coassurance ou la réassurance. D'ailleurs, d'autres techniques utilisées dans l'assurance exigent également de les intégrer dans la définition comme c'est le cas pour les assurances de groupe ou collectives.

---

144C. Partrat, ss dir., et J. Blondeau, *La Réassurance : approche technique*, ECONOMICA, Paris, 2003, p. 10 : Dans cet ouvrage on peut trouver trois définitions : une générale, une économique et une juridique. En général, la réassurance se définit comme la technique par laquelle un assureur transfère sur une autre entreprise tout ou partie des risques qu'il a souscrits : « **économiquement**, cette politique de transfert de risque répond à la nécessité de protection de fonds propres de l'assureur ; **juridiquement**, la réassurance est un contrat par lequel un réassureur (dit cessionnaire) s'engage, moyennant rémunération, à rembourser à un assureur (dit cédant), dans des conditions déterminées, tout ou partie des sommes dues ou versées par l'assureur à ses assurés à titre de sinistre. L'opération constitue une cession pour l'assureur et une acceptation pour le ou les réassureurs. Ces derniers peuvent à leur tour rétrocéder cette affaire à un rétrocessionnaire » ; S. Abravanel-Jolly, *Droit des assurances*, Paris, ellipses, 2013 : « La réassurance est l'opération par laquelle une entreprise d'assurance, dénommée (cédant), se fait assurer à son tour auprès d'un réassureur, dénommé (cessionnaire), contre tout ou partie des risques qu'elle demeure seule à garantir à l'égard du souscripteur. Et lorsque le cessionnaire demande à son tour la garantie d'un autre réassureur, on l'appelle (rétrocedant), et son réassureur est appelé (rétrocessionnaire) ».

145 Cette notion, retenue pour la première fois par Picard et Besson, a fait l'objet de nombreuses études : M. Hagopian, « La nature juridique de la réassurance », *Mélange J. Bigot*, LGDJ, 2010, p. 165 ; « La réassurance », *J. Cl. Resp.civ. Et assur.* 2007, fasc. 620. La revue *Risque* a également consacré plusieurs dossiers sur la réassurance : « Où est la réassurance dans le monde, notamment en Europe ? », *Risques* n° 62, juin 2005, p. 19-83 ; « Assurance, réassurance, une autre contribution au développement », *Risques* n° 63, septembre 2005, p. 59-123 ; J. Blondeau et Ch. Partrat ss dir., *La réassurance. Approche technique*, Economica, 2007.

146 M. Chagny, L. Perdrix, *op. cit.*, p. 24.

## § 2. Assurances de groupes ou collectives

**102.** Comme dans la coassurance et la réassurance qui constituent deux notions distinctes de la notion d'assurance, l'assurance de groupe ou l'assurance collective constitue également, par sa technique, une notion interne et spécifique du secteur des assurances. L'ADLC a, itérativement, repris la distinction entre deux catégories d'assurance, une individuelle et une autre collective<sup>147</sup>. Mais, comme c'est le cas pour l'assurance individuelle, l'assurance collective n'a pas été définie par cette autorité. Il est également regrettable que cette distinction soit adoptée seulement pour les assurances de personnes sans la retenir pour les assurances de dommages. En effet, on peut aujourd'hui apercevoir des assurances de groupes ou collectives dans les deux branches « *assurances de personnes* » et « *assurances de dommages* »<sup>148</sup>. De leur part, les autorités européennes ne donnent aucune définition particulière à l'assurance de groupe ou collective.

**103.** Le Code des assurances, en faisant la distinction entre « assurance individuelle » et « assurance de groupe » et malgré l'absence d'une définition de l'assurance individuelle, donne une définition de l'assurance de groupe. Mais dans cette définition le législateur se réfère au contrat. Ainsi, selon l'article L. 141-1 du Code des assurances, l'assurance de groupe est « *un contrat souscrit par une*

---

147Cons. Conc. Avis, n° 98-A-03, 24 février 1998, relatif à une demande d'avis de la commission des finances du Sénat concernant la situation de la concurrence dans le secteur de l'assurance ; ADLC. Déc., n° 10-DCC-52, 2 juin 2010, relative à la création d'une Société de groupe d'assurance mutuelle (« SGAM ») par la MACIF, la MAIF et la MATMUT, pt. 19 ; ADLC. Déc., n° 11-DCC-186, 14 décembre 2011, relative à l'affiliation de la Mutuelle Civile de la Défense à l'union mutualiste de groupe Istya, pt. 8.

148Dans les professions réglementées, le législateur impose à ses membres de s'assurer contre les dommages causés aux tiers lors de l'exercice de leurs activités professionnelles ; V., par exemple : J. Bigot ss dir., J. Beauchard , V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayeux, V. Nicolas, *Traité de droit des assurances, le contrat d'assurance, op. cit.*, p. 130 et 133 et s ; M. Bigot-Gonçalves, *op. cit.*, p. 71 ; V., également dans ce sens les décisions : 03-D-03 et n° 03-D-04, 16 janvier 2003, relatives à des pratiques mises en œuvre respectivement par le barreau des avocats de Marseille et par le barreau d'ALBERTVILLE en matière d'assurances.

*personne morale ou une personne physique "chef d'entreprise" auprès d'un assureur en vue de l'adhésion d'un ensemble de personnes répondant à des conditions définies au contrat, pour la couverture des risques dépendant de la durée de la vie humaine, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité ou du risque de chômage. Les adhérents doivent avoir un lien de même nature avec le souscripteur* ». À la lumière de cette définition législative, il est tout à fait légitime de se demander si elle peut généralement être utilisée pour définir toute assurance de groupe ou collective souscrite auprès des différents opérateurs d'assureur<sup>149</sup>.

**104.** Malgré l'importance que peut nous fournir l'article indiqué ci-dessous dans la description de l'assurance de groupe, elle demeure un terrain de critique en matière juridique et économique. Tout d'abord, comme on peut le constater, le Code des assurances se contente d'attacher la définition de l'assurance de groupe au seul contrat conclu entre un assureur et un souscripteur « personne physique ou morale »<sup>150</sup> et sans prendre en compte les autres contrats conclus entre l'assureur et les assurés adhérents au contrat d'assurance de groupe<sup>151</sup>. En effet, l'ensemble des contrats d'adhésion conclus individuellement et selon les conditions et les modalités prévues dans le contrat initialement conclu entre assureur et souscripteur, constituent la véritable assurance collective ou de groupe. Ainsi, l'assurance de groupe ou collective se caractérise par la souscription des contrats d'adhésion par de futurs assurés remplissant certaines conditions prédéterminées dans le contrat cadre. Il est également critiquable que l'article L. 141-1 donne une importance aux risques pour lesquels une assurance de groupe est conclue. Cela a-t-il une importance sur la définition de l'assurance ou du contrat d'assurance de groupe ? Devrait-on restreindre la définition de l'assurance de groupe ou collective aux seules assurances de groupes ou collectives relatives aux événements précisés par l'article L. 141-1 du Code des assurances ? Si cette énumération invite à s'interroger sur sa validité juridique<sup>152</sup>, elle ne semble pas convaincante en matière concurrentielle qui, elle, s'intéresse à la

---

149Si contrairement au contrat d'assurance, l'assurance de groupe a été dotée d'une définition légale, celle-ci n'a pas mis un terme aux incertitudes entourant la définition des différentes assurances de groupe ou collective : M. Bigot-Gonçalves, *op. cit.*, p. 70.

150Ainsi la plupart de la doctrine définit l'assurance de groupe ou collective comme « *une convention ou un contrat socle d'assurance qui définit les modalités techniques et tarifaires des futures contrats qui seront souscrits dans le cadre de cette convention par des personnes liées avec le souscripteur par des relations de la même nature et remplissant les mêmes conditions définies au contrat ou à la convention cadre* » : M. Bigot-Gonçalves, *op. cit.*, p. 69 ; Cf., J. Bigot ss dir., J. Beauchard , V.Heuzé, J. Kullmann, L. Mayeux, V. Nicolas, *Traité de droit des assurances, le contrat d'assurance*, *op. cit.*, p. 129.

151N. Véronique, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, L.G.D.J. Bibl. dr. pr., t. 267, n° 470 ; « *L'assurance de groupe ne saurait toutefois se réduire au contrat liant l'assureur et le souscripteur. Elle suppose en effet l'entrée de l'adhérent au sein du schéma contractuel* » : Magali Bigot-Gonçalves, *Idem.*, p. 21.

152Certains auteurs dénoncent l'importance accordée aux risques couverts par la définition de l'article L. 141-1, estimant que ces derniers n'ont aucune influence sur la qualification de contrat d'assurance de groupe : Cf., H. Groutel, F. Leduc, P. Pierre, et M. Asselain, *op. cit.*, §. 2067 et s ; François Berdot, « L'assurance de groupe »,

technique plutôt qu'à une énumération juridique.

**105.** Il est également critiquable que la définition fournie par le Code des assurances utilise le terme « assurance de groupe » alors qu'en pratique, on peut distinguer l'utilisation de deux termes « assurance de groupe » et « assurance collective ». Ce double emploi pourrait avoir pour conséquence de faire croire à l'existence d'une différenciation entre deux notions spécifiques. Pour éviter toute ambiguïté sur l'unité ou la dualité des notions « assurance de groupe » ou « assurance collective », il faut souligner, tout d'abord, que dans de nombreux conflits les autorités compétentes de la concurrence, nationales et européennes, utilisent spontanément, au cas par cas, soit le terme « assurance collective » soit celui « assurance de groupe »<sup>153</sup> afin de se référer à la même technique. En réalité, ces deux termes constituent deux visages d'une même pièce. Ils représentent deux terminologies reflétant le même contenu. Si l'ADLC a utilisé, dans ses décisions précitées, le terme « assurance collective », ce n'est pas en raison de la différenciation du contenu de l'assurance de groupe. La dispersion des textes organisant ce type d'assurance dans différentes sources de droit et l'utilisation alternative des termes d'assurance de groupe, dans certains cas, et d'assurance collective, dans d'autres cas, a créé un débat sur la dualité du terme de même technique<sup>154</sup>. Dans la pratique, l'utilisation de ces deux termes pourrait apparaître liée aux domaines dans lesquels ils sont caractérisés. Ainsi, d'un côté, le terme « assurance de groupe » est souvent utilisé pour désigner soit les assurances emprunteurs souscrites par les banquiers à leur profit et à celui de leur client emprunteur, soit les assurances de groupe de responsabilité civile professionnelle souscrites par les ordres professionnels dans l'intérêt de leurs membres<sup>155</sup>. Alors que de l'autre côté, le terme « assurance collective » est souvent utilisé pour désigner les assurances souscrites par les employeurs, les syndicats ou organismes représentatifs des employeurs et des salariés auprès des opérateurs d'assurance et à leur profit<sup>156</sup>.

---

*RGAT* 1980. 9, spéc. p. 10 ; James Landel, « Les mécanismes juridiques de l'assurance de groupe », *ass. fr.* 1983, p. 78 ; Cette position est loin de constituer l'opinion majoritaire au sein de la doctrine. Cette dernière préfère se cantonner à une interprétation stricte de l'article L. 141-1 du Code des assurances. V. F. Berdot, *Idem.*, p. 55 et s.

153CJCE, 3 mars 2011, aff. C-437/09, AG2R *Prévoyance contre Beaudout Père et Fils SARL*, pt. 63 ; obs., F. Kessler et D. Jonin, *RJS* 6/2001, p. 446 : Dans cette décision on peut caractériser l'utilisation des termes comme « régimes d'assurances obligatoires résultants d'un accord ou convention collective » ; 03-D-03 et n° 03-D-04, *Idem.*, pp. 323 et 327 : Dans ces décisions, on utilise respectivement des termes comme « assurance collective de responsabilité civile des avocats » et « assurance de groupe de responsabilité civile des avocats ».

154Comme c'est le cas dans le titre III relatif aux règles particulières applicables aux assurances de groupe : *Cf.*, Article L. 932-1 et s. de chapitre II relatif aux opérations collectives de prévoyance du titre III du livre 9 du Code de la sécurité sociale qui utilisent le terme opérations collectives.

155La soumission des assurances de groupe emprunteurs et des assurances de groupe de responsabilité civile professionnelle au chapitre 1<sup>er</sup> relatif aux dispositions générales applicables aux assurances de groupe du titre III du premier livre de la partie première du Code des assurances explique l'utilisation du terme « assurance de groupe » pour dénommer ces assurances dans certaines affaires : *Cf.*, 03-D-03 et n° 03-D-04, *op. cit.*, pp. 323 et 327.

156Ces assurances sont souvent souscrites dans le cadre d'un accord d'assurance conclu entre un opérateur d'assurance et des représentants professionnels après avoir conclu entre ces derniers une convention collective précisant les

**106.** Assurance collective et assurance de groupe constituent deux termes exprimant la même notion qui est distincte de celle de l'assurance individuelle. Pour définir l'assurance de groupe ou collective en matière concurrentielle, la définition de l'article L. 141-1 du Code des assurances ne peut être considérée comme une définition générale de l'assurance de groupe ou collective<sup>157</sup>. Ainsi, dans cet objectif, il faut aller au delà de la définition posée par le Code des assurances, puisque cette définition ne concerne que les contrats d'assurance de groupe ou collective souscrits auprès des entreprises d'assurance soumises au Code des assurances. Les assurances de groupe ou collective souscrites auprès d'autres organismes assureurs comme les mutuelles et les institutions de prévoyance suscitent une interrogation sur leur intégration au sein de cette définition. L'application de l'article L. 141-1 et s du Code des assurances aux seules assurances de groupes souscrites auprès des entreprises d'assurance soumises au Code des assurances exclut toute intégration juridique. Mais dans le même temps, on ne peut pas ignorer que cet article peut également décrire les assurances de groupe ou collective souscrites auprès de tout opérateur d'assurance quels que soient sa forme ou son régime juridique. Il est intéressant d'en tirer des éléments de la notion générale d'assurance de groupe ou collective car elle décrirait la technique utilisée dans les différentes assurances de groupe ou collective inscrites auprès des différents organismes assureurs : entreprises d'assurances, mutuelles et institutions de prévoyance. Ce qui caractérise l'assurance de groupe ou collective par rapport aux assurances individuelles est l'établissement des différentes assurances individuelles tout autour d'un contrat cadre initialement signé entre un opérateur d'assurance et un souscripteur. Ce dernier est au cœur de l'opération d'assurance. Le souscripteur et l'assureur déterminent au sein de cette convention les risques couverts et l'étendue des prestations. Il y est également précisé quels sont les engagements de l'assureur à l'égard des membres du groupe, ce dernier pouvant renoncer ou non à exercer une sélection individuelle des risques. Sont également mentionnés au sein du contrat les tarifs auxquels sont proposées les garanties<sup>158</sup>. On y détermine également si les contrats d'assurance individuels sont conclus obligatoirement ou facultativement par l'ensemble des assurés.

---

événements à couvrir et les différentes conditions de garanties. Le terme « *convention collective* » utilisé par les textes juridiques organisant la conclusion de ce genre de convention aurait influencé la dénomination de l'assurance en assurance collective : V., par exemple l'affiliation obligatoire des groupements d'assurés à des régimes d'assurance complémentaire résultant d'un accord ou d'une convention collectives conclue par les représentants professionnelles auprès des opérateurs d'assurance et au profit de leurs salariés : CJCE, 3 mars 2011, AG2R *Prévoyance contre Beaudout Père et Fils SARL*, préc ; CJCE., 21 septembre 1999, aff. C.67/96, Albany international BU/Stichting Brdrijfspensiopnfonds, aff. c-67/96, *Rec* 1999, P.I-05751 ; CJCE., 12 septembre 2000, aff.,180/98 à 184/98, Pavel Pavlov e.a et Stiching Pensioenfond Medische Specialisten. *Rec* 2000, p.I-06451.

157 Cette définition ne peut, juridiquement, être retenue pour les assurances collectives souscrites auprès des mutuelles et des institutions de prévoyance, puisque cet article définit les assurances de groupe souscrites seulement par les entreprises d'assurance relevant du Code des assurances au sens stricto sensu : sur ce sujet v : M. Bigot-Gonçalves, *op. cit.*, p. 53 et s.

158 *Idem*, p. 20.

## Conclusion du chapitre

**107.** Pour conclure, il faut préciser que lorsqu'on cherche une définition de l'assurance soumise au droit de la concurrence, on ne peut se contenter d'une démarche unique ou d'une définition théorique car plusieurs techniques et concepts se mélangent de sorte qu'elles rendent difficile la mise en place d'une seule définition unifiant tous les caractères juridiques, techniques et économiques constituant la notion d'assurance. En même temps, il faut avouer que malgré le fait que les différentes tentatives confondent dans la définition plusieurs concepts : activité, opération et contrat d'assurance, la définition de l'assurance ne peut être clarifiée qu'en prenant en considération ces différents éléments. Car, cet ensemble fait partie intégrante de la définition de la notion d'assurance. En outre, l'ensemble des définitions s'accordent sur le caractère aléatoire de toute activité, opération ou tout contrat d'assurance<sup>159</sup>.

**108.** Il est également important d'indiquer que, si la technique de mutualisation des risques représentant une méthode de répartition des risques entre assurés n'est pas nécessaire dans la définition de la notion d'assurance, elle le sera toutefois pour certaines catégories d'assurance comme celle des assurances de groupe ou collective. En outre, la prise en compte de la technique de division des risques entre plusieurs assureurs se révèle nécessaire dans la définition de la notion de la coassurance et de la réassurance.

**109.** Ainsi, après avoir appris les caractéristiques générales de la notion d'assurance, il est légitime de s'interroger sur la soumission des différents opérateurs fournissant des produits et services qualifiés d'assurance aux règles du droit de la concurrence, à savoir : les sociétés d'assurance, les mutuelles, les institutions de prévoyance et les organismes de sécurité sociale. L'égalité du traitement des différents opérateurs du secteur exige que le droit de la concurrence soit applicable<sup>160</sup>.

---

159 « Autre confusion dont il convient de se garder, à propos de toute approche concernant le caractère aléatoire d'un contrat : celle provenant du contrat d'assurance distincte de celle correspondant à l'activité de l'entreprise d'assurance. C'est-à-dire, il convient de faire la distinction entre l'aléa de l'assurance et l'aléa dans l'activité de l'entreprise d'assurance. Car l'activité de toute assurance d'entreprise vise à compenser le caractère aléatoire du contrat d'assurance par une rigueur la plus absolue possible dans l'évaluation des risques. Si le contrat d'assurance doit être aléatoire, l'opération d'assurance ou tout au moins l'activité d'assurance ambitionne de réduire les divers aléas de toute activité commerciale, à la portion congrue. L'assuré ou le souscripteur d'assurance espère d'être indemnisé en cas de sinistre dommageable ou de prévenir les effets dommageables qui résultent de son vie ou son décès. L'entreprise d'assurance toute en garantissant à ses assurés la prestation convenu au contrat en cas de la réalisation de l'événement incertain tente également de réduire les effet dommageables des événements incertains ou aléatoires. Mais sans qu'elle soit sûre que ses mesures soient efficaces pour réduire ces effets. Et c'est sur ce point là que réside l'aléa dans l'exercice de cette activité. » V ; Nicolas, *op. cit.*, p. 95

160 « Si les textes régissant le droit des pratiques anti-concurrentielles (livre IV, titre II du Code de commerce) et celui

Toutefois, en matière concurrentielle, la définition de l'assurance n'est pas suffisante, à elle seule, pour délimiter le secteur des assurances soumis aux règles du marché car la définition des entreprises d'assurance soumises à celles-ci constitue la phase déterminante en matière concurrentielle. La particularité de ce secteur tient encore à la variété de ses acteurs.

---

*relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées (livre IV, titre IV du Code de commerce) n'utilisent pas le terme d'égalité, l'abondante référence dans ces textes, à un principe de non-discrimination, sous certaines conditions, démontre que le traitement inégal des opérateurs économiques, dans leur rapport entre eux, aboutit à la prohibition de certains comportements » : Doc., C. cass., Rapport annuel 2003, l'égalité des opérateurs économiques dans l'exercice de la concurrence en droit interne, par C. Champalaune, Paris, 2004, p. 93 ; Cf., Rapport annuel, 1995, FFSA, p. 14 ; rapport annuel, FFSA, 2010, p. 16 ; De son côté, le droit européen adopte des textes exigeant le respect du principe d'égalité de traitement entre entreprises. En effet, l'article 106 du traité exige des États membres de ne pas édicter ou de maintenir des dispositions contraires aux règles du traité notamment à celles relatives à la concurrence entre entreprises.*

## Chapitre 2. L'identification des entreprises d'assurance soumises au droit de la concurrence

110. Selon J. Bigot, l'entreprise d'assurance est « *un organisme économique tendant à la production de biens ou services* »<sup>161</sup>. À travers la notion d'assurance, peut-on conclure que les entreprises d'assurances sont celles se livrant à l'offre des produits et services qualifiés d'assurance ? De prime à bord, une réponse positive peut être retenue. Cependant, la pratique décisionnelle et jurisprudentielle a démontré certaines hésitations de qualifier comme entreprise d'assurance certains opérateurs d'assurance particuliers.

111. L'applicabilité du droit de la concurrence, européen et national, requiert l'existence d'une entreprise exerçant une activité économique. Ainsi, est-il essentiel de déterminer la qualité de l'entité pour pouvoir appliquer ce droit. C'est la première démarche à faire dans tout secteur d'activité. Dans le droit contemporain de la concurrence cette notion fait l'objet de grands débats et particulièrement dans le secteur des assurances. À l'origine, lors de la qualification des différentes entités soumises à l'analyse concurrentielle, les autorités européennes et nationales attachaient une grande importance au statut juridique<sup>162</sup>. Celles-ci ont, très rapidement, écarté cette analyse formelle au profit d'une analyse substantielle<sup>163</sup>. Autrement dit, on a détaché l'entité économique de son support juridique pour retenir une définition de l'entreprise autonome du concept de personne

---

161 J. Bigot ss dir., J.-L. Bellando, M. Hagopian, J. Moreau, G. Parleani, *Traité du Droit des assurances, Entreprises et Organisations d'Assurance*, op. cit., p. 33.

162 « *Le critère découlant d'une analyse formelle de sujet de droit de la concurrence conduisait à assimiler ce dernier à un sujet de droit, c'est-à-dire à une entité dotée de la personnalité juridique* » : L. Arcelin, *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Paris, Litec, 2003. p., 33 ; V., également D. Maiguy, J. L. Respaud et M. Depincé, op, cit, p. 282.

163 L. Arcelin, op. cit., p. 68.

juridique.

**112.** En droit interne, l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, a consacré, dans son article 53, cette analyse substantielle pour déterminer la notion d'entreprise<sup>164</sup>. Le droit européen a également consacré la notion substantielle d'entreprise dans tous ses textes relatifs à la concurrence. Pourtant, ni le Traité sur le fonctionnement de l'union européenne (TFUE), ni le droit dérivé ou le Code de commerce ne la définissent<sup>165</sup>. En l'absence de telle définition, certains points de repère sont dispersés à travers les textes, la jurisprudence et la pratique<sup>166</sup>. La notion d'entreprise en droit européen a été explicitement consacrée dans l'arrêt *Höfner*<sup>167</sup> qui explique que « *dans le contexte de droit de la concurrence, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique indépendamment de statut juridique de cette entité et de son mode de fonctionnement* »<sup>168</sup>. La jurisprudence de la Cour fait, dans cette définition, allusion au caractère alternatif des deux notions. « Entreprise » et « activité économique » sont deux notions substantiellement liées. Lorsqu'il y a une entreprise, l'activité est forcément économique et lorsqu'on considère l'activité d'une entité comme économique, celle-ci sera forcément traitée comme une entreprise. Mais sans aucune précision, le terme « activité économique » demeure ambiguë. La CJCE l'a défini comme : « *toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné* »<sup>169</sup>.

**113.** Depuis l'annonce par la CJUE de la soumission du secteur des assurances aux règles de concurrence, la doctrine, alimentée par une jurisprudence évolutive, se réinterroge sur la définition des entreprises d'assurance soumises aux règles du marché. Car, aujourd'hui, le secteur se particularise par une pluralité de ses opérateurs. Dans ce secteur, bien que les différentes formes d'assureurs soumis au Code des assurances soient les seuls opérateurs considérés comme assureurs en terme juridique, ils ne sont pas la seule catégorie d'opérateurs d'assurance. D'autres formes d'opérateurs à statut particulier ont également la possibilité de se livrer à des opérations ou des

---

164Aujourd'hui c'est l'Art. L. 410-1 du Code de commerce. Selon celui-ci « *Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public* ».

165 A. Decocq et G. Decocq, *op. cit.*, p. 53.

166 L. Arcelin, *op. cit.*, p. 69.

167 CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, *Klaus Höfner et Fritz Elser/ Macroton GmbH*, Rec., p. I-1979 ; CJCE 12 juillet 1984, aff. 170/83, *Hydrotherm c/ Compact* : Rec. 1984, p. 2999

168 Cette formule a été utilisée, à plusieurs reprises, par le Conseil de la concurrence (aujourd'hui, l'Autorité de la concurrence) : V. par exemple, Cons. Conc. Déc., n° 99-D41, 22 juin 1999, *Pratiques mises en œuvre par le Comité intersyndical du livre parisien et les syndicats composant cette coordination dans le secteur de l'imprimerie de publications*.

169 Cf., Arrêts du 16 juin 1987, aff., 118/85, *Commission/ Italie*, Rec. p.I-2599, pt. 7 ; du 19 juin 1998, aff., C-35/96, *Commission/Italie*, Rec. p. I-3851, pt. 36 ; A. Decocq et G. Decocq, *op. cit.*, p. 55.

activités qualifiées d'assurance.

**114.** À ce sujet, l'action du droit de la concurrence est instructive. Renonçant à la notion de commercialité jugée trop étriquée, l'analyse en matière de concurrence impose au système juridique les nouvelles catégories de l'entreprise et de l'activité économique<sup>170</sup>.

**115.** En concurrence, la notion d'activité économique d'entreprise a fait l'objet de nombreux travaux généraux et spéciaux<sup>171</sup>. Malgré l'importance de leur analyse de la notion d'entreprise d'assurance, le nouveau développement des pratiques décisionnelles et jurisprudentielles en la matière aurait changé la logique sur laquelle l'analyse devrait être établie. Ainsi, sera-t-il utile de présenter les différents opérateurs et organismes susceptible d'être qualifiés d'entreprise d'assurance (**Section I**), avant de développer la particularité de la qualification d'activité économique d'entreprise relative au secteur des assurances (**Section II**).

---

170L. Driguez, *Droit social et droit de la concurrence*, Paris, *Forum européenne de la communication* ; Bruxelles, Bruylant, 2006.

171C. Bolze, « La notion d'entreprise en droit communautaire », *RJS*, 1987, n° spécial, pp. 65-71 ; J. Gabriel Assis de Almeida, « *La notion d'entreprises en droit communautaire de la concurrence* », ss dir., Gaudemet-Tallon Hélène, Paris, Université Paris II, 1994. p. 591 ; G. Lhuilier, « Le critère jurisprudentiel d'application du droit de la concurrence », *RTD com.*, 1994, pp. 645-693 ; M. Behar-Touchais, « La notion d'entreprise en droit communautaire », in *Entreprise, intérêt général et marché unique*, Journées d'études et de recherches de droit des activités économiques, 30 janvier 1992, ss dir. De M. Debène, P.U. De Rouen, 1995, pp. 19-26 ; J. Manuel Coutinho De Abreu, « L'eupéanisation du concept d'entreprise », *RIDE*, 1995, pp. 9-29 ; P. Aubry, « *Les parties à l'entente : approche de la notion d'entreprise* », ss dir. G. Parléani, Université Paris I, 2000, p. 319 ; S. Hennion-Moreau, « La notion d'entreprise en droit social communautaire », *Dr. Soc.*, n°11/2001, pp. 957-966 ; L. Idot, « La notion d'entreprise », *Rev. Soc.*, n° 2/2001, pp. 191-209 ; L. Arcelin, *op. cit.*, p. 554 ; L. Idot, « La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel. Mélanges sur l'honneur d'Antoine Pirouano*, Paris, ED. Frison-Roche, 2003, pp. 523-545 et p. 688.

## Section I-La diversité des opérateurs qualifiables d'entreprises

### d'assurance

116. Dans l'assurance, on peut distinguer plusieurs catégories d'opérateurs ayant des influences sur le déroulement concurrentiel du marché. À cette fin, il faut souligner que seuls les opérateurs d'assurance directe sont considérés comme véritables assureurs au sens juridique et économique du terme, dans la mesure où ce sont les véritables opérateurs qui sous-tendent la production des produits et services d'assurance. Il est vrai que le secteur des assurances contient, également, d'autres opérateurs se trouvant à l'échelle de la distribution. Toutefois, étant considérés comme de simples distributeurs et non assureurs, il n'est pas question de les aborder en tant qu'opérateur d'assurance<sup>172</sup>.

117. Le Conseil de la concurrence, dans son avis de 1998 sur la situation de la concurrence dans le secteur des assurances<sup>173</sup>, distingue plusieurs opérateurs fonctionnant dans le secteur. Ainsi, peuvent effectuer des opérations d'assurance, d'une part, les entreprises d'assurance régies par le Code des assurances, et d'autre part, certains organismes intervenant dans le domaine des assurances-vie comme les mutuelles régies par le Code de la mutualité et les institutions de prévoyance régies par le Code de la sécurité sociale ou le Code rural.

---

172 Il est également à rappeler que « *L'expression "bancassurance" doit être ramenée à ses justes proportions. Elle désigne généralement deux situations distinctes : celle où une banque distribue à ses guichets des produits d'assurance vie ou non vie, notamment ceux de sa filiale ou de sa maison mère ; cela intéresse alors la distribution de l'assurance* ». J. Bigot Dir., J.-L. Bellando, M. Hagopian, J. Moreau, G. Parleani, *Traité du Droit des assurances, Entreprises et Organisations d'Assurance, op. cit.*, p. 24.

173 Cons. Conc., Avis, n° 98-A-03, 24 février 1998, relatif à une demande d'avis de la commission des finances du Sénat concernant la situation de la concurrence dans le secteur de l'assurance, p. 5.

**118.** En première analyse, l'entreprise d'assurance est considérée, juridiquement mais aussi économiquement, comme une entité organisée et déployée afin de garantir au moyen de ses produits et services et au profit d'autrui des événements incertains.

**119.** Cela signifie-t-il que les différents opérateurs dont l'objet est de fournir des produits et services d'assurance seraient qualifiés d'entreprise d'assurance au sens du droit de la concurrence<sup>174</sup> ? La réponse n'est pas évidente. La soumission de tout opérateur d'assurance quelque soit son statut juridique ou sa spécificité au droit de la concurrence est pour l'instant une ambition non atteinte. En effet, si la notion d'entreprise d'assurance est retenue à l'égard des sociétés classiques du Code des assurances (**paragraphe 1**), d'autres formes d'opérateurs d'assurance à statuts et modes de fonctionnement particuliers suscitent davantage d'hésitations quant à leur qualification d'entreprise d'assurance (**paragraphe 2**).

---

<sup>174</sup>En Belgique, sous l'emprise de la loi du 11 juin 1874, la Cour de cassation a pris position et considéré dans un arrêt que « *la notion d'assureur implique la prise en charge et la compensation d'un ensemble de risques, et [...] ce terme ne peut, dès lors, viser qu'une personne qui fait profession de conclure des contrats d'assurance* » : Marcel Fontaine, *Droit des assurances*, Précis de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, LRCIER, 2006, p.94.

## § 1. La notion d'entreprise d'assurance retenue à l'égard des sociétés classiques d'assurance

**120.** Sur le marché des assurances, on peut envisager en premier lieu comme des opérateurs principaux, les compagnies d'assurance relevant du Code des assurances, car, leur activité est la plus étendue dans le secteur. Tout en respectant la réglementation du Code des assurances, elles peuvent étendre leurs activités à toute opération d'assurance de dommages ou de personnes<sup>175</sup>.

**121.** Pour exercer leurs activités, les différents assureurs peuvent adopter la forme juridique qui leur convient. Après plusieurs réformes, on peut aujourd'hui distinguer deux formes juridiques de compagnies d'assurance<sup>176</sup> : les sociétés anonymes et les sociétés d'assurance mutuelle.

**122.** Si la forme juridique n'est pas un critère dans la détermination de la notion d'entreprise, le mode de fonctionnement et d'exercice peut toutefois avoir un rôle primordial sur la nature de l'activité de l'entité. En droit de la concurrence, plusieurs éléments conduisent à considérer les sociétés anonymes d'assurance comme des entreprises d'assurance. En effet, elles exercent leurs activités selon des méthodes et stratégies commerciales. Elles ont essentiellement pour objet de faire des bénéfices et de les partager avec leurs actionnaires sous formes de dividendes<sup>177</sup>. En outre, ces sociétés d'assurance obéissent à la loi 66-537 du 24 juillet 1966 régissant les sociétés commerciales, tant en ce qui concerne leur constitution que leur fonctionnement<sup>178</sup>. En particulier,

---

175M. Chagny et L. Perdrix, *op. cit.*, p. 54.

176Article L. 322-1 (*Ord. n° 2008-556 du 13 juin 2008, art. 2-10<sup>o</sup>*) « Les entreprises mentionnées à l'article L. 310-1 ayant leur siège social en France et les entreprises mentionnées au 1<sup>o</sup> du III de l'article L. 310-1- doivent être constituées sous forme de société anonyme, de société d'assurance mutuelle ou de société européenne ».

177J. Bonnard, *Droit des assurances, op. cit.*, p. 33.

178V., Chapitre V, Titre II, livre II de la partie législative du Code de commerce.

en application de cette loi, elles sont par la forme nécessairement commerciales et à but lucratif. Cet élément constitue le principal indice de leur qualification économique, puisque le commerce est au cœur de l'activité économique. Par conséquent, il ne pouvait pas y avoir d'hésitation sur la qualification d'activité économique à propos de ces sociétés d'assurance<sup>179</sup>.

**123.** Par ailleurs, cette analyse ne signifie pas que la forme commerciale est nécessaire à la qualification économique d'entreprise en droit de la concurrence. La notion d'entreprise d'assurance ne se limite pas aux seuls opérateurs exerçant des activités commerciales<sup>180</sup>. C'est juste un indice de la recherche de lucre. Mais, le lucre constitue, pour cette forme de société, l'élément essentiel de leur qualité d'entreprise<sup>181</sup>.

**124.** Si cette analyse n'est pas expressément indiquée dans la pratique décisionnelle et jurisprudentielle, européenne et nationale, relative à la concurrence, elle peut être déduite de l'ensemble des décisions et arrêts qui admettent implicitement la qualification économique de ces entités commerciales. En outre, on peut ajouter que pour retenir la notion d'entreprise, d'une part, à l'égard des sociétés d'assurance mutuelle et d'autre part, à l'égard des mutuelles du Code de la mutualité et des institutions de prévoyance du Code de la sécurité sociale qui ont un objet essentiellement social, les autorités de concurrence effectuent, en raison de leur statut juridique particulier, de façon expresse une analyse comparative avec les sociétés d'assurance commerciales. Cette idée ressort notamment d'un arrêt de la Cour de justice du 18 mai 2000. Dans cette affaire, il s'agissait de savoir si les entreprises d'assurance pratiquant à leurs propres risques et dans un but lucratif l'assurance des accidents du travail que la législation belge intégrait à son système de sécurité sociale entraient dans le champ d'application des directives d'assurance de troisième génération. La Cour de justice déclare que « *les directives relatives à l'assurance sont applicables aux assurances comprises dans un régime légal de sécurité sociale pratiquées par des entreprises d'assurance* »<sup>182</sup>.

**125.** Bien que l'on raisonne dans cette dernière affaire en terme de libre prestation de service et que ce changement de cadre juridique ne soit pas absolument neutre, il est intéressant de retenir que le

---

179C. Prieto et D. Bosco, *Droit Européen de la concurrence, Ententes et abus de position dominante*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 389.

180J. Bigot ss dir., J.-L. Bellando, M. Hagopian, J. Moreau, G. Parleani, *Traité du Droit des assurances, Entreprises et Organisations d'Assurance, op. cit.*, p. 33.

181Cons. Conc, déc., N° 02-D-66, 6 novembre 2002, relative à des pratiques mises en oeuvre par les sociétés d'assurance directe.

182CJCE, 18 mai 2000, aff. C-206/98, *Commission c/ Royaume de Belgique*, pt. 44, *Rec.*, p. I-3509.

but lucratif de l'activité a constitué, en l'espèce, un obstacle à reconnaître au profit des entreprises d'assurance l'exclusion admise par les directives relatives au secteur des assurances aux organismes relevant de la Sécurité sociale. Autrement dit, une activité à but lucratif est nécessairement une activité économique exercée sur un marché. Et partant, l'entreprise qui l'exerce relève obligatoirement des mécanismes du marché intérieur et d'une mise en concurrence<sup>183</sup>.

**126.** S'il est incontestable que les différentes opérations et activités des sociétés anonymes d'assurance sont incontestablement qualifiées d'activité économique d'entreprise et de ce point de vue font partie du secteur des assurances soumis au droit de la concurrence, le statut particulier de certains opérateurs d'assurance suscite des hésitations quant à leur qualification d'entreprise.

---

183 L. Driguez, *Droit social et droit de la concurrence, op. cit.*, p. 259.

## § 2. L'hésitation de la qualification d'entreprise d'assurance

**127.** À côté des compagnies d'assurance commerciales du Code des assurances, d'autres organismes assureurs à statut particulier illustrent une résistance spécifique quant à leur soumission aux règles de concurrence. Selon l'ADLC, des opérateurs ne relevant pas du Code des assurances, comme les mutuelles du Code de la mutualité, les organismes et les institutions de prévoyance du Code de la sécurité sociale, interviennent sur le marché d'assurance<sup>184</sup>. Pourtant, la qualité d'entreprise d'assurance n'a jamais été reconnue à leur égard d'une manière automatique.

**128.** En premier lieu, les organismes d'assurance des régimes de base de sécurité sociale constituent la manifestation la plus importante de cette complication. Ces organismes représentent les différentes caisses d'assurance de sécurité sociale qui s'ordonnent par branches (maladie, vieillesse, famille, accidents du travail et maladies professionnelles) et dont les activités sont coordonnées par trois organismes nationaux (caisse nationale d'assurance maladie, caisse nationale de l'assurance vieillesse, caisse nationale d'allocations familiales)<sup>185</sup>. En outre, au sein du régime général de la Sécurité sociale, on peut distinguer quelques régimes particuliers comme la Mutualité sociale agricole, les organismes des régimes spéciaux comme SNCF, RATP, Mines et finalement les régimes autonomes des professions indépendantes qui assurent la couverture et la gestion des risques pris en considération par le régime général<sup>186</sup>. Ces différents organismes, dépourvus de but commercial, fondés sur la solidarité nationale et financés pour une part importante par l'État, assument la gestion des régimes d'assurance de « base » (maladie, maternité, accident, chômage,

---

184 Cons. Conc. Déc., n° 99-D-68, 9 novembre 1999 relative à des pratiques mises en œuvre par la Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA).

185 J. Bigot ss dir., J.-L. Bellando, M. Hagopian, J. Moreau, G. Parleani, *op. cit.*, Tom 1, 1996, p. 92.

186 J. P. Chauchard, J.-Y. Kerbourc'h et C. Willmann, *Droit de la sécurité sociale*, Paris, L.G.D.J., 6<sup>e</sup> éd, 2013, p. 85.

retraite, etc) relevant du système de la Sécurité sociale. Pour cette raison, ils sont soumis aux règles spécifiques et très restrictives du Code de la sécurité sociale.

**129.** À ces organismes d'assurance s'ajoutent les sociétés d'assurance mutuelle du Code des assurances, les mutuelles du Code de la mutualité, les institutions de prévoyance du Code de la sécurité sociale et les organismes d'assurance retraite complémentaire. Ces différentes formes spécifiques d'assureurs, à l'exception des mutuelles du Code des assurances, sont seulement autorisées à prendre en charge des risques liés à la vie humaine, des risques corporels liés aux accidents et à la maladie et des risques chômages<sup>187</sup>. Également, elles sont autorisées à pratiquer des opérations de réassurance<sup>188</sup>. En outre de l'assurance individuelle, ces organismes d'assurance assument souvent la gestion des régimes d'assurance collectifs complémentaires (de prévoyance ou retraite), (obligatoires ou facultatifs) aux régimes d'assurance de base de sécurité sociale<sup>189</sup>. Ces différents organismes assureurs se distinguent des sociétés d'assurances commerciales par leur caractère, forme et mode de fonctionnement sociaux. Ils peuvent également fournir des prestations sociales pour le compte de l'État ou d'autres collectivités publiques. À cet effet, ils sont souvent qualifiés par la doctrine d'organismes de protection sociale afin de les distinguer des organismes de sécurité sociale<sup>190</sup>.

**130.** Concernant les deux formes des mutuelles, sociétés d'assurance mutuelles du Code des assurances et Mutuelles du Code de la mutualité<sup>191</sup>, bien qu'elles soient soumises à des sources de droit différentes, elles présentent des caractéristiques communes et différentes de celles des sociétés d'assurance commerciales. Dans ce sens, le Code des assurances considère que « *les sociétés d'assurance mutuelles ont un objet non commercial* », qu'elles « *sont constituées pour assurer les risques apportés par leurs sociétaires. Moyennant le paiement d'une cotisation (...)* », et qu'elles

---

187Cf., l'article L. 111-1 Paragraphe 2, I, Code de la mutualité et l'article L. 931-1, paragraphe 2, a, b, c, Code de la sécurité sociale.

188 L. 321-1 Code des assurances ; R. 931-2-5-1 ; L. 116-1 et s, Code de la mutualité.

189 Les mutuelles peuvent participer à la gestion d'un régime légal d'assurance maladie et maternité en application des articles L. 211-3 à L. 211-7, L. 381-8, L. 381-9, L. 611-3, L. 712-6 à L. 712-8 du code de la sécurité sociale et des articles L. 723-2, L. 731-30 à L. 731-34, L. 741-23 et L. 742-3 du Code rural et de la pêche maritime.

190Le terme d'organismes ou régimes d'assurance de protection sociale est utilisé afin de le distinguer des organismes de sécurité sociale. Les institutions ou caisses de prévoyance, les organismes mutualistes et les organismes d'assurance retraite complémentaire constituent, dans une acception large et dépourvue de connotation juridique, la protection sociale : J-P. Chauchard, J.-Y. Kerbour'h et Ch. Willmann, *op. cit.*, p. 87 ; V., également sur ce sujet Jean-Jacques Dupeyroux, Michel Borgetto et Robert Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, Paris, Dalloz, 16<sup>e</sup> éd, 2008, p. 1102.

191Les mutuelles du Code de la mutualité et celles du Code des assurances ne doivent pas être confondues. Pour éviter cette confusion, la législation impose aux organismes relevant du Code des assurances, autorisés à utiliser dans leur nom ou leur raison sociale le terme de « mutuelle », de lui associer obligatoirement celui d' « assurance ». Cela permet de distinguer les mutuelles des autres sociétés d'assurance : V., dans ce sens l'article L. 112-2 du Code de la mutualité.

«*fonctionnent sans capital social (...)*»<sup>192</sup>. Le Code de la mutualité, pour sa part, considère les mutuelles comme «*des personnes morales de droit privé à but non lucratif (...)*», et qu'elles «*mènent, notamment au moyen des cotisations versées par leurs membres, et dans l'intérêt de ces derniers et de leurs ayants droit, une action, de prévoyance, de solidarité et d'entraide*»<sup>193</sup>.

**131.** Ces deux définitions mettent en relief les caractères généraux des différentes sociétés mutuelles d'assurance ou d'assurance mutuelles. En réalité, celles-ci, à la différence des sociétés traditionnelles, sont, tout d'abord, à but non lucratif. Elles n'ont pas pour objectif nécessaire de faire du profit mais de fournir aux sociétaires le meilleur service et au meilleur prix. La loi confirme également que les sociétés d'assurance mutuelles du Code des assurances ont un objet non commercial, même si elles pratiquent exclusivement ou non une branche d'assurance à nature commerciale, telle l'assurance maritime ou l'assurance automobile. Quelle que soit la forme juridique choisie, l'assurance mutuelle, à travers le but qu'elle poursuit, laisse apparaître, tout d'abord, l'absence d'une finalité commerciale. Cela tient au fait que, dans ces organismes assureurs, l'objectif n'est pas de faire des profits destinés à des actionnaires propriétaires, mais d'assurer les adhérents aux meilleurs coûts et conditions<sup>194</sup>. En outre, elles sont dépourvues du capital social. Ainsi, les actionnaires n'ont pas de place dans ces sociétés. Seuls des sociétaires viennent contribuer au financement de cette forme de société<sup>195</sup>. Selon M. Bigot, les mutuelles sont en général une «*forme de prévoyance volontaire fondée sur un système d'engagements synallagmatiques par lesquels les membres d'un groupe, moyennant le seul paiement d'une cotisation, s'assurent réciproquement contre certains risques "maladies, blessures, infirmités, chômage" ou se promettent certaines prestations "frais funéraires, secours aux ascendants, veuves, orphelins"*»<sup>196</sup>.

---

192 Article L. 322-26-1 du Code des assurances.

193 Article L. 111-1 de Code de la mutualité.

194 J. Bigot ss dir., J.-L. Bellando, M. Hagopian, J. Moreau, G. Parleani, *op. cit.*, Tom I, p. 107 et 108.

195 «*Le capital social est remplacé par un fonds d'établissement constitué par les sociétaires ou par emprunt. En outre, les organismes d'assurance mutuelles, à la différence des sociétés d'assurance traditionnelles, ne distribuent aucun dividende résultant des excédents réalisés pour une année civile. Dans les sociétés d'assurance à forme mutuelle les excédents ne reviennent jamais aux sociétaires. Ils sont soit intégrés dans les réserves et deviennent par ce fait des fonds propres soit investis pour maintenir les tarifs à un niveau assez bas. En outre, en cas de dissolution de mutuelle, ces sommes ne reviendront jamais aux membres "sociétaires" d'une mutuelle. Elles sont dévolues à une autre mutuelle ou à une fondation. À la différence d'un actionnaire, le sociétaire ne possède aucun droit de propriété dans le capital, faute de capital, ni aucun droit sur l'actif libre, faute d'apport en capital, lui donnant droit à un certain nombre de parts sociales*» : *Idem*, p. 107 ; Article L. 930-1 du Code de la sécurité sociale ; certains les considèrent comme une association plus qu'une société : Valson, *Ass. Mut.* 1976, p. 82 ; d'autres insistent également sur leur caractère d'associations de personnes : «*réunion de personnes physiques ou morales exposées à des dommages comparables et acceptant, à leurs risques et périls, de faire le nécessaire, ensemble, pour en réaliser le couverture*» : Capelle, *Ass. Mut.* 1987, p. 64 ; Après plusieurs hésitation sur la qualité des différentes mutuelles d'assurance, la loi du 31 décembre 1989 a qualifié les différentes formes de sociétés d'assurance mutuelles de sociétés mais reste de qualification civile à statut particulier : article L. 322-26-4 du Code des assurances : J. Bigot ss dir., J.-L. Bellando, M. Hagopian, J. Moreau, G. Parleani, *op. cit.*, Tom I, p. 118.

196 *Ibid*, p. 105.

**132.** Comme les mutuelles, les institutions de prévoyance sont des personnes morales de droit privé ayant un but non lucratif, et administrées paritairement par des membres adhérents et des membres participants<sup>197</sup>, c'est-à-dire les entreprises et les salariés<sup>198</sup>. La loi du 8 août 1994 relative à la protection sociale complémentaire des salariés précise le cadre d'intervention des institutions de prévoyance tout en transposant des directives communautaires relatives à l'assurance<sup>199</sup>. Ces institutions sont exclusivement spécialisées dans les assurances de prévoyance<sup>200</sup> dont l'exécution dépend de la durée de la vie humaine, dans la couverture des risques de dommages corporels liés aux accidents et à la maladie et enfin des risques du chômage<sup>201</sup>. Elles assument la couverture des risques non pris en charge par les régimes d'assurance de base de sécurité sociale. Leur parenté avec les buts généralement assignés à la Sécurité sociale est alors avérée.

**133.** Enfin, en ce qui concerne les organismes d'assurance de retraite supplémentaire, il s'agit, ici, d'organismes du 3<sup>e</sup> étage de retraite « régimes sur-complémentaires », appelés également « fonds de pension », mis en place dans le cadre de l'entreprise ou de la branche professionnelle. Ces organismes de retraites doivent être bien distingués des autres organismes d'assurance retraite complémentaire (2<sup>e</sup> étage), rendues obligatoires par la loi de 1972. Il s'agit des régimes complémentaires de retraites des travailleurs salariés, cadres (AGIRC : Association générale des institutions de retraites des cadres) et non cadres (ARROCO : Association des régimes de retraite complémentaire), régimes conventionnels dont la création a été mise en œuvre par une convention interprofessionnelle dès 1947<sup>202</sup>. Outre leur gestion paritaire, ces organismes, par leurs techniques et par l'étendue de leur champ d'application (nombres de bénéficiaires) mais aussi par leur fonction d'indemnisation des risques sociaux, sont considérés comme comparables aux régimes légaux de sécurité sociale<sup>203</sup>. Elles sont à but non lucratif et n'ont aucun objectif commercial.

---

197Les membres adhérents sont selon le cas « association, représentants professionnels, entreprises ou chef d'entreprise » et les membres participants sont « les salariés et leur ayant droit » : V., les articles L. 931-3 CSS et R. 931-1-9.

198Il faut indiquer que la loi du 31 décembre 1989 distingue désormais les régimes des institutions appelées à les gérer (le régime v. articles L. 931-4 et s.). Les institutions concernent les mutuelles, compagnies d'assurance et institution de prévoyance ; Sur la mise en place de la prévoyance complémentaire et sa gestion : V., J.-P. Chauchard, J.-Y. Kerbour'h et Ch. Willmann, *op. cit.*, p. 532 ; J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto et R. Lafore, *op. cit.*, p. 1094 et s.

199La loi est transposée dans le Code de la sécurité sociale dans les articles L. 931-1 et s.

200Sur la notion v., J. P. Chauchard, J.-Y. Kerbour'h et C. Willmann, *op. cit.*, p. 529.

201La loi en date du 8 août 1994 relative à la protection sociale complémentaire des salariés a, outre des dispositions communes aux retraites complémentaires, précisé le cadre d'intervention des institutions de prévoyance tout en transposant des directives communautaires relatives à l'assurance : v., Article 931-1 et s. du Code de la sécurité.

202Convention du 14 mars 1947 pour le régime de retraites des cadres du secteur privé ; convention du 31 décembre 1958 pour le régime d'assurance chômage des salariés du commerce et de l'industrie.

203J.-P. Chauchard, J.-Y. Kerbour'h et C. Willmann, *op. cit.*, p. 86.

**134.** Les modes de financement et de fonctionnement, le but non lucratif et le statut social de ces organismes particuliers présentent incontestablement des caractéristiques très spécifiques et différents de ceux des sociétés commerciales d'assurance. Si ces caractéristiques justifient l'exclusion de toute qualification commerciale de ces organismes assureurs<sup>204</sup>, elles se concilient mal avec la notion d'entreprise au sens du droit de la concurrence européen et national. Partant, faudrait-il exclure ces opérateurs particuliers d'assurance de la qualification économique et par conséquent les soustraire de l'application des règles de concurrence ?

**135.** La tâche n'est pas si simple. Elle est d'autant moins aisée que l'activité économique de l'entreprise en droit de la concurrence présente, elle-même, quelques spécificités<sup>205</sup>. Les caractéristiques particulièrement sociales de ces différents opérateurs d'assurance n'ont d'effet que de rendre la définition de l'entreprise d'assurance en matière de concurrence plus complexe.

---

204J. Bigot ss dir., J.-L. Bellando, M. Hagopian, J. Moreau, G. Parleani, *op. cit.*, Tom 1, 1996, p. 108.

205L. Arcelin, *op.cit.*, p. 91.

## Section II-La qualification des opérateurs d'assurance à caractère social

**136.** Aujourd'hui, en se référant à la position générale de la pratique décisionnelle et jurisprudentielle des autorités de la concurrence européenne et nationale, l'offre de produits et services d'assurance par des opérateurs privés, quelque soit leur statut juridique, devrait commander la qualification d'entreprise<sup>206</sup> rendant le droit de la concurrence applicable.

**137.** Cependant, lors de subordination des différents organismes gérant des régimes d'assurance relevant de la protection sociale, comme les institutions de prévoyance ou de retraite et les mutuelles d'assurance, aux règles de concurrence, ceux-ci ont montré une résistance remarquable quant à leur qualification d'entreprise. En effet, outre leur statut spécifique, l'objectif social de leurs activités d'assurance militait afin de les faire échapper à la qualification économique d'entreprise<sup>207</sup>. Ainsi, les compagnies d'assurances et leurs représentants ont-ils toujours contesté la différence de traitement existant entre elles et ces différents organismes d'assurance spécifique<sup>208</sup>. La poursuite de la pratique décisionnelle et jurisprudentielle sur cette question peut se montrer parfois évasive et sans clarté. En effet, tandis que certains de ces organismes assureurs ne sont pas qualifiés

---

206 *Infra* paragraphe 110 : V., dans ce sens : L. Arcelin, *op. cit.*, p. 106 et s ; A. Decocq, G. Decocq, *op. cit.*, p 69 et s ; C. Prieto et D. Bosco, *op. cit.*, p. 386 ; E. Alfandari, « La concurrence dans les services sociaux, quelle concurrence pour quels services sociaux », *RDSS.*, 2006, p. 779.

207 Cette distinction entre les organismes et les activités a pour origine la distinction faite entre régime d'assurance (statut) relevant de la sécurité sociale et organismes d'assurance gérant des régimes d'assurance relevant de la Sécurité sociale ; *Cf.*, L. Driguez, *op. cit.*, p. 279.

208 V., par exemple : Rapport annuel de la FFSA, 1995, p. 14 : disponible sur le site [www.FFSA.fr](http://www.FFSA.fr).

d'entreprises<sup>209</sup>, d'autres semblent l'être pour avoir exercé une activité économique<sup>210</sup>.

**138.** Cette incertitude de qualification résulte de la lecture et de l'analyse de la pratique décisionnelle et jurisprudentielle dans son ensemble. La mise en place du mécanisme de solidarité nationale et les caractéristiques particulières, sociales et non commerciales, de ces organismes assureurs ont toujours nécessité et continuent d'exiger une réflexion particulière quant à leur qualification économique d'entreprises. L'évolution de la pratique décisionnelle et jurisprudentielle ne cesse d'enrichir la réflexion sur ce sujet.

**139.** Toutefois, bien qu'il soit indéniable que les contentieux concernant l'application des règles de concurrence aux organismes d'assurance à caractère social se soient multipliés ces dernières années<sup>211</sup>, il serait également incontestable de reconnaître que les solutions apportées au conflit n'ont pas encore, semble-t-il, apporté une réponse claire et définitive concernant leur qualification. Fidèles au caractère pragmatique et à l'objectif du droit de la concurrence<sup>212</sup>, et vigilantes à l'indifférence des critères juridiques dans l'analyse en matière de la concurrence, les autorités compétentes en la matière étaient très prudentes dans leurs analyses de l'effet des caractères sociaux à la qualification d'entreprise.

**140.** Alors que les caractères sociaux de ces différents opérateurs assureurs ont pu, dans certains cas, justifier leur exclusion de la qualification économique d'entreprise, dans d'autres cas, ils n'ont pas pu justifier cette exemption et la qualification d'entreprise était également retenue. Ainsi, afin de faciliter la tâche, nous analysons dans un premier temps et en se basant sur des éléments subjectifs, les circonstances aboutissant à l'exemption des organismes d'assurance relevant de la protection sociale de la qualification économique d'entreprise (**Paragraphe 1**), avant d'en relever, en deuxième

---

209Ex. : Cass. Crim. 17 mars 1992, n° 90-87.071, *Bull. crim.* n° 194, p. 298 ; Com., 6 avr. 1993, n° 90-13.625, *Dr. soc.* 1993. 488, note P. Laigre ; *Ibid.* 494, obs. J.-J. Dupeyroux ; *RDSS* 1994. 110, obs. G. Vachet ; CJCE, 17 févr. 1993, n°C-159/91, *Poucet, Pistre c/ AGF c/ CANCAVA, D.* 1993. 277, obs. X. Prétot ; *Dr. soc.* 1993., Note P. Laigre, p. 488 ; *Ibid.*, obs. J.-J. Dupeyroux, p. 494 ; *RDSS* 1993. 310, obs. G. Vachet ; *Ibid.* 554, note P. Chenillet ; *RTD com.* 1993., obs. C. Bolze, p. 429 ; *Ibid.* 1994., étude G. Lhuillier, p. 645 ; *RTD eur.* 1995., chron. J.-B. Blaise et L. Idot, p. 39.

210CJCE, 16 novembre 1995, aff. c-244/94, *FFSA e.a. Ministre/agriculture et de la pêche, Rec.*, P.I- 4013. J. B. Blaise, *RAE*, 1996, p. 67 : L. Idot, « Nouvelle invasion ou confirmation du domaine du droit de la concurrence ? À propos de quelques développements récentes », *Europe*, janvier 1996, chron. N° 1 ; Ph. Laigre, « L'intrusion du droit communautaire de la concurrence dans le champ de la protection sociale », *Dr. Social*, n° 1/1996, p. 82 ; CJCE, 21 septembre 1999, aff. c-67/96, *Albany international BV/Stichting Brdrijfspensiofnfonds, Rec.*, CJCE 1999, I, p.5751 ; C.J.C.E., 12 septembre 2000, aff.,180/98 à 184/98, *Pavel Pavlov e.a et Stiching Pensioenfonds Medische Specialisten*, préc.

211J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto et R. Lafore, *op. cit.*, p. 453.

212*Infra* paragraphe 25 ; *Cf.*, Le caractère pragmatique de la politique de la concurrence européenne et nationale voir : A. Decocq, G. Decocq, édition 6, p. 23.

temps et en se basant sur des éléments objectifs, les critères excluant toute référence aux caractères sociaux lors de la qualification d'entreprises d'assurance (**Paragraphe 2**).

## § 1. L'appréciation subjective des entités d'assurance à caractère exclusivement social

**141.** En droit de la concurrence, comme l'exercice des prérogatives de puissance publique justifie l'exclusion de la qualification économique d'entreprise<sup>213</sup>, l'exercice des activités à finalité exclusivement sociale comme « la gestion du service public de la Sécurité sociale » constitue désormais un motif probant en vue de l'élimination de la notion d'entreprise. Dans l'assurance, les opérateurs fonctionnant particulièrement dans la branche de protection sociale, comme les institutions de prévoyance, les organismes de retraite et les mutuelles ont constitué l'environnement favorable à la naissance de la notion d'activité d'assurance à caractère exclusivement social et à son développement.

**142.** Dès les premières applications des règles du droit de la concurrence à ces différents opérateurs spécifique d'assurance, le caractère social fut l'argument ultime utilisé afin de les faire échapper de toute qualification économique. La CJUE n'exclut pas en principe que des opérateurs d'assurance à caractère social soient soustraits à la qualification économique d'entreprise. Mais la finalité sociale d'un opérateur d'assurance n'est pas en soi suffisante pour l'exclure de la sphère économique<sup>214</sup>.

**143.** En effet, selon la pratique décisionnelle et jurisprudentielle, seulement lorsque la finalité sociale d'une entité d'assurance est soutenue par la poursuite d'une activité à caractère

---

213 Sur l'exclusion de la notion d'entreprise pour l'exercice des prérogatives de puissance publique v., :A. Decocq, G. Decocq, *op. cit.*, p. 57 ; C. Prieto et D. Bosco, *op. cit.*, p. 371.

214 CJCE, 12 septembre 2000, aff. C-180/98 à C-184/98 *Pavel Pavlov e.a et Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, préc., pt. 18 ; CJCE, 22 janvier 2002, aff. 218/00, *Cisal*, préc. pt. 37 ; CJCE, 3 mars 2011, C-437/09, *AG2R*, préc., pt. 45.

exclusivement social, l'exclusion de la qualification économique d'entreprise sera justifiée. C'est selon ce critère subjectif que la CJCE a, dans son arrêt de principe « *Poucet et Pistre* », rejeté la tentative de M. Christian Poucet lorsqu'il a entamé un contentieux visant à mettre fin au monopole établi au profit des organismes d'assurance gérant des régimes d'assurance maladie et de vieillesse relevant de la Sécurité sociale. Après avoir relevé la poursuite d'objectif exclusivement social dans l'exercice de leurs activités, la Cour a accepté qu'ils soient exclus de la qualification économique d'entreprise et par conséquent du champ d'application du droit de la concurrence<sup>215</sup>.

**144.** Toutefois, la conclusion selon laquelle les activités exclusivement sociales échappent aux règles du droit de la concurrence soulève de nombreux problèmes. En effet, bien que les juridictions compétentes aient été claires sur l'effet de la qualification exclusivement sociale d'une activité, elles ont montré une position anarchique lors de la description des éléments constitutifs de ce critère subjectif. La difficulté réside dans l'importance qu'il faut donner aux différents caractères des opérateurs d'assurance à finalité sociale.

**145.** À cet égard, il importe de recourir à une grille d'analyse serrée pour discerner ce qui relève d'une activité exclusivement sociale<sup>216</sup>. Dans son analyse, la Cour de justice se réfère à l'ensemble des caractères sociaux de ces opérateurs pour justifier la qualification d'une activité exclusivement sociale (**A**). Néanmoins, un élément ultime se distingue dans cet ensemble : la solidarité économique et financière (**B**).

#### **A-Le faisceau d'indices du caractère exclusivement social de l'activité d'assurance**

**146.** La finalité sociale des opérateurs d'assurance n'exclut pas, en soi, la qualification économique de leurs activités. Cependant, l'identification de plusieurs éléments dans l'exercice de l'activité de

---

215CJCE, 17 février 1993, aff., C-159/91 et 160/91, *Poucet, Pistre c/ AGF c/ CANCAVA*, préc., pt. 18.

216Certain va jusqu'à la mise en place d'une définition négative de la notion d'entreprise en droit de la concurrence afin de la distinguer de la notion positive d'entreprise, L. Driguez, *op. cit.*, p. 247 et s ; Ce procédé pose un problème puisqu'il risque de nous faire tomber dans une interrogation sur le procédé à suivre lors de la recherche de la qualification d'entreprise.

certaines opérateurs à caractère social a conduit la Cour à retenir la qualification exclusivement sociale et à exclure la qualification d'activité économique d'entreprise.

147. Quatre arrêts<sup>217</sup> de la CJUE ont retenu cette notion à l'égard de quatre opérateurs distincts. Les litiges concernaient des opérateurs d'assurance relevant de la protection sociale et dans trois États membres différents, opposant des assurés aux organismes régionaux chargés de la gestion des régimes d'assurance maladie et maternité, d'assurance vieillesse et d'assurance pour les accidents de travail et les maladies professionnelles.

148. La décision fondatrice en la matière se trouve dans la fameuse affaire « *Poucet et Pistre* » de 1993. En l'espèce M. Poucet et M. Pistre, respectivement, opposaient à la caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon (CAMULRAC), organisme chargé de la gestion du régime d'assurance maladie et maternité des travailleurs non salariés des professions non agricoles, et son organisme conventionné, les Assurances Générales de France (AGF) et à la caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans de Clermont-Ferrand (CANCAVA), le paiement des cotisations d'affiliation obligatoire réclamées par celles-ci. M. Poucet et M. Pistre, sans contester le principe d'assurance obligatoire, ont contesté le paiement en s'appuyant sur l'incompatibilité de l'obligation d'affiliation aux seules CAMULRAC et CANCAVA aux règles du droit de la concurrence<sup>218</sup>. Ils estimaient, en vertu des règles de concurrence, pouvoir s'adresser librement à toute compagnie d'assurance privée. Après avoir parcouru les caractéristiques des régimes d'assurance maladie et maternité des travailleurs non salariés des professions non agricoles et d'assurance vieillesse des artisans en cause, comme la solidarité financière établie au sein des régimes<sup>219</sup>, l'affiliation obligatoire indispensable à la mise en œuvre de la solidarité<sup>220</sup> et la soumission de ces organismes assureurs à l'organisation et au contrôle étatique dans la gestion des régimes, la Cour en a déduit que « *les caisses de maladie ou les organismes qui concourent à la gestion du service public de la Sécurité sociale remplissent une fonction de caractère exclusivement social (...)* »<sup>221</sup>. Partant, les caisses en cause n'exercent pas d'activité économique et ne constituent pas des entreprises au sens des articles 81 et 82 du traité (désormais 101 et 102 du TFUE).

---

217CJCE, 17 février 1993, aff., C-159/91 et 160/91, *Poucet, Pistre c/ AGF c/ CANCAVA*, préc ; CJCE, 22 janvier 2002, aff. 218/00, *Cisal*, préc ; CJCE, 16 mars 2004, aff. Jtes C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, *AOK Bundesverband e.a., Rec.*, p. I-2493. ; CJCE, 5 mars 2009, aff. C- 350/07, *Kattner Stahlbau GmbH contre Maschinenbau- und Metall- Berufsgenossenschaft, Rec. CJCE*, I, p. 1513, Europe 2009, comm.198, obs. Ido L.

218CJCE, 17 février 1993, aff., C-159/91 et 160/91, *Poucet, Pistre c/ AGF c/ CANCAVA*, préc., pt. 3.

219Ibid, pt. 10.

220Ibid, pt. 13.

221Ibid, pt. 18.

**149.** Plusieurs années après son arrêt fondateur, la Cour a, dans son arrêt concernant l'affaire « *cisal di Battistello Venanzio contre l'INAIL* »<sup>222</sup>, confirmé son analyse au sujet de l'activité de l'institution nationale d'assurance des travailleurs contre les accidents du travail de l'assurance italienne (INAIL). Comme dans l'affaire *Poucet et Pistre*, un artisan ne s'était pas assuré auprès de l'INAIL qui lui a adressé une injonction relative au paiement de ses cotisations d'assurance. M. Battistello Venanzio s'opposait à la contrainte en démontrant qu'il était déjà assuré contre les accidents du travail auprès d'une compagnie d'assurance privée. Il soutenait, en outre, que les dispositions fondant son obligation de s'assurer contre ces mêmes risques auprès de l'INAIL fussent déclarées contraires au droit communautaire de la concurrence en ce qu'elles maintenaient de façon injustifiée, en faveur de ce dernier, un monopole qui le conduisait à abuser de sa position dominante.

**150.** S'occupant de la qualification de l'INAIL, organisme ayant la charge de garantir pour le compte de l'État et sous son contrôle l'assurance obligatoire des travailleurs contre les accidents du travail et les maladies professionnelles, la juridiction italienne préféra surseoir à statuer et interrogea la Cour de justice sur la qualification à donner à cet organisme assureur. Après avoir rappelé la mise en place du principe de solidarité par le régime d'assurance<sup>223</sup>, sa soumission à l'organisation et au contrôle étatique, surtout en ce qui concerne le taux des cotisations et des prestations<sup>224</sup> et l'affiliation obligatoire indispensable à la mise en œuvre du principe de solidarité et à l'équilibre financier du régime<sup>225</sup>, la Cour de justice concluait, comme elle l'avait fait dans l'affaire *Poucet et Pistre*, qu' « en concourant ainsi à la gestion de l'une des branches traditionnelles de la Sécurité sociale, en l'occurrence l'assurance contre les accidents du travail et les maladies professionnelles, l'INAIL remplit une fonction de caractère exclusivement social. Il s'ensuit que son activité n'est pas une activité économique au sens du droit de la concurrence et que, dès lors, cet organisme ne constitue pas une entreprise au sens des articles 81 et 52 du traité » (désormais 101 et 49 du TFUE)<sup>226</sup>.

**151.** L'affaire « *AOK Bundesverband* »<sup>227</sup> relative aux caisses légales d'assurance maladie allemandes a également permis à la Cour de justice de préciser les critères de la qualification d'une activité d'assurance à caractère exclusivement social. Le litige opposait des sociétés

---

222CJCE, 22 janvier 2002, aff. 218/00, *Cisal*, préc.

223*Ibid.*, pt. 38 à 42.

224*Ibid.*, pt. 43 à 44.

225*Ibid.*, pt 45.

226*Ibid.*, pt 46.

227CJCE, aff. Jtes C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, 16 mars 2004, *AOK Bundesverband e.a.*, préc.

pharmaceutiques et des caisses d'assurance de santé allemandes et leurs fédérations. Les sociétés pharmaceutiques contestaient, sur le fondement de l'article 81 § 1 du traité, la fixation des montants maximum de remboursement des médicaments et matériels de soins par les fédérations de caisses. Elles considéraient que les caisses d'assurance maladie allemandes étaient en concurrence sur le terrain des cotisations. De ce fait elles devaient être considérées comme des entreprises exerçant des activités économiques spécialement dans leur activité d'achat de médicaments. Ainsi elles considéraient le mécanisme de fixation des plafonds maximums et communs de prise en charge des médicaments comme une entente anticoncurrentielle. Plusieurs questions préjudicielles relatives à la qualification des fédérations des caisses ainsi que les caisses d'assurance maladie et les effets de celle-ci ont été posées à la Cour de justice par la juridiction allemande compétente. Pour répondre à la question relative à la qualification des caisses d'assurance maladie, la Cour, après avoir rappelé leurs caractéristiques, comme la solidarité établie entre les membres des caisses et les caisses, elles-mêmes, leur soumission à l'organisation et au contrôle étatique<sup>228</sup>, et l'absence de concurrence économique<sup>229</sup>, a estimé qu'à l'instar des caisses d'assurance maladie et de vieillesse de l'affaire *Poucet et Pistre*, « les caisses de maladie du régime légal d'assurance maladie allemand concourent à la gestion du système de la Sécurité sociale. Elles remplissent, à cet égard, une fonction de caractère exclusivement social, fondée sur le principe de solidarité et dépourvue de tout but lucratif »<sup>230</sup>. Elle en a finalement déduit que l'activité de ces caisses n'est pas économique et les caisses ne sont pas considérées comme des entreprises au sens des articles 81 et 82 du traité CE (désormais 101 et 102 du TFUE)<sup>231</sup>.

**152.** Si la cour de justice n'était pas, dans les arrêts précédents, assez claire sur les éléments constitutifs du caractère exclusivement social d'une activité, l'affaire « *Kattner* » relative au système d'assurance d'accidents de travail et de maladies professionnelles lui a donné l'occasion de développer ce qui est nécessaire pour qualifier une activité comme exclusivement sociale<sup>232</sup>. Le litige opposait une société « *Kattner Stahlbau CMBH* » à la caisse professionnelle du secteur de la construction mécanique et de la métallerie au sujet de l'affiliation obligatoire de celle-ci à cette

---

<sup>228</sup>*Ibid*, pt. 53.

<sup>229</sup>La concurrence exercée entre les caisses était établie sur le principe de bonne gestion et non pas sur celui d'une concurrence sur le marché. Selon la Cour du justice « *il ressort des observations présentées devant la Cour, le législateur a introduit un élément de concurrence en matière de cotisations afin d'inciter les caisses de maladie à exercer leur activité selon les principes d'une bonne gestion, à savoir de la manière la plus efficace et la moins coûteuse possible, dans l'intérêt du bon fonctionnement du système de sécurité sociale allemand. La poursuite de cet objectif ne change en rien la nature de l'activité des caisses de maladie* » : *Ibid*, pt. 56.

<sup>230</sup>*Ibid*, pt. 51.

<sup>231</sup>*Ibid*, pt. 57.

<sup>232</sup>CJCE, 5 mars 2009, aff. C-350/07, *Kattner Stahlbau GmbH contre Maschinenbau-und Metall-Berufsgenossenschaft*, préc.

dernière au titre de l'assurance légale contre les accidents du travail et les maladies professionnelles. Devant les juridictions allemandes compétentes, la société alléguait que l'affiliation obligatoire était contraire aux dispositions des articles 49 et 50 du traité sur la libre prestation des services ainsi que celles des articles 82 et 86 relatifs à la concurrence. Les juridictions allemandes, après avoir décidé de surseoir à statuer, posèrent à la Cour de justice deux questions préjudicielles relatives, en premier lieu, à la qualification des caisses d'assurance contre les accidents du travail et les maladies professionnelles, et deuxièmement, à leur soumission au droit communautaire<sup>233</sup>. Pour répondre à la première question, la Cour a, à la différence des arrêts précédents, précisé que seule la solidarité et le contrôle exercé par l'État sur les régimes d'assurance seraient susceptibles d'exclure les activités des caisses relatives à l'assurance contre les accidents de travail et les maladies professionnelles de la qualification économique d'entreprise<sup>234</sup>. Selon elle, dans ce cas seulement, l'activité sera considérée comme poursuivant une finalité exclusivement sociale justifiant l'exclusion de la qualification d'entreprise<sup>235</sup>. Puis, elle a constaté qu' « *en concourant à la gestion de l'une des branches traditionnelles de la Sécurité sociale, en l'occurrence l'assurance contre les accidents du travail et les maladies professionnelles, un organisme tel que celui en l'espèce remplit une fonction à caractère exclusivement social, de sorte que son activité n'est pas une activité économique au sens du droit de la concurrence et que, dès lors, cet organisme ne constitue pas une entreprise au sens des articles 81 CE et 82 CE* »<sup>236</sup>.

**153.** Sans surprise, les autorités françaises de la concurrence n'hésitent guère à écarter la qualification d'activité économique d'entreprise pour l'accomplissement d'une activité exclusivement sociale. Ainsi, une saisine récente de l'autorité a été déclarée irrecevable à l'encontre des pratiques de la Caisse de la mutualité sociale agricole de Gironde au motif qu'elle « *ne constitue pas une entreprise, mais remplit une fonction à caractère exclusivement social* ». Cette solution a été confirmée par la Cour d'appel de Paris<sup>237</sup>. Pour justifier leurs décisions, l'Autorité de la concurrence et la cour d'appel n'ont fait qu'appliquer, par analogie, la jurisprudence de la Cour de justice.

**154.** En revenant à la jurisprudence européenne, l'arrêt *Kattner* était la dernière occasion qui a

---

233*Ibid.*, pt. 22.

234*Ibid.*, pt. 43.

235*Ibid.*, pt. 68.

236*Ibid.*, pt. 66.

237ADLC. Déc., n° 10-D-23 du 23 juillet 2010, relative à des pratiques mises en œuvre par la caisse de la mutualité sociale agricole de la Gironde : CA. Paris, 27 janvier 2011, rejetant le recours contre la décision de l'Autorité de la concurrence.

permis à la Cour de justice de préciser les éléments constituant la notion d'activité à caractère exclusivement social en matière assurantielle<sup>238</sup>. Cela signifie-t-il qu'on doit se fier à son analyse et considérer que la solidarité et le contrôle exercé par l'État sont les éléments indispensables de la qualification des activités d'assurance à caractère exclusivement social ?<sup>239</sup> Ou au contraire, plusieurs éléments, selon les circonstances, devraient-ils être pris en compte ? La prise en considération de l'ensemble des décisions de la CJUE pourraient nous interdire de répondre à notre interrogation. Si, au cas par cas, la Cour est très claire dans ses motivations, l'analyse de l'ensemble des espèces pourrait montrer une incompréhension, puisqu'on sait qu'en droit de la concurrence le contrôle étatique n'affecte pas davantage la qualification d'entreprise. Et de même, quel sera le degré du contrôle exercé par l'État pour apprécier le caractère exclusivement social ? D'ailleurs, il apparaîtrait difficile d'apprécier le caractère exclusivement social d'un opérateur d'assurance à l'aune d'un principe de solidarité.

### **B-La solidarité par répartition : élément primordial de la qualification de la nature des activités d'assurance sociale**

155. L'abandon des critères sociaux comme le but non lucratif, l'affiliation obligatoire ou le contrôle strict exercé par l'État dans l'appréciation de la notion d'entreprise serait incontestablement cohérent à l'ensemble de la jurisprudence européenne qui a indiqué l'indifférence de l'objectif social d'une réglementation ou d'une activité au regard de l'applicabilité des règles du traité<sup>240</sup>. La distinction entre ce qui relève ou non des activités à caractère exclusivement social ne se limite pas aux seuls critères statutaires de nature juridique. L'analyse économique inspire des critères liés à la politique et aux objectifs poursuivis par l'entité. En matière d'assurance, la solidarité semble être l'unique critère retenu pour déterminer la nature des organismes d'assurance à caractère

---

238Malgré que dans l'affaire AG2R, il s'agissait d'un organisme d'assurance gérant un régime d'assurance complémentaire santé et relevant de la Sécurité sociale, la CJUE n'a pas précisé malgré tout caractère exclusivement social de l'activité que celui-ci n'était pas une entreprise.

239Sur l'importance de ces deux critères v., : L. Driguez, *op. cit.*, pp. 266-286.

240CJCE, 2 juillet 1974, aff. 173/73, *Italie c/ Commission*, pt. 28 « [...] le but social éventuels de la mesure litigieuse ne suffiraient à la mettre à l'abri de la règle de l'article 92 » : en l'espèce, il s'agissait d'une loi visant à dégrever progressivement les charges sociales des entreprises de l'industrie textile, *Rec.*, p. 709 ; l'indifférence de la réglementation sociale est confirmée ensuite dans l'affaire : CJCE, 26 septembre 1996, aff. C-241/94, *République française c/ Commission*, *Rec.*, p. I-4551.

exclusivement social<sup>241</sup>. Selon certains auteurs la solidarité est consanguine de la Sécurité sociale. C'est du reste ce qui permet de distinguer celle-ci des autres assurances sociales<sup>242</sup>.

**156.** L'importance du critère de solidarité dans la qualification de l'activité d'assurance apparaît dans la jurisprudence de la Cour de justice indiquée ci-dessous. Sans toutefois que l'on sache s'il était suffisant. La solidarité est en effet prise en compte, comme il est constaté, en présence d'autres critères sociaux. Toutefois, la pertinence du critère de solidarité a été confirmée dans deux affaires « *FFSA, et Albany* » concernant, successivement, en France, la Caisse nationale d'assurance vieillesse agricole gérant le régime complémentaire d'assurance vieillesse des agriculteurs non salariés<sup>243</sup> et le fonds de pension retraite néerlandais gérant un régime de pension retraite complémentaire<sup>244</sup>. Aucune des solutions concluant à l'applicabilité du droit de la concurrence ne fait l'économie de la démonstration de l'absence de la solidarité<sup>245</sup>. Dans les deux affaires, bien que les intéressés aux litiges aient démontré les caractères sociaux des organismes assureurs en cause<sup>246</sup>, la Cour de justice a, contrairement à l'analyse retenue dans l'affaire *Poucet et Pistre*, écarté leur effet sur la nature de l'activité de ces organismes assureurs<sup>247</sup>. Tout en les qualifiant d'entreprises, la Cour de justice a refusé de considérer que leur activité avait un caractère exclusivement social. L'absence de la solidarité, celle par répartition, caractérisée dans l'affaire *Poucet et Pistre*<sup>248</sup>, était la seule motivation justifiant ces deux décisions de la Cour.

**157.** Par ailleurs, la référence à la solidarité dans ces affaires pose, elle-même, un problème de définition. À partir de quand le principe de solidarité est-il suffisamment présent dans l'activité d'un opérateur d'assurance pour qu'on puisse considérer qu'il remplit « une fonction de caractère exclusivement social » ?<sup>249</sup>. En effet, malgré le fait que la solidarité constitue un trait qui imprègne

---

241La référence à la solidarité comme élément primordial dans l'appréciation des caractéristiques d'une activité était indiquée au point 68 des conclusions de l'avocat général Stix-Hackl du 14 novembre 2002 dans l'affaire C-355/00, *Fresfot AE/Ellemko Dimisio* : CJCE, 22 mai 2003, aff. C-355/00, *Fresfot AE/Ellemko Dimisio, Rec.*, p. I-5263 ; V., dans ce sens L. Driguez, *op. cit.*, p. 267 et s.

242J. Barthélémy et F. Wismer, « Regards croisés sur les clauses de désignation et de migration », *Les Cahiers du DRH*, Interview réalisée par Jean-René le Meur, 2012, n° 185.

243CJCE, 16 novembre 1995, aff. C-244/94, *FFSA e.a. Ministre/agriculture et de la pêche*, Préc., p. 67 : L. Idot, « Nouvelle invasion ou confirmation du domaine du droit de la concurrence ? À propos de quelques développements récents », *Europe*, janvier 1996, chron. n° 1 ; Ph. Laigre, « L'intrusion du droit communautaire de la concurrence dans le champ de la protection sociale », *Dr. Soc.*, n° 1/1996, p. 82

244CJCE, 21 septembre 1999, aff. C-67/96, *Albany, Brentjens' et Maatschappij Drijvende Bokken*, préc.

245Cf., L. Driguez, *op. cit.*, p. 267.

246Comme la soumission au contrôle étatique, le but non lucratif : CJCE, 16 septembre 1995, aff. C-244/94, *FFSA.*, préc., pt. 14 et s ; CJCE, 21 septembre 1999, aff. C-67/96, *Albany, Brentjens' et Maatschappij Drijvende Bokken*, préc., pt. 73 et s.

247CJCE., 16 septembre 1995, C-244/94, *FFSA*, préc., pt. 18 ; CJCE, 21 septembre 1999, aff. C-67/96, *Albany, Brentjens' et Maatschappij Drijvende Bokken*, préc., pt. 85.

248*Supra*, n° 148 et s.

249F. Kessler, « Droit communautaire de la concurrence et régimes de base de protection sociale. A la recherche d'un

l'ensemble du système européen, elle est une notion peu connue par les deux droits européen<sup>250</sup> et national. Les traités successifs de l'Union Européennes, n'admettent pour le moment aucune définition du terme « solidarité » en dépit de son indication à l'article 1 § 1 du TUE, au préambule et aux articles 67 § 2, 80, 100, 194 et 222<sup>251</sup> de TFUE. En outre, un chapitre consacré à la solidarité, apparu dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne de 2002, modifiée et proclamée en 2007<sup>252</sup>, n'adopte aucune définition propre à la notion. Bien que la sécurité juridique privilégie une définition, la solidarité est juridiquement considérée comme un terme très récent<sup>253</sup> et difficile à clarifier<sup>254</sup>. En outre, la solidarité caractérisant le secteur des assurances dans son ensemble risque de nous amener sur un terrain mouvant.

**158.** Afin de faciliter l'analyse, une distinction s'impose entre une solidarité imprégnant le secteur des assurances en général et une autre spécifiant une activité d'assurance à caractère exclusivement social. Tout en réservant un retour plus approfondi sur ce sujet<sup>255</sup>, il reste indispensable de revenir à la jurisprudence de la Cour de justice pour tenter de déterminer le contenu de la solidarité caractérisant une activité exclusivement sociale. Définir la solidarité par la jurisprudence européenne revient, par conséquent, à reformuler les conditions de son existence en matière d'assurance. Or, sur ce point, les analyses sont extrêmement divergentes et le concept de solidarité reprend les allures d'un animal tentaculaire et insaisissable<sup>256</sup>. C'est pourtant dans cette voie que s'engage la CJUE. Elle tente de convaincre de la mise en œuvre du principe en démontrant la présence de ses éléments. Elle passe toutefois de la technique du faisceau d'indices à l'élaboration d'une définition précise au moyen de critères et conditions clairement établis<sup>257</sup>.

**159.** L'arrêt *Poucet et Pistre*<sup>258</sup> peut, encore une nouvelle fois, se montrer comme un arrêt de

---

fondement juridique cohérent », *JCP G I*, 3999 ; V., aussi l'interrogation de M. Putman : Emmanuel Putman, « Les rapports entre droit social et droit de la concurrence », *RIDE* 1998/2, p. 113.

250F. Kauff-Gazin, « *La notion d'intérêt général en droit communautaire* », ss dir., S. Denys, Strasbourg III, Strasbourg, 2001, p. 559.

251L'article 222 du TFUE constitue le premier article du titre III intitulé clause de solidarité qui stimule la solidarité entre l'ensemble des États membres sur des sujets particuliers comme la lutte contre le terrorisme, les catastrophes naturelles ou d'origine humaine.

252Titre IV, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, (2010/c 83/02), *JOUE*, 30 mars 2010, C 83/389.

253 La notion a été expressément inscrite à l'article L. 111-1 du Code de la sécurité sociale depuis la loi du 4 janvier 1978 relative à la généralisation de la protection sociale ; Pour plus de détails sur la notion v., : N. et A.-J. Arnaud, « Une doctrine du droit tranquillisante, le solidarisme juridique », *Arch. Phil.*, Dr. 1976, t. 21, p. 131 à 151.

254La solidarité demeure une notion fuyante, rebelle à toute tentative de clarification intellectuelle : J. Chevallier, « La résurgence du thème de la solidarité », in *La solidarité, un sentiment républicain ?*, CURAPP, PUF, 1992, p. 202.

255 *Infra*, n° 580.

256Image emprunter à A. Winterstein, « Nailing the Jellyfish : Social Security and Competition Law », *ECLR*, 1999, p. 324.

257L. Driguez, *op. cit.*, p. 271.

258CJCE, 17 février 1993, aff., C-159/91 et 160/91, *Poucet, Pistre c/ AGF c/ CANCAVA*, préc.

référence sur ce point. Car, il a présenté la première occasion qui a permis à la Cour de préciser les composantes de la solidarité excluant toute qualification économique. Selon elle, le fait qu'un régime d'assurance maladie et maternité soit établi sur « *des cotisations proportionnelles aux revenus de l'activité professionnelle et pensions retraite* », que « *seuls étant exclus du paiement de ces cotisations les titulaires d'une pension d'invalidité et les assurés retraités dont les ressources sont les plus modestes* », que « *les prestations soient identiques pour tous les bénéficiaires* », et que « *les personnes qui ne relèvent plus de ce régime conservent leurs droits aux prestations pendant un an, à titre gratuit* » révèle l'existence d'une solidarité exclusivement sociale. Pour la cour, en l'espèce, cette solidarité « *implique une redistribution de revenu entre les plus nantis et ceux qui en l'absence d'un tel régime et compte tenu de leurs moyens et condition de santé, seraient privés de la couverture sociale nécessaire* »<sup>259</sup>.

**160.** Se penchant ensuite sur l'analyse de la solidarité du régime d'assurance vieillesse, elle considère que celle-ci s'exprime par « *le financement des pensions de retraite par des travailleurs en activité* » et « *la non proportionnalité des droits à pension, fixés par la loi, aux cotisations versées* »<sup>260</sup>.

**161.** Avec cette analyse, la Cour de justice considère que la solidarité serait établie sur un mécanisme de redistribution des revenus. Ce dernier serait basé sur la prise en charge des assurés les plus démunis par les plus nantis. Donc, la Cour adopte la solidarité fondée sur la répartition des revenus entre assurés d'un coté et de l'autre côté, entre assurés actifs et assurés passifs dite répartition intergénérationnelle. De surcroît, la Cour a déterminé une solidarité propre au régime d'assurance de sécurité sociale en précisant que « *la solidarité se manifeste entre les différents régimes d'assurance de sécurité sociale, les régimes excédentaires participant au financement des régimes qui ont des difficultés financières structurelles* »<sup>261</sup>.

**162.** Malgré les critiques de la doctrine<sup>262</sup>, la répartition financière entre assurés, même intergénérationnelle, comme elle a été illustrée à l'arrêt *Poucet et Pistre*, semble constituer le composant unique de la solidarité qualifiant une activité à caractère exclusivement social<sup>263</sup>.

---

259*Ibid.*, pt., 10.

260*Ibid.*, pt., 11.

261*Ibid.*, pt., 12.

262J.-J. Dupeyroux ira, « Une accumulation confuse d'arguments superfétatoires », in *Brèves observations, en marge, Dr. Soc.*, n° 5, 1993, p. 494 ; Ph. Laigre, « Les organismes de sécurité sociale sont-ils des entreprises », *Dr. Soc.*, n° 5, 1993 p 488.

263*Cf.*, C. Prieto et D. Bosco , préc. p. 379

**163.** La Cour de justice a itérativement confirmé, par opposition systématique des mécanismes d'assurance par répartition et par capitalisation, la nécessité de la répartition dans la détermination de la solidarité excluant toute qualification économique d'une activité d'assurance. Pour ce faire, elle a souligné la solidarité par répartition identifiée dans l'affaire *Poucet et Pistre* afin de l'opposer à une autre solidarité établie au sein du régime de retraite complémentaire des travailleurs non salariés de l'agriculture, dénommé « *COREVA* », dans l'affaire *FFSA*<sup>264</sup>. Pour la Cour malgré le fait que *COREVA* poursuivant une finalité sociale<sup>265</sup>, soit organisé par les pouvoirs publics<sup>266</sup>, fondé sur une solidarité<sup>267</sup>, la Caisse centrale de la mutualité sociale agricole gérant ce régime n'exerce pas une activité exclusivement sociale. Pour motiver sa décision la Cour a précisé que le fait que « *le régime fonctionne selon le principe de capitalisation et que les prestations auxquelles il donne droit dépendent uniquement du montant des cotisations versées par les bénéficiaires ainsi que des résultats financiers des investissements effectués par l'organisme gestionnaire,* » justifie de considérer que « *la Caisse centrale de la mutualité sociale agricole exerce une activité économique en concurrence avec les compagnies d'assurance* »<sup>268</sup>.

**164.** C'est ce qu'il ressort également de l'arrêt *Albany*<sup>269</sup> où, après avoir rappelé le contenu de la solidarité retenue dans l'arrêt *Poucet et Pistre* et l'avoir comparé à celle de l'espèce<sup>270</sup>, le simple constat du fonctionnement selon le principe de capitalisation<sup>271</sup> a permis à la Cour d'en déduire qu'

---

264CJCE, 16 novembre 1995, aff. C-244/94, *FFSA e.a. Ministre/agriculture et de la pêche*, préc.

265Ibid, pt. 8.

266Ibid, pt. 9.

267Le gouvernement français a soutenu dans l'affaire que Coreva serait fondé sur un principe de solidarité. À cet égard, il a souligné que « *les adhérents, qui seraient dans l'impossibilité de payer les cotisations en raison de leur maladie, pourraient être dispensés de leur versement par une commission spéciale, les cotisations étant alors prises en charge par un fonds d'action sociale alimenté par un prélèvement sur les cotisations du régime complémentaire à raison de 0,5 % des cotisations brutes annuelles. Par ailleurs, tout adhérent pourrait sortir du régime sans aucune pénalité, les droits à la retraite demeurant acquis en totalité à l'intéressé. Enfin, en cas de décès prématuré de l'adhérent, les points cumulés ne seraient pas versés aux héritiers comme c'est le cas dans un contrat d'assurance vie ou d'épargne-retraite, mais les ressources seraient mises à la disposition du régime et serviraient à revaloriser les retraites en cours de service* » : Ibid, pt. 10.

268Ibid, pt., 17.

269CJCE, 21 septembre 1999, aff. C-67/96, *Albany international BV/Stichting Brdrijfspensioonfonds*, préc.

270Le fonds de pension et les autres parties intéressées ont soutenu que « *le fonds sectoriel de pension fonctionnerait sur la base du principe de solidarité. Cette solidarité se manifesterait par l'obligation d'accepter tous les travailleurs sans examen médical préalable, par la continuation de la pension en dispense de versement des cotisations en cas d'incapacité de travail, par la prise en charge par le fonds de l'arriéré de cotisations dû par l'employeur en cas de faillite de ce dernier ainsi que par l'indexation du montant des pensions afin de maintenir leur valeur. Le principe de solidarité résulterait également de l'absence d'équivalence à titre individuel entre la cotisation versée, qui serait une cotisation moyenne et indépendante des risques, et les droits à pension, pour la détermination desquels un salaire moyen serait pris en compte. Une telle solidarité rendrait indispensable l'affiliation obligatoire au régime de pension complémentaire. A défaut, le départ des " bons " risques aurait un effet de spirale négatif qui mettrait en péril l'équilibre financier du régime* » : Ibid, pt. 75.

271Ibid, pt. 81 et 82.

« un fonds sectoriel de pension, tel que celui en cause au principal, exerce une activité économique en concurrence avec les compagnies d'assurance »<sup>272</sup>.

**165.** Un an plus tard, la Cour de justice a repris, à nouveau, dans son arrêt *Pavel Pavlov*<sup>273</sup>, ses arguments retenus dans les deux affaires précédentes « *FFSA et Albany* ». Elle a, en effet, refusé les arguments du fonds et des gouvernements concernés plaçant le caractère exclusivement social et non économique du fonds de pension sectoriel<sup>274</sup>. Elle a surtout mis à l'écart les arguments relatifs au caractère solidaire démontré au point 106, au motif que « le Fonds détermine lui-même le montant des cotisations et des prestations et fonctionne selon le principe de la capitalisation. Dès lors, le montant des prestations fournies par le Fonds dépend des résultats financiers des placements qu'il effectue et pour lesquels il est soumis, à l'instar d'une compagnie d'assurances, au contrôle de la chambre des assurances »<sup>275</sup>.

**166.** Dans les affaires précédentes, on peut comprendre que les activités d'assurance en cause ont été qualifiées d'économiques pour la seule raison de l'absence du mécanisme de répartition économique et financière entre les assurés. La lecture de ces derniers arrêts relatifs à l'assurance maladie et maternité, à l'assurance vieillesse et aux fonds de pension de retraite permet ainsi de se demander si l'existence d'un régime d'assurance maladie et maternité ou de retraite complémentaire fondé sur un principe de solidarité par répartition ne vaudrait pas présomption irréfragable d'activité à caractère exclusivement social de même qu'un système d'assurance fondé sur un principe de capitalisation emporterait présomption irréfragable d'activité économique. C'est cette présomption qui permettrait de comprendre la solution retenue dans les affaires *FFSA et Albany* malgré l'existence d'importants éléments de solidarité et l'encadrement légal du régime. Ce lien entre solidarité par répartition et activité exclusivement sociale n'a pour l'instant jamais été réfuté<sup>276</sup>.

**167.** C'est ainsi que, dans plusieurs décisions marquantes, la jurisprudence européenne a confirmé le rejet de la qualification d'« entreprise » à l'égard des organismes chargés, respectivement, de la

<sup>272</sup>*Ibid*, pt. 84.

<sup>273</sup>CJCE, 12 septembre 2000, aff. C-180/98 à C-184/98, *Pavel Pavlov e.a et Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, préc : « L'affaire opposait des médecins spécialistes au Fonds de pension des médecins spécialistes à propos du refus de M. Pavlov e.a. d'acquiescer leurs cotisations au Fonds, au motif, notamment, que l'affiliation obligatoire à celui-ci, en vertu de laquelle lesdites cotisations leur sont réclamées, serait contraire aux articles 85, 86 et 90 du traité », pt. 2.

<sup>274</sup>*Idem* : le fonds et le gouvernement soutenaient que ce dernier constitue un organisme chargé de la gestion d'un régime de sécurité sociale, à l'instar des organismes dont il est question dans l'arrêt *Poucet et Pistre*. Pour cela ils ont relaté les différents caractères sociaux du fonds comme le caractère complémentaire de la couverture du fonds à celle de régime de bas, pt. 104 : le but non lucratif, pt. 105 : et l'établissement du principe de la solidarité, pt., 106.

<sup>275</sup>*Ibid*, pt., 114.

<sup>276</sup>L. Driguez, *op. cit.*, p. 275.

gestion de l'assurance contre les accidents du travail et les maladies professionnelles en Italie<sup>277</sup>, de l'assurance de la production et du capital des exploitations agricoles en Grèce<sup>278</sup> et du régime légal d'assurance maladie en Allemagne<sup>279</sup>.

**168.** En droit français, depuis 1992, la Cour de cassation a pris position de cette analyse. Statuant tant en droit européen qu'en droit français de la concurrence, elle a jugé, même avant que la Cour de justice ne le constate et d'une manière qui fait penser à une position de principe, qu' « *un organisme gérant un régime légal d'assurance vieillesse – ce régime fût-il complémentaire et facultatif – selon les principes de répartition et de solidarité nationale énoncés aux articles L. 111-1 à L. 111-4 du Code de la sécurité sociale, n'exerce aucune activité commerciale, économique ou spéculative ; que, dès lors, ne constituant pas une entreprise au sens, tant des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 que des articles 85 et 86 du Traité instituant la Communauté économique européenne, il échappe aux règles de concurrence formulées par ces textes* »<sup>280</sup>. Plus tard, la Cour a confirmé en 2002 une décision de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence énonçant que « *la caisse de retraite des chirurgiens-dentistes gérant un régime d'assurance vieillesse légale, et obligatoire, fonctionnant sur la répartition et non la capitalisation et fondé tant en ce qui concerne le régime obligatoire que le régime complémentaire sur la solidarité, (...), ne constitue pas une entreprise au sens des articles 81 et 82 du traité instituant la communauté économique européenne (désormais 101 et 102 TFUE)* »<sup>281</sup>. Dans ses décisions, la juridiction nationale n'explique pas assez le contenu de la notion de solidarité. Mais, elle n'hésite pas à se référer à la solidarité établie sur la répartition comme le fait la CJUE.

**169.** Par ailleurs, cette analyse reste incomplète et ambiguë vis-à-vis des organismes assureurs gérant des régimes d'assurance conciliant les deux systèmes « répartition et capitalisation »<sup>282</sup>. L'absence des instruments jurisprudentiels nous empêchent d'admettre une solution non équivoque de la question. Mais cette situation intermédiaire pourrait justifier deux solutions admissibles par les autorités européennes et nationales. En premier lieu, il serait possible d'effectuer une séparation

277CJCE, 22 janvier 2002, aff. C-218/00, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas contre Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)*, préc.

278CJCE, 22 mai 2003, aff. C-355/00, *Freskot AE contre Elliniko Dimosio*, Rec. 2003, p. I-05263.

279CJCE, 16 mars 2004, aff. Jtes C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, *AOK Bundesverband e.a.*, préc.

280Cass. Crim., 25 nov. 1992, n° 91-83.512, *Marti*, D. 1993. IR. 47.

281Cass. Soc., 26 novembre 2002, n° 01-20.219.

282Malheureusement, la frontière entre répartition et capitalisation est en réalité « *floue et poreuse en raison de l'existence de zones intermédiaires conciliant les deux systèmes et par définition difficiles à classer. Le régime finlandais de prévoyance vieillesse professionnelle des salariés et le régime italien des retraites, financés pour partie en capitalisation et pour partie en répartition, illustrent cette situation* » : L. Driguez, *op. cit.*, p. 275 ; V., également dans ce sens D. Chemillier-Gendreau, « L'organisation du marché des fonds de pension en France », *Rev. Éco. Fin.*, mars 1997, n° 40, p. 175.

entre les activités d'assurance établies sur la répartition de celles établies sur la capitalisation. Et par conséquent, soustraire les premières de la qualification économique pour l'exercice d'une activité exclusivement sociale. Deuxièmement, il serait également envisageable qu'une appréciation subjective justifie l'octroi de certains droits et avantages exclusifs en se basant sur les dispositions de l'article 106 § 2 du TFUE, si les deux systèmes sont inséparables.

**170.** En revenant à notre analyse, la conception subjective de la solidarité, particulière au système de la protection sociale européenne et inspirée des systèmes nationaux de la Sécurité sociale, a tendance à devenir une notion générale et spécifique au droit européen et national de la concurrence. Ainsi, le calcul des taux de cotisations en se basant sur les revenus, l'indifférence entre les taux des cotisations et la gravité des risques, l'acquisition de droits non proportionnels aux cotisations ou même sans contrepartie de cotisation<sup>283</sup> peuvent seuls justifier l'exclusion de la qualification économique d'entreprise des opérateurs d'assurance à caractère social. En effet, c'est dans ce cas précis que la poursuite des objectifs sociaux saurait caractériser la finalité exclusivement sociale de l'entité qui exclut toute qualification d'entreprise.

**171.** Toutefois, bien que la solidarité constitue le critère déterminant de qualification de toute entité d'assurance sociale, il demeure difficile de se fier de façon sereine à cette analyse. En effet, dans les mêmes décisions précitées, la cour de justice n'hésite pas à citer d'autres éléments conduisant à retenir la notion d'entreprise. Ainsi, l'affiliation facultative ou obligatoire aux organismes d'assurances complémentaires, la détermination des montants des cotisations et des prestations par l'État ou les organismes en cause, la soumission au contrôle de la chambre des assurances ou non et l'existence des éléments de concurrence entre ces organismes assureurs et les compagnies privées d'assurance étaient également des éléments pris en compte dans la qualification des entités d'assurance concernée<sup>284</sup>.

**172.** C'est ainsi, l'analyse de l'ensemble des décisions de la Cour de justice prises en matière d'assurance sociale saurait nous permettre de conclure que le recours, au cas par cas, à la méthode de faisceau d'indices constitue, tout en mettant en amont l'importance du critère de solidarité, la méthode la plus soutenue par l'ensemble de la doctrine pour déterminer la qualification des entités

---

283C. Bonnet, Ch. Colin et P. Ralle, « Les formes de solidarité dans le système actuel de retraite », *Rev. Éco. Fin.*, 2002, n° 68, p. 113.

284CJCE, 17 février 1993, aff., C-159/91 et 160/91, *Poucet, Pistre c/ AGF c/ CANCAVA*, préc ; CJCE, 16 novembre 1995, aff. C-244/94, *FFSA e.a. Ministre/agriculture et de la pêche*, préc., pt. 17 ; CJCE, 21 septembre 1999, aff. C-67/96, *Albany international BV/Stichting Brdrijfspensioenfonds*, préc., pt. 81 ; CJCE, 12 septembre 2000, aff. C-180/98 à C-184/98 *Pavel Pavlov e.a et Stiching Pensioenfonds Medische Specialisten*, préc., pt. 114-115.

d'assurance à caractère social. Pourtant, la concurrence exercée de plus en plus entre l'ensemble des opérateurs d'assurance semblerait remporter la bataille jurisprudentielle sur le critère déterminant de la qualification d'entreprise d'assurance en matière concurrentielle.

## § 2. L'appréciation objective des entreprises d'assurance

173. Bien que l'analyse citée ci-dessous conduise à écarter les opérateurs d'assurance à caractère exclusivement social de la qualification économique d'entreprise, il est important d'indiquer que depuis quelques temps, on assiste à une évolution dans la jurisprudence en allant vers une analyse plus objective de la notion d'entreprise<sup>285</sup>. Ainsi, en dépit du caractère exclusivement social d'un opérateur d'assurance, la qualification économique d'entreprises pourrait-elle être retenue dès lors qu'il existe une concurrence (B) sur un marché déterminé (A) avec des compagnies privées d'assurance.

### A-Le critère du marché (la contrepartie?)

174. Il est tout à fait légitime de retenir le marché comme critère essentiel de qualification en droit de la concurrence. Selon les principes d'analyse de ce dernier, la définition du marché est souvent recherchée en aval dans l'objectif de déterminer le champ d'application matériel et géographique des règles relatives aux infractions anticoncurrentielles, comme les ententes et les abus de position dominante. Cependant, dans certains cas, le marché peut apparaître en amont un critère utile dans la détermination de la notion d'entreprise. Ainsi, certains auteurs affirment ouvertement « *Pas de*

---

285Mme. Drigez sur ce point fait la distinction entre deux définition de l'entreprise : l'une est négative et l'autre est positive : v., L. Driguez, *op. cit.*, p. 247 et s.

*marché, pas de droit du marché* »<sup>286</sup>.

**175.** Dès les années 80, la jurisprudence européenne<sup>287</sup> comme nationale<sup>288</sup> a pu se référer à l'action sur le marché pour définir la notion d'entreprise. Le secteur des professions libérales en est un exemple révélateur<sup>289</sup>. D'ailleurs, l'importance de ce critère dans le secteur des assurances pourrait être soutenue dans le contexte du marché intérieur européen d'assurance. En effet, depuis la mise en place des trois générations des directives européennes relatives à l'assurance vie et non vie<sup>290</sup>, et le secteur fait l'objet d'une évolution particulièrement remarquable. Surtout, le champ d'application des directives est déterminé en énumérant les différentes branches d'assurance ouvertes aux libertés d'établissement et de prestation de services. Dans cet objectif, l'annexe de la première directive n° 73/239 « assurance non vie » et les articles 1 et 2 de celle n° 79/267 « assurance vie » déterminent les différentes branches d'assurance auxquelles elles sont applicables.

**176.** Ces directives ont en effet inscrit le principe de mise en concurrence au sein du marché intérieur des trois principaux acteurs du secteur des assurances : les sociétés d'assurance, les institutions paritaires et enfin les mutuelles. Les libertés d'établissement et de prestation des services d'assurance sont donc opérées en Europe en considération des branches d'assurance « marchés en cause ». Toutefois, il est à noter que Sociétés d'assurance, Mutuelles et Institutions de prévoyance interviennent en tant que concurrents seulement sur les « marchés » de la prévoyance et de l'assurance vieillesse complémentaire<sup>291</sup>. Ainsi, en se basant sur le critère du marché, de nombreuses contestations ont été soulevées afin de condamner et d'annuler des monopoles de certains régimes d'assurance établis dans certains pays de l'Union européenne<sup>292</sup>. Cependant, il faut indiquer que sur ce sujet, les directives européennes concernées ont exclu certains organismes ou activités de leur

---

286C. Lucas De Leyssac et G. Parleani, *Doit du marché*, Paris, PUF, 2002, coll., « Thémis droit privé », p. 185.

287CJCE, 31 janvier 1984, aff. 286/82, *Luisi et Carbone*, Rec., p. 377, pt. 16 ; CJCE, 16 juin 1987, aff.118/85, *Commission c/Italie*, Rec., p. 2599 ; CJCE, 4 octobre 1991, aff. C158/96, *Socitéy for protection of Unborn Children Ireland*, Rec., p. I-4685, pt. 18.

288Par exemple : Cass. Com., 18 mai 1999, *BOCCRF*, 22 juin 1999, p. 327 ; Cons. Conc. Déc., 91-D-43, 22 octobre 2001, relative aux honoraires des chirurgiens : « *La confrontation des ordres de (...) services et des demandes émanant des patients donne lieu à la création d'un marché. (...) dès lors les membres du corps médical, pour ce qui est de leur comportement d'acteurs sur le marché des soins, se trouvent bien dans la situation de l'entreprise* », Paris, 29 juin 1999, *BOCCRF*, 27 juillet 1999 ; Cons. Conc. Déc., 98-D-25, 17 mars 1998, relative à des pratiques mises en œuvre dans le domaine de la biologie médicale, *BOCCRF*, 16 juillet 1998, p. 405.

289V., par exemple les arrêts : CJCE, 18 juin 1998, aff., C-35/96, *Commission c/Italie*, Rec., p. I-3851 pour les expéditeurs en douane ; 19 février 2002, aff.,C-309/99, *Wouters, savelbergh, Price Watrhouse Belastingadviseurs BV*, Rec., p. I-1577 pour les avocats ; décision de la Commission européenne, 7 avril 1999, *JOCE*, n° L 106, 23 avril 1999, p. 14 sur les Codes de conduite de l'IMA, pour les mandataires agréés auprès de l'office européen des brevets ; CJCE, 25 octobre 2001, aff., C- 475/99, *Firma Ambulanz Glöckner*, Rec., 2001, I-08089 pour les ambulanciers.

290*Supra*, note de bas de page n° 23.

291Dans ce sens v., L. Driguez, *op. cit.*, p. 302.

292*Cf.*, CJCE, 26 mars 1996, aff. C-238/94, *Garcia c/Mutuelle de prévoyance sociale d'Aquitaine*, Rec., CJCE 1996, I, p. 1673.

champ d'application, comme c'est le cas pour les organismes relevant de la Sécurité sociale<sup>293</sup>.

177. De leur côté, les autorités de concurrence ont, dans certaines affaires, utilisé tant implicitement qu'explicitement, le marché comme critère de qualification économique d'entreprise. À cet égard, la Cour a, de façon implicite dès l'arrêt précité *FFSA*, adopté la qualification économique à l'égard de l'activité de CNAVMA<sup>294</sup> dès lors que l'assurance-vieillesse complémentaire exercée par cet organisme particulier d'assurance constituait un marché sur lequel existent plusieurs opérateurs d'assurance. Tel est également le cas dans l'affaire des fonds de pension néerlandais opérant dans la branche retraite complémentaire<sup>295</sup>. Étant géré en capitalisation, les fonds de pension proposent des « produits » de retraite complémentaire comparables à ceux des compagnies d'assurance vie et ils « se trouvent ainsi en concurrence sur un même marché financier »<sup>296</sup>. La Cour de justice a ainsi implicitement considéré qu'ils constituent des entités économiques sur le marché de la retraite complémentaire. En outre, dans les affaires précitées « *Albany et Brentjens* » si la Cour n'évoque pas directement le critère du marché dans la qualification des organismes opérant dans l'assurance vieillesse complémentaire, il est implicitement induit de la concurrence exercée par les compagnies d'assurance sur le marché de retraite complémentaire<sup>297</sup>.

178. Parallèlement à cette référence implicite au marché, la Cour de justice n'hésite pas à utiliser explicitement le marché comme critère de qualification de l'activité économique d'entreprise. Ainsi, dans plusieurs affaires, après avoir rappelé que dans « *le contexte du droit de la concurrence (...) la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* », elle a itérativement défini l'activité économique comme toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné<sup>298</sup>.

---

293Articles 2, 3 et 4 de directive 79/267.

294Caisse nationale d'assurance vieillesse mutuelle agricole.

295Les fonds de pension sont des « *personnes morales destinées à mettre en œuvre des régimes de retraite complémentaire, éventuellement d'invalidité ou de capital-décès, dans le cadre de l'entreprise ou de la branche professionnelle* » : F. Durin, « Régimes surcomplémentaires et fonds de pension, *Dr. Soc.*, n° 2/1992, p. 136.

296Cf., D. Gadbin, « Principes communautaires et régimes professionnels de retraite », contribution au colloque « *concurrence et protection sociale en Europe* » des 25 et 26 octobre 2001, organisé par l'Université Rennes 1, publié in P. Hassenteufel et S. Hennion-Moreau, *Concurrence et protection sociale en Europe*, Rennes, PU de Rennes, 2001, coll., « Res Publica », p. 320.

297Cf., L. Driguez, *op. cit.*, p. 306.

298V., notamment, CJCE, 16 juin 1987, aff., 118/85, *Commission/ Italie*, préc., pt., 7 ; 19 juin 1998, aff., C-35/96, *Commission/Italie*, préc., pt., 36 ; 12 septembre 2000, aff. C-180/98 à C-184/98, *Pavel Pavlov e.a et Sticking Pensioenfond Medische Specialisten*, préc., pt. 75 ; 22 janvier 2002, aff. C-218/00 *CISAL*, préc., pt. 23 ; 3 mars 2011, aff. c-437/09, *AG2R Prévoyance contre Beaudout Père et Fils SARL*, obs., F. Kessler et D. Jonin, *RJS* 6/2001, p. 446

**179.** En droit national, le Conseil de la concurrence dans une décision relative à la couverture maladie complémentaire<sup>299</sup> a accepté d'appliquer le droit de la concurrence aux mutuelles garantissant à titre individuel une couverture complémentaire à celle dispensée par le régime d'assurance de sécurité sociale dès lors que le marché était également exploité par des compagnies d'assurance concurrentes. Si le Conseil de la concurrence n'est pas clair dans sa référence au critère du marché, la Cour d'appel de Paris a, en confirmant la décision du conseil, conforté ce raisonnement. Elle a notamment insisté sur le fait que « *les organismes mutualistes sont des acteurs économiques (...) sur le marché du remboursement complémentaire à l'assurance maladie, où elles offrent leurs prestations aux consommateurs en même temps que des organismes de prévoyance et des sociétés d'assurance...* »<sup>300</sup>.

**180.** La prévoyance collective complémentaire a également été considérée comme un marché distinct sur lequel les différents opérateurs d'assurance, Sociétés d'assurance, Mutuelles et Institutions de prévoyance, sont soumis aux règles du marché. Le Conseil de la concurrence rappelle dans sa décision n° 91-D-04 que « *les institutions de prévoyance (...) ont, comme les compagnies d'assurances, une activité de services* ».

**181.** Pour résumer, Société d'assurance, Mutuelles et Institutions de prévoyance devraient être qualifiées d'entreprises dès lors qu'elles exercent leurs activités sur le même marché. Autrement dit, lorsqu'on peut identifier un marché sur lequel des biens et des services sont en concurrence, l'activité exercée doit être considérée comme économique et par conséquent les entités exerçant cette activité comme entreprises soumises au droit de la concurrence. Le souci apparaît à nouveau dans le contenu du critère du marché opérable dans la qualification d'entreprise. Les autorités de la concurrence nationales définissent le marché comme « *le lieu théorique où se rencontrent l'offre et la demande de produits ou services qui sont considérés par les acteurs ou les utilisateurs comme substituables entre eux, mais non substituables aux autres biens ou services offerts* »<sup>301</sup>.

**182.** En se basant sur cette définition, une question peut se poser : dès lors que deux opérateurs distincts fournissent des biens et des services ayant les mêmes caractères, même sans la recherche du lucre, ou dans l'objectif de la réalisation des objectifs exclusivement sociaux, existe-t-il un

---

299Cons. Conc. Déc., n° 91-D-04 du 29 janvier 1991 relative à certaines pratiques de groupements d'opticiens et d'organismes fournissant des prestations complémentaires à l'assurance maladie, *BOCCRF* du 22.01.1991, p. 59.

300CA., Paris, 5 décembre 1991, recours de M. le secrétaire général du syndicat des opticiens français indépendants contre une décision du Conseil de la concurrence, *BOCCRF*, 3 janvier 1992, p. 3.

301Cons. Conc. Déc., n° 95-D-39, 30 mai 1995, relative à la location d'emplacements publicitaires, *BOCCRF*, 25 août, p. 343, *Recueil Lamy*, n° 640, comm. Sélinsky V ; CA Paris, 1<sup>er</sup> ch., 17 juin 1992, *BOCCRF*, 4 juillet 1992, p. 217.

marché économique et l'activité exercée par les opérateurs en cause devrait-elle être considérée comme économique ? Dans l'affirmative, quelle serait la qualification des organismes d'assurance relevant des régimes d'assurance de base obligatoire de la Sécurité sociale ? En matière de concurrence, une telle définition n'a, pour l'instant, été admise de façon explicite ni par les autorités européennes ni par celles françaises. Cependant, en s'arrêtant aux analyses des autorités de concurrence, on peut explicitement comprendre que le critère du marché contient l'idée de la substituabilité. Cette présomption peut être confortée par les considérants de l'arrêt relatif à l'organisme AG2R Prévoyance<sup>302</sup>. En l'espèce, cette dernière a été désignée par un accord collectif afin de gérer un régime d'assurance complémentaire des frais de soins de santé au profit du secteur de la boulangerie artisanale français. Suite à la demande des représentants des employeurs et des salariés, les pouvoirs publics ont décidé de rendre l'affiliation de toute entreprise du secteur obligatoire à l'organisme AG2R Prévoyance et sans aucune possibilité de dispense. Refusant d'y être affilié et de régler ses cotisations, M. Beaudout a été assigné par AG2R Prévoyance afin de régulariser son adhésion et de payer les cotisations en retard. Devant les juridictions compétentes ce dernier prétend que comme dans l'affaire *Albany*<sup>303</sup>, l'affiliation obligatoire à AG2R était contraire aux dispositions des règles du droit de la concurrence. Les juridictions compétentes après avoir montré la différence de données entre les deux affaires, ont décidé de surseoir à statuer et de porter l'affaire devant la CJUE. Devant celle-ci s'est posée la question de savoir si le régime d'assurance ainsi instauré était compatible avec les règles du droit de la concurrence. Pour répondre à la question, la Cour s'est interrogée sur la qualification de l'organisme AG2R Prévoyance selon le droit de la concurrence. À cette fin, après avoir souligné la solidarité par répartition spécifique établie au sein de l'organisme AG2R Prévoyance et sa soumission au contrôle étatique, elle a invité les autorités compétentes nationales à rechercher si des services et des prestations identiques à ceux fournis par AG2R sont fournis dans les mêmes conditions sur le marché par d'autres opérateurs d'assurance comme le prétendait M. Beaudout. Car, dans une telle hypothèse, et quand bien même AG2R Prévoyance agit à titre non lucratif et fonctionne sur le principe de solidarité, cet organisme de prévoyance peut être considérée comme entreprise<sup>304</sup>.

**183.** La juridiction nationale n'a malheureusement pas abordé sérieusement cette question. En effet, la cour de cassation a refusé de qualifier AG2R comme une entreprise au motif que la CJUE a jugé en 2011 que l'affiliation obligatoire à l'organisme AG2R n'était pas contraire aux dispositions du

---

302CJUE, 3 mars 2011, aff. c-437/09, *AG2R Prévoyance contre Beaudout Père et Fils SARL*, préc.

303CJCE, 21 septembre 1999, aff. C-67/96, *Albany international BV/Stichting Brdrijfspensiopnfonds*, préc.

304C. Prieto et D. Bosco, *Droit Européen de la concurrence, Ententes et abus de position dominante*, op. cit., p. 380 ; CJCE, 3 mars 2011, aff. c-437/09, *AG2R Prévoyance contre Beaudout Père et Fils SARL*, préc., pt., 65.

droit de la concurrence<sup>305</sup>. Si la notion d'entreprise n'a pas été retenue en 2012 par la Cour de cassation, la même année deux jugements du tribunal d'instance de Toulouse ont repris le raisonnement de la Cour de justice adopté en 2011 et considéré que AG2R Prévoyance est une entreprise en concurrence avec d'autres entreprises d'assurance fonctionnant sur le même marché<sup>306</sup>. La solution du tribunal d'instance de Toulouse a été malheureusement annulée en 2015 par la Cour de cassation au motif que l'affiliation obligatoire à un régime d'assurance complémentaire obligatoire n'était pas contraire aux dispositions du droit de la concurrence européen<sup>307</sup>. Il faut finalement indiquer que si le critère du marché a montré un rôle déterminant dans la qualification d'entreprise, il se voit souvent associé avec un autre qui est celui de la concurrence.

## **B-Concurrence avec les entreprises d'assurance**

**184.** Il convient de souligner au préalable, comme la Commission l'a exprimé dans sa décision du 13 novembre 2001 relative aux exonérations accordées aux mutuelles et aux institutions de prévoyance pour les contrats d'assurance maladie complémentaire, que les mutuelles et les institutions de prévoyance doivent être qualifiées d'entreprises au sens de l'article 87 du Traité CE (aujourd'hui 107 TFUE), dans la mesure où elles exercent des activités économiques concurrentielles<sup>308</sup>.

**185.** En droit de la concurrence, la concurrence entre opérateurs apparaît de plus en plus comme un critère essentiel et incontournable de la notion d'entreprise. Le Conseil de la concurrence s'est, dès le début des années 90, référé au critère de concurrence entre opérateurs d'assurance afin d'appliquer les règles du droit de la concurrence. Dans une décision du 29 janvier 1991 relative à une activité de remboursement complémentaire des frais de soins de santé dans le secteur optique-lunetterie<sup>309</sup>, il a

305Cass. Soc. 21 nov. 2012, n° 10-21254, 10-21255, 10-21256, 10-21257 : Il est regrettable de ne pas voir la décision de la cour d'appel cassée et annulée afin de suivre les préconisations adressées par la CJUE dans son arrêt AG2R et de rechercher si les conditions dans lesquelles la désignation de l'organisme assureur a été faite sont valables vis-à-vis des règles du droit de la concurrence.

306TI Toulouse, 7 février 2012, aff. n° 11-11-004074 et aff. n° 11-11-002670.

307Cass. soc., 11 février 2015, n° 13-26.015, n° 13-26.016.

308Comm. UE., Proposition de mesures utiles concernant les dispositions fiscales applicables aux mutuelles et institutions de prévoyance, n° E 20/2004 – France, Bruxelles, 2 mars 2005, paragraphe 9.

309Cons. Conc. Déc., n° 91-D-04, 29 janvier 1991, relative à certaines pratiques de groupements d'opticiens et d'organismes fournissant des prestations complémentaires à l'assurance maladie.

exclu que des organismes mutuelles sans but lucratif ne soient pas qualifiés d'entreprises soumis aux règles de concurrence. L'argument majeur était bien celui de l'intervention sur un marché en concurrence avec d'autres opérateurs économiques dont la soumission au droit de la concurrence n'est pas contestée. Pour le Conseil, à partir du moment où l'activité est prestée par plusieurs organismes en situation de concurrence, elle doit être considérée comme économique.

**186.** La référence à la concurrence a fait sa première illustration, en droit européen, dans l'affaire *Höfner* relative à un conflit opposant des conseillers de recrutement privés à un monopole établi au profit de l'office public d'emploi du droit allemand. Sur l'applicabilité du droit de la concurrence à ce dernier, la CJCE a considéré que la circonstance selon laquelle une activité se voit confiée à un office public « *ne saurait affecter la nature économique* » de celle-ci, dès lors que les activités concernées « *n'ont pas toujours été et ne sont pas nécessairement exercées par des entités publiques* »<sup>310</sup>. Comme le Conseil de la concurrence, dans cet arrêt la CJCE invoque le critère de la concurrence avec des opérateurs privés dont la qualification économique est incontestable sur le marché de placement de la population active<sup>311</sup>.

**187.** Le critère de la concurrence a été également indiqué à plusieurs occasions et était influant dans la qualification d'entreprise de différents organismes opérant dans le secteur des assurances. Ainsi dans l'affaire *FFSA* précité<sup>312</sup>, plusieurs sociétés d'assurance actives dans la branche d'assurance complémentaire vieillesse ont contesté un décret attribuant le bénéfice d'un régime de défiscalisation des cotisations des contrats d'assurance complémentaire et facultatif vieillesse pour les exploitants agricoles non salariés aux seuls contrats d'assurance souscrits auprès du CNAVMA<sup>313</sup>. Ce régime a été instauré par une loi en 1988. Les sociétés d'assurance évincées formèrent devant le Conseil d'État un recours pour excès de pouvoir, arguant, entre autre de sa contestation du décret, de la violation du droit communautaire de la concurrence. En effet, le régime

---

310CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, *Klaus Höfner et Fritz Elser/ Macroton GmbH*, préc.

311Le critère de la concurrence sur le marché a été également utilisé par la Commission des communautés européennes dans sa communication sur l'application des articles 92 et 93 du traité à l'assurance crédit à l'exportation à court terme (aujourd'hui 107 et 108). La problématique était de savoir si les aides d'États au secteur d'assurance-crédit à l'exportation à court terme étaient compatibles avec les règles relatives aux aides d'États. Dans sa communication, la Commission a fait une distinction entre deux marchés, l'un lié aux risques politiques et l'autre aux risques commerciaux. Selon la Commission les aides d'État n'étaient pas incompatibles avec les règles du marché concernant les risques politiques. L'absence de concurrents opérant dans ce secteur était la justification de la compatibilité des mesures d'aides étatiques dans ce domaine. Par contre, l'existence des opérateurs privés concurrents en ce qui concerne les risques commerciaux a privé les aides d'États dans ce domaine de toute justification : Comm. CE., comm., relative à l'application des articles 92 et 93 du traité à l'assurance-crédit à l'exportation à court terme, *JOCE* C 281/03, 17 septembre 1997.

312CJCE., 16 novembre 1995, aff. C-244/94, *FFSA e.a. Ministre/agriculture et de la pêche*, préc.

313Nommé Coreva « *Caisse nationale d'assurance vieillesse mutuelle agricole* ».

de défiscalisation attribué à la CNAVMA risquait de créer une situation d'abus automatique résultant du monopole ainsi institué. Devant l'interrogation du Conseil d'État sur la qualification ou la qualité de la CNAVMA en matière concurrentielle, la CJCE a, en qualifiant l'organisme concerné d'entreprise d'assurance, développé une argumentation supplémentaire afin d'appuyer son raisonnement. À cet égard, la Cour, après avoir montré tout au long de ses considérants que l'assurance complémentaire fournie par CNAVMA pouvait être souscrite auprès de diverses sociétés d'assurance, a décidé que l'organisme en cause « *exerce une activité économique en concurrence avec les compagnies d'assurance vie. [...] entre la CCMSA<sup>314</sup> et une compagnie d'assurance, un exploitant agricole désireux de compléter sa retraite de base optera pour la solution qui lui garantira le meilleur placement* »<sup>315</sup>.

**188.** Malgré les critiques que cette solution a soulevé dans la doctrine<sup>316</sup>, le Conseil d'État français semblait être convaincu par la décision de la CJCE. Il a ainsi annulé le décret litigieux dans l'affaire au principal<sup>317</sup>.

**189.** Ce raisonnement marque aussi l'affaire *Albany*<sup>318</sup> relative aux fonds de pension néerlandais. Dans cet arrêt la CJCE a bien tenté d'illustrer les modalités de fonctionnement du fonds de pension en cause comparables à celles utilisées par les compagnies d'assurance. Selon elle, le fait que les fonds fonctionnent selon le principe de capitalisation<sup>319</sup>, qu'ils sont « *soumis, à l'instar d'une compagnie d'assurance, au contrôle de la chambre des assurances* » pour les placements financiers opérés par eux<sup>320</sup>, et qu'ils ont « *l'obligation d'accorder une dispense à une entreprise lorsque celle-ci assurait déjà à ses travailleurs (...), un régime de pension leur conférant des droits au moins équivalents à ceux qu'ils acquerraient en cas d'affiliation au fonds (...)* »<sup>321</sup>, démontre qu'ils exercent une activité économique en concurrence avec les compagnies d'assurance<sup>322</sup>.

---

314 Caisse centrale de la mutualité sociale agricole est un organisme issu de la fusion à partir du 1 janvier 1994 de Cnavma avec les caisses centrales d'allocations familiales mutuelles agricoles et de secours mutuel agricole.

315 CJCE., 16 novembre 1995, aff. C-244/94, *FFSA e.a. Ministre/agriculture et de la pêche*, préc., pt. 17.

316 V., par exemple Ph. Laigre, « L'intrusion du droit communautaire de la concurrence dans le champ de la protection sociale », *Dr. Soc.*, 1996, p. 84

317 CE, 8 novembre 1996, n° 122644, *FFSA, D. 1997*, n° 22, pp. 281-285, not, F-H BRIARD ; Lebon, p. 441, *RJS*, 2/97, n° 195.

318 CJCE, 21 septembre 1999, aff. C-67/96, *Albany international BV/Stichting Brdrijfspensiopnfonds*, préc ; la CJCE a fourni le même jour la même solution dans deux autres affaires concernant deux autres fonds de pensions de retraite néerlandais : CJCE, 21 septembre 1999, aff. C-115/97 à C-117/97, *Brentjens'Handelsonderneming BV, Rec. CJCE* 1999, p. I-6025. CJCE, 21 septembre 1999, aff., C-219/97, *Drijvende Bokken, Rec.*, 1999, p. I-6121.

319 CJCE, 21 septembre 1999, aff. C-67/96, *Albany international BV/Stichting Brdrijfspensiopnfonds*, préc. pt. 82.

320 *Ibid*, pt. 83.

321 *Ibid*, pt. 84.

322 La CJCE a suivi dans sa solution l'avocat générale Jacobs lorsqu'il soutenait dans ses conclusions que le principe de capitalisation et le contrôle exercé par la chambre des assurances sont des éléments révélant, à tout le moins, la potentialité, pour un assureur normal, de s'engager dans cette activité d'assurance. L'autonomie du Fonds de même

**190.** En l'an 2000, la CJCE a été amenée à se prononcer, une fois de plus, sur la qualification d'un fonds de pension de retraite néerlandais gérant un régime de pension complémentaire dont l'affiliation a été rendue obligatoire par les pouvoirs publics<sup>323</sup>. En l'espèce, M. Pavlov et quatre autres médecins spécialistes se sont opposés, depuis 1996, à leur affiliation obligatoire au Fonds de pension des médecins spécialistes institué en 1973. Suite à l'injonction de paiement adressée par le fonds aux médecins concernés, un recours a été formé devant les juridictions nationales par ces derniers en prétendant être déjà affiliés à un autre fonds de pension. À l'appui de leur recours, ils se prévalaient surtout de l'incompatibilité du régime de pension complémentaire aux règles du droit de la concurrence. C'est ainsi que les autorités compétentes néerlandaises ont décidé de surseoir à statuer et poser à la CJCE plusieurs questions préjudicielles sur la compatibilité du régime aux règles du droit communautaire. Ainsi, la CJCE s'est-elle interrogée sur la qualification du fonds au regard des règles de concurrence. Le critère de la concurrence apparaîtrait dans cette affaire comme un élément de raisonnement déterminant<sup>324</sup>. En effet, après avoir précisé que le fonds fonctionne selon le principe de capitalisation et détermine lui-même le montant des cotisations<sup>325</sup>, que les médecins spécialistes peuvent, d'une part, « *choisir de constituer leur pension de référence auprès du fonds ou auprès d'une compagnie d'assurances et, d'autre part, le pouvoir de ce dernier d'accorder, à certaines catégories de médecins spécialistes, une dispense d'affiliation (...)* », la Cour a estimé que le fonds est une entreprise exerçant « *une activité économique en concurrence avec les compagnies d'assurance* »<sup>326</sup>.

**191.** En reprenant l'affaire *AG2R Prévoyance*, le critère de la concurrence se montre essentiel dans la qualification d'entreprise<sup>327</sup>. Dans celle-ci, après avoir précisé que « *(...), les activités de prévoyance peuvent être confiées non seulement à des institutions de prévoyance et de mutualisation, mais également à des entreprises d'assurance* »<sup>328</sup>, et qu'il n'y a pas « *d'obligation légale ni dans le chef des partenaires sociaux de désigner AG2R pour assurer la gestion d'un*

---

que les risques liés à ses investissements pourraient, le cas échéant, donner lieu à des comportements que les règles de concurrence visent à empêcher. C'est pourquoi, derechef, la même analyse s'impose ; bien que les exigences de solidarité que nous avons énumérées ci-dessus puissent, pour partie, justifier les droits exclusifs du Fonds au regard de l'article 90, paragraphe 2, du traité, leur poids ne parvient pas à empêcher que ses activités soient considérées comme des activités économiques : pt. 337 et s., des conclusions présentées pour l'affaire C-67/96 et les affaires jointes c-115/97, C-117-97 et 219/97, Rec. p. I-5832

323CJCE, 12 septembre 2000, aff. C-180/98 à C-184/98, *Pavel Pavlov e.a. et Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, préc.

324Ibid, pt. 115.

325Ibid, pt. 114.

326Ibid, pt. 115.

327CJCE, 3 mars 2011, aff. c-437/09, *AG2R Prévoyance contre Beaudout Père et Fils SARL*, préc.

328Ibid, pt. 61.

*régime de remboursement complémentaire de frais de soins de santé comme celui en cause au principal ni dans le chef d'AG2R de prendre effectivement en charge la gestion d'un tel régime* »<sup>329</sup>, la CJUE a déclaré qu'en prenant en compte ces circonstances, il appartient aux juridictions nationales de saisine dans l'affaire au principal de vérifier si l'organisme AG2R « (...), bien que n'ayant pas de but lucratif et agissant sur le fondement du principe de solidarité<sup>330</sup>, est une entreprise exerçant une activité économique », et « qui a été choisie par les partenaires sociaux, sur la base de considérations financières et économiques, parmi d'autres entreprises avec lesquelles elle est en concurrence sur le marché des services de prévoyance »<sup>331</sup>. Dans ses observations dans l'affaire au principal, la Commission européenne a soutenu cette position. Selon elle, c'est le contexte juridique de l'inscription des assurances de prévoyance qui détermine la notion d'entreprise. C'est-à-dire, dès lors que plusieurs organismes d'assurance sont susceptibles d'être désignés, la qualification d'entreprise serait favorable. L'avocat général a également soutenu la position de la Commission dans cette interrogation<sup>332</sup>. La conclusion de la Cour de justice laisse comprendre que malgré le caractère exclusivement social caractérisant l'organisme AG2R Prévoyance, le fait que plusieurs opérateurs d'assurance se trouvent en concurrence sur le marché sur lequel elle a été désignée favorise une qualification économique d'entreprise.

**192.** Dans cette affaire, il est intéressant d'observer que pour la première fois, la Cour de justice ne se prononce pas directement sur la qualification de l'entité, sujet de la question préjudicielle. Elle a, tout simplement, renvoyé cette mission aux juridictions nationales de saisie. Cette solution ne peut s'expliquer que par des raisons d'ordre juridique et peut-être politique. En effet, les caractères de l'activité exercée par AG2R Prévoyance et surtout le degré élevé de la solidarité par répartition l'attachent aux régimes relevant du système de la Sécurité sociale. Dans ce cas, la Cour aurait peut-être voulu respecter sa jurisprudence du principe énoncée dans son arrêt *Dauphar* et les trois générations des directives d'assurance selon lesquelles les États-membres sont libres d'aménager leurs régimes relevant du système de la Sécurité sociale.

**193.** Reste une question à poser avant de conclure. Avec cette nouvelle solution, peut-on déduire

---

329 *Ibid.*, pt. 62.

330 En effet la cour précise aux points 47 et suivant que la mise en œuvre du principe de solidarité ressort d'une précarisation globale du régime en cause, puisque selon l'analyse de la cour, celui-ci est financé par des cotisations au montant forfaitaire dont le taux n'est pas proportionnel au risque assuré (point 47 et 48), il ne procède pas à une segmentation des risques selon l'âge ou l'état de santé ou les risques particuliers inhérents au travail occupé par les affiliés (point 49), et finalement les prestations sont servies disproportionnellement au montant des cotisations versées et même dans le cas du non paiement des cotisations dues. (point 50 et 51) : *Ibid.*

331 *Ibid.*, pt. 65.

332 Conclu. P. Mengozzi, Avocat général, présenté 11 novembre 2010, pt. 52.

que la Cour de justice est sur le point de reconnaître la qualification économique d'entreprise même à l'égard des organismes gérant des régimes d'assurance de base obligatoire et relevant de la Sécurité sociale ? Si la compréhension de l'arrêt *AG2R Prévoyance* nous permet de répondre affirmativement, c'est-à-dire que la CJUE ne serait pas défavorable d'accorder la qualification économique d'entreprise à un organisme gérant un régime d'assurance relevant des régimes de sécurité sociale dès lors que ce dernier exerce une activité en concurrence avec d'autres opérateurs privés sur le marché, la jurisprudence prononcée par l'arrêt *Dauphar* et reprise dans les trois générations des directives européennes nous empêcherait d'adopter une telle position<sup>333</sup>. Seule une décision explicite des autorités nationales peut nous permettre d'affirmer cette déduction. En leur accordant la liberté d'ouvrir ou de préserver les monopoles des organismes de sécurité sociale, la CJUE a confirmé la compétence unique des États membres d'organiser l'aménagement de leurs régimes d'assurance relevant de la Sécurité sociale.

**194.** En outre, il faut souligner que l'absence de concurrence entre organismes de sécurité sociale et opérateurs privés soutiendrait l'exclusion de la qualification économique d'entreprise à l'égard des organismes relevant des régimes d'assurance de base de sécurité sociale. En effet, par opposition à notre interrogation, la Cour de justice a estimé dans l'affaire *Poucet et Pistre* du 17 février 1993<sup>334</sup> qu'un organisme chargé de la gestion d'un régime d'assurance maladie relevant de la Sécurité sociale ne constitue pas une entreprise au sens des articles 85 et 86 du traité de Rome (aujourd'hui 101 et 102). Une telle caisse qui n'a pas de clientèle, puisqu'elle ne dispense ses services qu'à ses assurés, ne se trouve pas placée sur le marché en situation de concurrence avec des entreprises privées<sup>335</sup>. Un auteur va plus loin et précise que le droit de la concurrence ne s'applique pas aux régimes d'assurance de sécurité sociale parce que ces derniers ne participent pas à des courants d'échanges économiques<sup>336</sup>. En outre, dans l'affaire « *AOK Bundesverband* »<sup>337</sup> relative aux caisses légales d'assurance maladie allemandes, la Cour n'a pas hésité à préciser, avant de conclure que celles-ci ne sont pas des entreprises, qu'elles ne sont en concurrence ni entre elles, ni avec des établissements privés pour l'octroi des prestations légales obligatoires en matière de soins ou de médicaments<sup>338</sup>.

**195.** Mais, selon cette constatation, quelle sera-t-elle la position des autorités et juridictions

---

333 Sur l'absence de mise en cause du monopole de la Sécurité sociale par le droit communautaire v., J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto, R. Lafort, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 18<sup>e</sup> éd. 2015, p. 424.

334 CJCE, 17 février 1993, aff., C-159/91 et 160/91, *Poucet, Pistre c/ AGF c/ CANCAVA*, préc.

335 R. Kessous, « Missions des caisses primaires d'assurance maladie et droit de la concurrence », *D. soc.*, 1994, p. 298

336 Ph. Laigre, « Les organismes de sécurité sociale sont-ils des entreprises », *Dr. Soc.*, n° 5, 1993 p 488.

337 CJCE, 16 mars 2004, aff. Jtes C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, *AOK Bundesverband e.a.*, préc.

338 *Ibid.*, pt. 54.

nationales si un conflit concurrentiel se lève entre les différents opérateurs d'assurance et les organismes d'assurance de sécurité sociale ? La réponse à cette question particulière demeure, là encore, liée à la volonté des pouvoirs politiques et législatifs nationaux. Tant que les assurances de base obligatoire relevant de la Sécurité sociale sont pour l'instant mis hors des échanges marchandes et qu'elles sont pris en charge par l'État, l'application des deux critères du marché et de la concurrence n'auront pas lieu dans ce domaine<sup>339</sup>.

**196.** Par contre, quelle sera la solution si la gestion du système de la Sécurité sociale était attribuée à des opérateurs privés d'assurance ? Cela, impliquerait une exclusion de la qualification économique d'entreprise à l'instar des organismes de sécurité sociale ? La réponse à cette question peut être déduite de l'arrêt *Commission c/ Royaume de Belgique*. Dans celui-ci la Cour a précisé que les entreprises d'assurance qui pratiquaient l'assurance des accidents du travail que la législation belge intègre à son système de la Sécurité sociale sont soumises au champ d'application des directives d'assurance. La Cour de justice déclare que « *les directives relatives à l'assurance sont applicables aux assurances comprises dans un régime légal de sécurité sociale* » dès lors qu'elles sont « *pratiquées par des entreprises d'assurance à leurs propres risques et dans un but lucratif* »<sup>340</sup>. Cela signifie, semble-t-il que dans ces conditions c'est uniquement les opérateurs privés d'assurance gérant des régimes d'assurance relevant de la Sécurité sociale qui pourront se voir qualifier d'entreprise d'assurance dès lors qu'ils pratiquent cette activité à leur propre risque et dans un but lucratif.

---

339Le projet français qui visait à céder une partie de l'assurance maladie à des sociétés d'assurance privées pouvait conduire à s'interroger sur l'applicabilité du TFUE aux caisses publiques. En juillet 1997, le groupe Axa-UAP avait annoncé son intention de proposer aux pouvoirs publics un système de réseaux de soins permettant éventuellement à l'assurance privée de prendre en charge non seulement les remboursements complémentaires, mais également ceux jusque là assurés par la sécurité sociale. Face aux nombreuses critiques mettant notamment en relief le risque de dérive à l'américaine, les pouvoirs publics n'ont toujours pas donné leur accord. Si la proposition avait été acceptée, la jurisprudence communautaire aurait pu conduire à considérer l'organisme public comme une entreprise au sens des articles 81 et s. du Traité. On peut cependant légitimement croire que celui-ci aurait alors pu bénéficier du régime dérogatoire de l'article 86, 2 TCE : Cf., François Coursin, « La politique européenne de la concurrence et les entreprises de l'économie sociale », *Recma* n° 249, 1993.

340CJCE., 18 mai 2000, aff. C-206/98, *Commission c/ Royaume de Belgique*, pt. 44, Rec., p. I-3509.

## Conclusion du chapitre :

197. Il paraît donc bien que le concours des opérateurs à statut varié dans la fourniture des produits et services qualifiés d'assurance a favorisé l'apparition d'une difficulté juridique relative à la définition des entreprises d'assurance relevant du secteur des assurances. La complexité ne concerne pas les sociétés d'assurance à caractère commercial mais concerne particulièrement les entités d'assurance à but non lucratif comme les mutuelles, les institutions de prévoyance et les organismes d'assurance relevant du système de la Sécurité sociale.

198. L'indifférence du statut social des entités économiques en droit de la concurrence a contraint les autorités compétentes en la matière et surtout les juges de la CJUE à recourir à une grille d'analyse complexe. Il ressort de celle-ci que les spécificités de certains opérateurs d'assurance à caractère social et non commercial comme le but non lucratif, et la participation à la réalisation des prestations complémentaires à celles relevant de la protection sociale n'ont aucun effet sur la définition de l'entreprise d'assurance en matière concurrentielle. Ces caractéristiques ne peuvent conduire à l'exclusion de la qualification économique d'entreprise que si un principe de solidarité établi sur la technique de répartition économique et financière est identifié au sein de la mutualité des assurés. Toutefois, malgré cette dernière circonstance, il semble que la CJUE a exprimé une volonté de favoriser une appréciation objective en prenant en compte des critères du marché et de la concurrence lors de la qualification économique d'entreprise. Selon la CJUE dans l'affaire *AG2R Prévoyance*<sup>341</sup>, l'identification d'une compagnie d'assurance proposant des produits et services d'assurance identiques à ceux fournis par un organisme gérant un régime d'assurance de protection sociale sur le même marché peut, semble-il, justifier la qualification de ce dernier d'entreprise et sa soumission comme les compagnies d'assurance aux règles du droit de la concurrence.

---

341 CJCE, 3 mars 2011, *AG2R Prévoyance contre Beaudout Père et Fils SARL*, aff. c-437/09, préc ; Il est également intéressant d'indiquer que dans ses conclusions l'avocat général dans l'affaire au principal retient tous les points de vue des parties en cause et parmi eux celui de la Commission qui estime que « [...] en dépassant l'examen concret du régime complémentaire de soins de santé confié à AG2R par l'avenant dans l'affaire au principal – dont il paraît délicat de tirer une conclusion tranchée au regard des critères dégagés par la jurisprudence de la Cour –, il y a lieu de prendre en considération le cadre juridique général dans lequel s'inscrivent les opérations de prévoyance en France, duquel il conviendrait d'induire qu'un organisme, tel qu'AG2R, offre ses services en concurrence avec les sociétés d'assurance et, partant, répond à la qualification d' "entreprise" au sens de l'article 82 CE » : Conclusion de l'avocat général M. Paolo Mengozzi, *Rec*, 2011, I-00973, pt. 52.

## Conclusion du titre

**199.** Les différentes pensées juridiques et économiques en assurance sont, aujourd'hui, sceptiques à la mise en place d'une définition unique de l'assurance. La multiplicité des concepts et des techniques utilisées dans le secteur empêche, en droit de la concurrence comme en droit des assurances, la mise en place d'une définition unique et non équivoque de l'assurance ou du secteur des assurances soumis au droit de la concurrence. L'objet de l'opération, ses techniques et les méthodes de fonctionnement affectent sensiblement cette définition et obligent à se référer à des définitions diverses selon les circonstances.

**200.** Bien que, l'assurance « contrat, activité ou opération » se développe afin de faire face aux aléas des événements du futur, cela n'a pas eu pour effet de soumettre l'ensemble des opérateurs exerçant cette activité aux règles du droit de la concurrence. La particularité de l'activité exercée et la diversité des opérateurs à différents statuts a ainsi introduit des procédés analytiques complexes.

**201.** Compagnies d'assurance, mutuelles, institutions de prévoyance et organismes de sécurité sociale doivent se soumettre en toute égalité aux différentes règles du droit de la concurrence dès lors qu'elles se montrent concurrents sur un marché. Si la Cour de justice pendant les trois dernières décennies tentait d'exclure les organismes d'assurance exerçant une activité à caractère exclusivement sociale de la sphère concurrentielle en les soustrayant de la qualification économique d'entreprise, son but était de sauvegarder les avantages sociaux-économiques résultants de telle activité. À cet égard, les organismes gérant des régimes d'assurance relevant du système de la Sécurité sociale sont, pour l'instant, en amont, écartés de la qualification économique et par conséquent de la soumission aux règles du droit de la concurrence. C'est seulement lorsqu'ils fonctionnent de la même manière que les entreprises d'assurance qu'ils seront, en aval, soumis aux mêmes règles de concurrence<sup>342</sup>.

---

342D'ailleurs dans l'affaire Coreva la CJCU a qualifié d'entreprise un organisme d'assurance gérant un régime d'assurance de base relevant de la Sécurité sociale. Selon la cour « *il importe d'abord de relever que l'affiliation au régime Coreva est facultative, que ce régime fonctionne selon le principe de la capitalisation et que les prestations auxquelles il donne droit dépendent uniquement du montant des cotisations versées par les bénéficiaires ainsi que des résultats financiers des investissements effectués par l'organisme gestionnaire. La CCMSA exerce donc une activité économique en concurrence avec les compagnies d'assurance* » : CJCE, 16 novembre 1995, aff. C-244/94, COREVA, préc.

**202.** Par ailleurs, la soumission des organismes gérant des régimes d'assurance collective complémentaires aux régimes d'assurance de sécurité sociale se trouve stagner dans une tornade jurisprudentielle complexe. Dans ce cas, la compréhension de la politique de protection sociale européenne et nationale peut expliquer cette complication. La conclusion selon laquelle les activités reposant sur le principe de solidarité sont des activités exclusivement sociales et non soumises aux règles de concurrence soulève toujours de nombreuses problématiques. Qu'il s'agisse de s'accorder sur une définition du terme « solidarité » ou d'en déterminer les composantes, la jurisprudence de la Cour à laquelle de nombreux auteurs reprochent son impressionnisme est loin d'apporter une réponse juridiquement satisfaisante<sup>343</sup>.

**203.** Sur ce point, pour éviter toute dispersion, il est une jurisprudence constante que les organismes proposant des assurances maladies, de prévoyances ou retraites collectives complémentaires aux assurances de base de sécurité sociale et fonctionnant selon le principe de solidarité par répartition sont exclus de la qualification d'entreprise et de la soumission aux règles de concurrence. Car, dans ce cas, le régime d'assurance complémentaire bascule du côté du système de la Sécurité sociale. Par contre, lorsque le régime géré par l'organisme est établi sur la technique de capitalisation, le fait que celui-ci soit complémentaire au système de la Sécurité sociale et qu'il présente des éléments de solidarité ne suffit pas pour le faire échapper à la qualification économique d'entreprise et en conséquence à la soumission aux règles de concurrence. Toutefois, la récente jurisprudence AG2R Prévoyance peut nous conduire à abandonner cette distinction. Désormais selon cette jurisprudence, la qualification économique d'entreprise peut se voir attribuée même à l'égard des organismes assureurs gérant des régimes d'assurance collective complémentaire et établis sur une solidarité par répartition dès lors qu'il est démontré qu'ils sont en concurrence avec d'autres opérateurs d'assurance fonctionnant sur le même marché.

**204.** Ainsi, dans la continuité de recherche d'une définition de secteur des assurances soumis à la concurrence, il sera pertinent de se pencher sur la définition des différents marchés sur lesquels les différents opérateurs d'assurance sont en concurrence. Sur ce point, le secteur présente à nouveau une particularité spécifique.

---

<sup>343</sup>Les autorités de concurrence semblent embarrassées par l'étendue des conséquences que pourraient avoir les définitions expansives de l'activité économique et de l'entreprise qu'elles ont contribué à façonner. D'un côté, la méthode utilisée permet d'appréhender de très nombreuses activités mais, de l'autre, ces possibilités doivent être conciliées avec la conscience de la nécessaire préservation du caractère essentiellement non marchand de certaines activités : Cf., L. Driguez, *op. cit.*, p. 332 ; V., *Ibid.*, p. 286.

## **Titre II-Une particularité de la détermination des marchés pertinents du secteur des assurances**

**205.** L'importance accordée récemment aux critères objectifs lors de la qualification d'entreprise rend indispensable la détermination des différents marchés d'assurance sur lesquels l'ensemble des opérateurs d'assurance entre en concurrence. En outre, la définition du secteur des assurances soumis aux règles de concurrence ne peut être perçue sans que les différents marchés faisant partie du secteur soient déterminés. Sur ce point, parallèlement à la diversité des produits et services susceptibles d'être offerts, les marchés d'assurance font l'objet d'une multiplication juridique et économique.

**206.** Dans un sens général, le marché se comprend comme un lieu à l'intérieur duquel s'échangent des marchandises ou des services de toute nature<sup>344</sup>. Cependant, le droit de la concurrence appréhende le marché comme le lieu de la confrontation de l'offre et la demande des produits et services substituables entre eux mais non substituables avec d'autres biens ou services<sup>345</sup>. Cette définition met l'accent sur une notion plus étroite qui est le marché pertinent et tourne autour de l'idée de substituabilité. L'Autorité de la concurrence française reprend la même définition en ajoutant que « *sur un même marché, les unités offertes sont substituables pour les demandeurs, qui peuvent ainsi arbitrer entre les offres lorsqu'il y en a plusieurs, ce qui implique que chacun de ces derniers est soumis à la concurrence par les prix des autres* »<sup>346</sup>. Bien sûr, les produits sont rarement parfaitement substituables : ainsi, le Conseil de la concurrence précise qu'il regarde « *comme substituables les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les*

---

344A. Decocq et G. Decocq, *Droit de la concurrence droit interne et de l'union européen*, L.G.D.J, 6<sup>e</sup> éd. 2014., p.89.

345L. Arcelin, *Droit de la concurrence, les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européenne*, PUR, 2<sup>e</sup> éd., 2013, p. 49.

346Conseil de la concurrence, rapport annuel, 1995.

*considèrent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande* »<sup>347</sup>. La Commission européenne adopte également des définitions de marchés matériels et géographiques proches de ceux déterminés par la pratique du droit national<sup>348</sup>.

**207.** La notion du marché pertinent est une notion très complexe et importante pour l'ensemble des règles du droit de la concurrence. La conception présente un caractère factuel et repose sur une analyse économique<sup>349</sup>, mais aussi juridique. Ainsi les marchés pertinents sont variables et dépendent de chaque cas, car plusieurs éléments de côté de l'offre ou de celui de la demande peuvent influencer cette détermination.

**208.** La délimitation du marché pertinent est une phase essentielle de l'analyse de la concurrence menée lors d'une fusion ou lorsqu'il y a possibilité d'abus de position dominante. Celle-ci devient également nécessaire même dans les cas des ententes<sup>350</sup>. À chaque fois qu'il s'agit de l'application des règles du droit de la concurrence, les autorités compétentes procèdent en la matière, au cas par cas, à la définition du marché dans lequel ces règles sont applicables. Cette définition est appréciée en prenant en compte deux critères : l'un porte sur les produits et la satisfaction retirée de ceux-ci, et l'autre porte sur les zones géographiques de disponibilité du produit.

**209.** En matière d'assurances, dès les toutes premières années, une difficulté supplémentaire se greffe dans ce processus logique : la seule approche juridique du marché d'assurance, inspirée de la réglementation relative au secteur, ne permet pas de comprendre ce qu'il est, puisque souvent, l'approche économique sort de ce cadre juridique et aboutit à la détermination de diverses branches de marchés au sein d'une seule catégorie juridique. Des aspects techniques, économiques doivent également être pris en compte. Le marché d'assurance, c'est tout d'abord, la réunion des entreprises qui proposent des services et produits d'assurance. C'est ensuite l'ensemble des assurés à la recherche d'une couverture d'assurance.

**210.** En matière concurrentielle, la combinaison de la réglementation et des critères économiques a permis d'établir certains standards pour la définition des marchés pertinents dans le secteur des assurances. L'avis rendu en 1998 par le Conseil de la concurrence constitue l'exemple de référence

---

347Conseil de la concurrence, rapport annuel, 1990.

348Cf., Comm., Comm. CE., 1997, sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *JOCE.*, n° C 372, 9 décembre 1997, p. 0005-0013 : V., II. Définition du marché en cause.

349V. Pironon, *Droit de la concurrence*, Lextenso, 2009, p. 40.

350J. Philippe, « La mesure du marché pertinent », *RFE*, 1998, V. 13, n°13-4, p. 126.

dans ce domaine<sup>351</sup>.

**211.** L'appréciation du marché pertinent est fonction tantôt des données objectives, tantôt de données subjectives. La prise en compte de ces données peut se montrer très particulière dans le secteur des assurances. En effet, la spécificité des caractéristiques des produits et services d'assurance, la diversité de leur public et la réglementation propre au secteur ont pour effet d'accorder aux marchés pertinents tant matériel (**Chapitre 1**) que géographique ( **Chapitre 2**) une certaine élasticité.

---

<sup>351</sup>Cons. Conc. Avis, n° 98-A-03, 24 février 1998, relatif à une demande d'avis de la commission des finances du Sénat concernant la situation de la concurrence dans le secteur de l'assurance.

## Chapitre 1-La diversité des marchés matériels d'assurance

**212.** Assurance exploitation, responsabilité, automobile, habitation, santé, vie, décès, etc, le champ d'intervention de l'assurance est vaste et ne cesse de s'étendre. Aujourd'hui, presque tout risque est assurable. Les produits et services d'assurance sont nombreux et diversifiés, et selon les objectifs, donnent lieu à plusieurs classifications tant juridiques qu'économiques.

**213.** En matière concurrentielle, la délimitation du marché de produits et services d'assurance ou matériel pertinent est une étape préalable et indispensable à l'analyse concurrentielle. Le droit européen de la concurrence définit un marché matériel pertinent comme le marché comprenant « *tous les produits et services que le consommateur considère interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés* »<sup>352</sup>. Donc, selon cette définition, toute délimitation du marché matériel pertinent d'assurance repose sur le critère essentiel de substituabilité des produits.

**214.** La notion de substituabilité est une notion purement économique<sup>353</sup>. Elle repose essentiellement sur la théorie de l'élasticité croisée de l'offre et de la demande<sup>354</sup>. À cette théorie, on ajoute d'autres éléments pouvant venir en aide pour déterminer le marché pertinent, comme les caractéristiques de produits, les qualités des clients destinataires, et les méthodes de commercialisation, etc. Car, il n'y a pas de critères précis qui seraient appliqués de façon mécanique.

---

352Comm., CE., Comm. 97/C 372/03, Relative à la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *JOCE* C372, 9 décembre 1997, p. 5.

353D. Maiguy et M. Depincé, *droit de la concurrence*, LexisNexis, 2<sup>o</sup> éd., 2015, p. 227

354L. Arcelin, op, cit, P. 50

**215.** En matière assurantielle, les autorités de concurrence nationale et européenne distinguent, de manière constante, comme cela est fait en droit des assurances, les assurances de personnes et les assurances de dommages (biens et responsabilités). Les assurances couvrant ces risques différents ne sont pas substituables<sup>355</sup>.

**216.** Partant du droit des assurances, le mode de réglementation et d'organisation de tous les produits et services du secteur détermine en amont les différentes segmentation de marchés. Ainsi, une approche standard des marchés matériels d'assurance peut être retenue (**section I**). Par contre, partant du point de vue de l'offre et de la demande, une détermination des marchés des produits et services d'assurance peut également se faire, au sein de l'ensemble des branches d'assurance déterminées en droit des assurances (**Section II**).

---

355V., par exemple Comm. CE, 15 avril 2008, aff. COMP/M.5083, *GROUPAMA/OTP GARANCLIA* ; 19 janvier 2005, aff. COMP/M.3556, *FORTIS/BCP* ; 20 décembre 1996, aff. IV/M.862, *AXA/UAP* ; Ainsi que ADC. Déc., n°09-DCC-16, 22 juin 2009, relative à une fusion entre les groupes Caisse d'Epargne et Banque Populaire ; Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'emploi du 1er octobre 2007, au conseil de la société Suisse de Participations d'Assurance, relative à une concentration dans le secteur de l'assurance-vie et de la capitalisation ; Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'emploi du 10 septembre 2008, au conseil de la société Esca, relative à une concentration dans le secteur des assurances.

## **Section I-Les marchés des produits et services d'assurance standardisés**

**217.** Selon les objectifs législatifs et réglementaires, la classification de l'assurance se diversifie. En droit interne, afin de préciser les assurances pour lesquelles un agrément doit être obtenu, l'article R. 321-1 du Code des assurances énumère les différentes branches d'assurance qui sont soumises à cette obligation. La doctrine et la pratique professionnelle dans le secteur ont pu dissocier les différentes assurances en fonction de leur finalité. Ainsi, les assurances de biens et de responsabilité, connues sous la dénomination d'assurances de dommages, peuvent être distinguées de celles de personnes<sup>356</sup>.

**218.** En droit européen, les directives en matière d'assurance<sup>357</sup> distinguent, de leur côté, les Assurances dites Non-Vie, d'une part, et d'autre part, les autres Assurances Vie. Cette division d'assurance est aujourd'hui commune à tous les pays membres de l'UE et de l'Espace économique européenne.

**219.** Il faut indiquer que les classifications, assurances vie et non-vie en droit européen, et Assurances de dommages et de personnes en droit français comportent le même contenu. En effet, les différentes assurances appartenant à la catégorie d'assurances non vie sont incluses dans la catégorie des assurances de dommages (assurances de biens et de responsabilité). De même, les différentes branches d'assurance faisant partie de la catégorie d'assurances vie sont celles rentrant

---

<sup>356</sup>Le Code des assurances qui régit le contrat d'assurance ne fait pas clairement la distinction entre les assurances de dommages et celles de personnes. Mais, ses règles tentent souvent de prendre en compte la particularité de chaque catégorie d'assurance. Ainsi, on y trouve d'abord des règles communes des assurances de dommages et des assurances de personnes au Titre I du Premier livre. Puis des règles spécifiques relatives aux assurances de dommages au titre 2 et des règles spécifiques relatives aux assurances de personnes au Titre 3 de même Livre.

<sup>357</sup>CE., directives n° 73/239 (assurance non-vie) et n° 79/267 (assurance vie), préc.

dans la catégorie des assurances de personnes<sup>358</sup>. La seule exception est que les assurances de dommages corporels « assurances accidents et maladie » sont considérées comme des assurances non vie en droit européen alors qu'elles sont incluses dans la catégorie d'assurance de personne en droit national.

**220.** Les autorités de la concurrence aussi bien européenne que nationale<sup>359</sup>, opèrent une distinction, au sein du secteur des assurances, entre les marchés d'assurance de personnes (**Paragraphe 1**), d'assurance dommages (**Paragraphe 2**) et de réassurance (**Paragraphe 3**)<sup>360</sup>. De plus, il est considéré que, pour chacune de ces trois catégories, une segmentation peut être effectuée en fonction des types de risques à assurer (tels que par exemple les risques d'incendie, les risques d'accidents, les risques liés à la responsabilité civile<sup>361</sup>...), ces derniers n'étant pas substituables du point de vue de l'offre et de la demande. Sur ce point, les critères économiques tirés de la théorie de l'élasticité croisée ne trouvent pas sa place à jouer, ni du côté de l'offre, ni de celui de la demande.

---

358V., Article R. 321-1 du Code des assurances ; [WWW.ffsa.fr](http://WWW.ffsa.fr), Fédération Française des Sociétés d'assurance, « Les activités d'assurance », Page consultée le 22 février 2015.

359V., par exemple ADLC, déc., n° 10-DCC-148, 15 novembre 2010, relative à la fusion par absorption des Mutuelles Santé Plus par la Mutuelle de France-Sud, point 5 et 6 ; Commis. CE, déc., n° COMP/M.5083 – *GROUPAMA / OTP GARANCLIA*, 15 avril 2008 ; déc., n°COMP/M.4047 - *Aviva/Ark Life* 20 janvier 2006 ; déc., n°COMP/M.3556 – *Fortis / BCP*, 19 janvier 2005 ; Les décisions du ministre de l'économie : déc., n°C2007-49, 21 août 2007 ; Déc., n°C2007-118, 27 août 2007 ; Ainsi que l'avis du Conseil de la concurrence n° 98-A-03 du 24 février 1998, préc.

360V., par exemple Cons. Conc. Déc., 99-D-68 du 9 novembre 1999, relative à des pratiques mises en œuvre par la Fédération française des sociétés d'assurances.

361V., notamment la décision n° COMP/M.4047 - *Aviva/Ark Life*, préc.

## §1. Les marchés d'assurances de dommages

**221.** Dans un premier temps, les différents marchés matériels d'assurances de dommages sont logiquement classifiés en se rapportant aux subdivisions adoptées par le droit européen et national. En effet, ces deux droits déterminent alternativement les différentes branches d'assurance relevant de la catégorie d'assurance de bien et de responsabilité ; « *Assurances de dommages en droit interne* » et « *Assurances non-vie en droit européen* ».

**222.** Les assurances de dommages concernent toutes les assurances qui obligent l'assureur à indemniser l'assuré des conséquences d'un sinistre sur son patrimoine<sup>362</sup>. Cette catégorie comprend les différentes assurances qui visent la protection et le dédommagement des clients assurés, d'une part, contre les pertes financières liées à la dégradation, destruction ou pertes causées à leurs biens, et d'autre part, contre celles liées à l'engagement de leur responsabilité pécuniaire en cas de dommages causés à des tiers<sup>363</sup>. Dans ce sens, l'Autorité de la concurrence a défini l'assurance de dommages comme celle portant sur des dommages qui affectent l'intégrité physique d'une personne et qui sont subis par ses biens ou qui mettent en jeu sa responsabilité civile<sup>364</sup>.

**223.** Le Code des assurances et la première génération des directives européennes relative à l'assurance non-vie énumèrent les différentes branches d'assurances de dommages. La doctrine subdivise souvent celles-ci en deux grandes catégories. L'une concerne les assurances de biens, et l'autre intéresse les assurances de responsabilité. À ces deux catégories d'assurance dommages, on rajoute, les assurances de pertes pécuniaires. Par conséquent, le marché des assurances de

---

362J. Bonnard, *Droit des assurances*, Paris, LexisNexis, 4<sup>e</sup> éd, 2012, p. 9.

363Pour plus de détails voir J. Bigot ss dir., J. Beauchard , V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayeux, V. Nicolas, *Traité du Droit des assurances, le contrat d'assurance*, Tome 3, Paris, L.G.D.J. 2<sup>e</sup> éd., 2002, p. 106.

364Cons. Conc. Déc., n° 02-D-66, 6 novembre 2002, relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés d'assurance directe.

dommages peut être subdivisé en divers segments, un marché d'assurances de biens (A), un marché d'assurances de responsabilité (B), et un marché d'assurances de pertes pécuniaires (C).

## A-Le marché des assurances de biens

**224.** Créées les premières dans l'histoire des assurances<sup>365</sup>, les assurances de biens couvrent les dommages subis par les biens appartenant à l'assuré. L'article R. 321-1 du Code des assurances et l'annexe de la première directive des assurances non-vie, contiennent diverses branches d'assurances qui peuvent faire partie de cette catégorie d'assurance. Dans cet ordre d'idée, divers marchés d'assurances de biens peuvent, dans un premier temps, être déterminés.

**225.** Ainsi, un marché d'assurance de corps de véhicules peut, dans un premier temps, être délimité. L'assurance de corps de véhicules a pour objet de couvrir les véhicules des assurés contre tout risque. Ce marché peut, lui même, être subdivisé. Selon les textes, cette assurance peut avoir pour cible des véhicules terrestres, ferroviaires, aériens, maritimes, lacustres ou fluviaux<sup>366</sup>. Si les différentes assurances de cette branche ont pour objet de protéger et d'indemniser les assurés en cas de dommages subis par leurs véhicules, le marché varie selon les catégories auxquelles appartiennent ces véhicules.

**226.** À côté des assurances de corps de véhicules, on peut identifier l'assurance du transport des marchandises et des bagages<sup>367</sup>. Cette assurance vise à couvrir les dommages subis par les bagages et les marchandises des assurés lors de leur transport. De cette façon, le marché des assurances de biens comporte également le marché d'assurance des marchandises et des bagages transportés.

**227.** En outre, selon les textes, l'assurance de biens comporte l'assurance contre les incendies et les éléments naturels. Cette branche d'assurance a pour objet de couvrir les biens des assurés, autres que les biens indiqués ci-dessous, contre tout dommage ayant pour origine des événements liés à un incendie, à une installation nucléaire, à une tempête, à un affaissement de terrain ou à un autre

---

365V. Nicolas, *Droit des contrats d'assurance*, Paris, ECONOMICA, 2012, p. 83.

366N° 3 à 6, Article R. 321-1, Code des assurances ; N° 3 à 6, A, Annexe, Première directive du Conseil européen relative à l'assurance non-vie, préc.

367N° 7, article R. 321-1, Code des assurances ; N° 7, A, Annexe, Première directive du Conseil européen relative à l'assurance non-vie, préc.

élément naturel<sup>368</sup>. Ainsi, un marché d'assurance contre les incendies et les éléments naturels peut être déterminé.

**228.** Finalement les textes européens et nationaux laissent la porte ouverte aux professionnels d'assurance afin de couvrir les dommages subis par les autres biens des assurés lorsque les dommages ont pour origine la grêle, la gelée, le vol ou d'autres éléments ou événements<sup>369</sup>. Dans ces cas, divers marchés d'assurance de biens peuvent être délimités selon les caractéristiques des biens assurés et les événements garantis.

## **B-Le marché des assurances de responsabilité**

**229.** Les assurances de responsabilité ont pour objet d'indemniser les dommages subis par l'assuré et qui résultent de l'obligation dans laquelle il se trouve de réparer les dommages qu'il a causés à des tiers<sup>370</sup>. Les assurances de responsabilité prennent en charge les conséquences financières des dommages matériels ou corporels que peuvent causer l'assuré, ses enfants, ses préposés ou ses biens à des tiers du fait de son imprudence ou de sa négligence. Selon l'article L. 124-1 du Code des assurances « *dans les assurances de responsabilité, l'assureur n'est tenu que si, à la suite du fait dommageable prévu au contrat, une réclamation amiable ou judiciaire est faite à l'assuré par le tiers lésé* ».

**230.** La plupart des assurances de responsabilité couvre les dommages provenant de la responsabilité délictuelle. Elles ne couvrent pas les dommages consécutifs de la responsabilité contractuelle si la garantie n'est pas étendue par le contrat lui-même.

**231.** Le Code des assurances dans son article R. 321-1 et l'annexe de la première directive d'assurance non vie énumèrent les différentes assurances de responsabilité<sup>371</sup>. Ainsi, dans cette

---

368N° 8, Article R. 321-1, Code des assurances ; N° 8, A, Annexe, Première directive du Conseil européen relative à l'assurance non-vie, préc.

369N° 9, Article R. 321-1, Code des assurances ; N° 9, A, Annexe, Première directive du Conseil européen relative à l'assurance non-vie, préc.

370J. Bonnard, préc., p. 10.

371N° 10 à 13, Article R. 321-1, Code des assurances ; N° 10 à 13, A, Annexe, Première directive du Conseil européen

catégorie d'assurance peuvent être différenciés, l'assurance de responsabilité civile de véhicules terrestres automoteurs, l'assurance de responsabilité civile de véhicules aériens et l'assurance de responsabilité civile de véhicules maritimes, lacustres et fluviaux. Ces différentes assurances ont pour objet de garantir les assurés contre les pertes pécuniaire résultant de l'engagement de leur responsabilité civile des dommages causés par ces véhicules.

**232.** Dans le même ordre, selon la catégorie des véhicules, le marché d'assurances de responsabilité se subdivise en divers marchés, un concerne les véhicules terrestres, un est lié aux véhicules aériens et d'autres concernent les véhicules maritimes, lacustres ou fluviaux.

**233.** Cependant, les textes de l'article R. 321-1 du Code des assurances et de l'annexe de la première directive relative à l'assurance non-vie précisent que la responsabilité civile peut également faire l'objet d'une couverture générale. Par conséquent, selon l'objet de la couverture plusieurs marchés d'assurance de responsabilité peuvent être déterminés.

### **C-Le marché des assurances de pertes pécuniaires**

**234.** Le droit français et européen différencient diverses sortes d'assurance de pertes pécuniaires ; assurance de crédit, assurance caution et assurance de pertes pécuniaires diverses<sup>372</sup>.

**235.** L'assurance du crédit, a pour objet essentiel de garantir à un créancier le paiement des créances consécutives de non-paiement d'un crédit accordé de sa part à un particulier ou à un professionnel<sup>373</sup>. Selon l'objet du crédit, l'assurance peut concerner un crédit à l'exportation, un crédit à l'exploitation, un crédit agricole, ou un crédit hypothécaire. Par conséquent, le marché d'assurance crédit se subdivise selon son objet en divers marchés.

---

relative à l'assurance non-vie, préc.

372N° 14 à 16, Article R. 321-1, Code des assurances ; N° 14 à 16, A, Annexe, Première directive du Conseil européen relative à l'assurance non-vie, préc.

373Selon Bigot, l'assurance de crédit est « *un système qui permet à des créanciers de se couvrir contre le non paiement des créances dues par des personnes préalablement identifiées et en état de défaillance de paiement* » : J. Bigot ss dir., J. Beauchard , V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayeux, V. Nicolas, *op. Cit.*, p. 179.

**236.** L'assurance caution est une technique qui permet à des entreprises d'obtenir auprès des compagnies d'assurance une protection sur les engagements qu'elles souscrivent. Selon les textes indiqués dans le Code des assurances et la première directive sur l'assurance non-vie, l'assurance caution peut être directe lorsqu'elle est accordée directement à des débiteurs. Elle peut également être indirecte, lorsque l'assureur accord une assurance à la caution pour le cas où celle-ci devrait payer au lieu et à la place du débiteur cautionné. En raison de la différence des caractéristiques entre ces deux opérations, le marché d'assurance caution est subdivisé en assurance de caution directe et assurance de caution indirecte. Dans l'assurance caution directe les compagnies d'assurance mettent à leur charge une véritable obligation de caution. Alors que dans l'assurance caution indirecte, celles-ci garantissent le cautionnement de la caution<sup>374</sup>.

**237.** Enfin, le législateur laisse la voie ouverte aux opérateurs d'assurance afin de proposer toutes sortes d'assurance de pertes pécuniaires. Dans les textes de l'article R. 321-1 du Code des assurances et de l'annexe de la première directive, le législateur cite à titre non-exhaustif les différentes sous branches d'assurances de pertes pécuniaires que les opérateurs d'assurance peuvent proposer. À titre d'exemple, l'assurance de pertes pécuniaires peut garantir les dommages liés à la perte d'emploi, aux pertes des bénéficiaires, aux dépenses commerciales imprévues, ou toute autre perte assurable.

**238.** À ces assurances de pertes pécuniaires, certains auteurs rajoutent également l'assurance protection juridique et l'assurance d'assistance aux personnes en difficulté<sup>375</sup>. L'assurance de protection juridique a pour objet de garantir les dommages subis par l'assuré des frais et des dépenses engagés pour le cas où un procès aurait lieu entre l'assuré et un tiers<sup>376</sup>.

**239.** Ainsi, selon l'objet et la nature de la perte, divers marchés d'assurance de pertes pécuniaires peuvent être délimités. À côté des marchés d'assurances de dommages plusieurs marchés d'assurances de personnes peuvent également être identifiés

---

<sup>374</sup>*Ibid*, p. 177.

<sup>375</sup>N° 17 à 18, Article R. 321-1, Code des assurances ; N° 17 pour l'assurance protection juridique, A, Annexe, Première directive du Conseil européen relative à l'assurance non-vie, préc.

<sup>376</sup>J. Bigot ss dir., J. Beauchard , V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayeux, V. Nicolas, *op. cit.*, p. 91 et 984.

## §2. Les marchés d'assurances de personnes « assurances vie et capitalisation »

**240.** À côté des différents marchés d'assurances de dommages, la réglementation européenne et nationale discerne une catégorie distincte d'assurances de personnes en droit national et d'assurance vie et capitalisation en droit européen. Les assurances de personnes ou vie et capitalisation sont relatives à des risques inhérents à la personne et à la vie humaine<sup>377</sup>. En droit national, selon la pratique professionnelle et la doctrine, la catégorie d'assurances de personnes regroupe les assurances contre les accidents corporels, les assurances contre la maladie et les assurances vie<sup>378</sup>. En droit européen, si les assurances vie et capitalisation entrent dans le champ d'application de directive 2002/83/CE concernant l'assurance directe sur la vie<sup>379</sup>, les assurances maladies et les assurances contre les accidents corporels entrent dans la catégorie d'assurances non vie soumis au champ d'application de la directive 73/239 concernant l'assurance directe non vie<sup>380</sup>.

**241.** En raison du lien et de l'influence qui existent entre les deux réglementations européenne et nationale, Mr. Bigot a fait une classification particulière à la catégorie d'assurances de personnes en distinguant entre assurances de personnes non-vie et assurances de personnes vie<sup>381</sup>. Par ailleurs, la pratique regroupe les assurances contre les accidents corporels et celles contre les maladies sous le terme « assurances de personnes des dommages corporels »<sup>382</sup>. En droit de la concurrence l'appartenance des assurances maladies et celles contre les accidents corporels à la catégorie d'assurances de personnes en droit national ou à celle d'assurances non vie en droit européen

---

377J. Bonnard, *op. cit.*, p. 15.

378Cf., *Ibide* ; J. Bigot ss dir., J. Beauchard , V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayeux, V. Nicolas, *op. cit.*, p. 108.

379V., art. 2, Directive européenne 2002/83/CE du parlement européen et du Conseil, 5 novembre 2002 relative à l'assurance directe vie, *JOCE*, 19 décembre 2002, L. 345.

380 V., n° 1 et 2, A, Annexe, Première directive du Conseil européen relative à l'assurance non-vie, préc.

381J. Bigot ss dir., J. Beauchard , V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayeux, V. Nicolas, *op. cit.*, p. 108.

382J. Bonnard, *op. cit.*, p. 308.

n'affecte pas la détermination du marché matériel pertinent, puisque l'objectif de l'offre et de la demande dans les deux cas est identique. C'est-à-dire, les assurances accidents corporels ou les assurances maladies sont proposées par les opérateurs d'assurance et souscrites par les assurés afin de couvrir les risques relevant des accidents corporels et des maladies, peu importe la catégorie à laquelle appartient l'assurance. Assurance contre les accidents corporels et assurance contre les maladies constituent des marchés particuliers, distincts et sans aucune prise en compte de leur appartenance à la catégorie d'assurance non-vie ou d'assurance de personnes.

**242.** L'Autorité de la concurrence dans son avis sur la situation de la concurrence dans le secteur des assurances de 1998<sup>383</sup> a précisé que les assurances de personnes couvre les risques qui portent atteinte à la personne soit dans son intégrité physique, comme c'est le cas pour les assurances des dommages corporels et l'assurance maladie, soit dans son existence comme cela est le cas dans l'assurance sur la vie (assurance vie, assurance décès).

**243.** En se rapportant aux subdivisions adoptées par la réglementation européenne et nationale, comme pour les assurances de dommages, diverses branches d'assurances relevant de la catégorie d'assurances de personnes ; « assurance vie et capitalisation » peuvent être déterminées. Ainsi, le marché d'assurance de personnes peut également être subdivisé en plusieurs marchés.

**244.** Dans ce sens, l'Autorité de la concurrence n'a pas hésité à faire référence à la segmentation faite par le droit français et européen. Dans une décision relative à une opération de concentration<sup>384</sup>, afin de préciser le marché sur lequel les assureurs concernés par la concentration sont opérables, l'autorité a utilisé la même division adoptée par la réglementation. Elle a ainsi précisé que les opérateurs concernés sont actifs sur le marché d'assurance de personnes qui comporte toutes opérations annexes et connexes s'y rattachant pour fournir des prestations d'assurance au titre des branches 1-accident (**A**), 2-maladie (**B**) et 20-vie-décès (**C**) de l'article R. 321-1 du Code des assurances. À ces différents marchés d'assurance de personnes, on peut rajouter les branches 21- nuptialité et natalité (**D**) et 24-capitalisation (**E**).

---

383Cons. Conc. Avis, n° 98-A-03, préc.

384ADLC., Déc., 21 novembre 2014, n° 14-DCC-171, relative à la prise de contrôle exclusif de Skandia Life SA et Skandia Invest SA par le groupe paritaire de protection sociale Apicil. (prise de contrôle total).

## **A-Le marché d'assurance contre les accidents corporels**

**245.** L'assurance contre les accidents corporels a pour objet de couvrir l'assuré en cas d'accidents entraînant son décès, son incapacité temporaire ou permanente en garantissant le versement au bénéficiaire du contrat une somme déterminée et accessoirement le remboursement de tout ou partie des frais médicaux et pharmaceutiques engagés par suite d'accident<sup>385</sup>. Selon le droit national et européen<sup>386</sup>, l'assurance contre les accidents corporels peut être proposée à titre indemnitaire lorsque l'assureur se contente d'indemniser l'assuré à la hauteur des dommages subis. Elle peut également être forfaitaire dès lors que l'assureur prévoit le versement d'indemnités journalières sans aucune justification et indépendamment d'un quelconque préjudice patrimonial effectivement subi par l'assuré<sup>387</sup>. Cette assurance peut également combiner des prestations forfaitaires et indemnitaires. Ainsi, les caractéristiques particulières de cette assurance aboutiraient à subdiviser ce marché en trio. Ce sont les caractéristiques particulières des produits proposés par les assureurs et les objectifs des assurés clients des trois produits rendant les produits non substituables entre eux qui soutiendraient cette division en matière concurrentielle.

## **B-Le marché d'assurance maladie**

**246.** De son côté, l'assurance maladie a pour objet de garantir à l'assuré le versement de prestations numéraires ou en nature en cas de décès, d'invalidité ou d'incapacité consécutive à une maladie<sup>388</sup>. Comme l'assurance contre les accidents corporels, selon l'article R. 321-1, 2° du Code des assurances et 2 de A de l'annexe de la première directive sur l'assurance non vie, les prestations de l'assureur peuvent présenter un caractère forfaitaire lorsque les sommes versées en cas de sinistre sont indépendantes du préjudice patrimonial subi par l'assuré. Elles peuvent également présenter un caractère indemnitaire dès lors que les sommes versées représentent le montant des frais réellement

---

385J. Bigot ss dir., J. Beauchard, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayeux, V. Nicolas, *op. cit.*, p. 108.

386N° 1, Art., R. 321-1, Code des assurances ; 1, A, Annexe, Première directive sur l'assurance non vie, préc.

387V., dans ce sens J. Bonnard, *op. cit.*, p. 310.

388J. Bigot ss dir., J. Beauchard, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayeux, V. Nicolas, *op. cit.*, p. 110.

engagés par l'assuré en raison de sa maladie<sup>389</sup>. Toutefois, cette assurance peut combiner comme l'assurance contre les accidents corporels des prestations forfaitaires et d'autres indemnitaires. Par conséquent, en matière concurrentielle, le marché relatif à l'assurance maladie serait subdivisé en trois : un relatif à des prestations forfaitaires, un autre lié à des prestations indemnitaires et finalement un proposant des prestations à titre forfaitaire et indemnitaires. En effet, si les risques sont identiques, les prestations sont différentes, ce qui affecte en conséquence le choix des clients assurés intéressés par tel ou tel produit en fonction des caractéristiques de la prestation.

### **C- Le marché d'assurance vie**

**247.** L'assurance vie est l'assurance la plus connue des assurances de personnes. Elle a pour objet de garantir au souscripteur le versement à un bénéficiaire désigné par le contrat une somme d'argent en cas de la vie ou de la mort du souscripteur, de l'assuré ou d'un tiers. Selon la réglementation et la pratique professionnelle, cette assurance fait l'objet d'une division particulière. Elle peut être regroupée en trois catégories en fonction de la durée de la vie humaine dont l'exécution du contrat dépend. C'est ainsi que dans l'assurance vie on distingue, les assurances en cas de décès, les assurances en cas de vie et les assurances mixtes en cas de vie-décès<sup>390</sup>. Par conséquent, sur le marché d'assurance vie trois marchés dans un premier temps sont à distinguer : un marché d'assurance en cas de vie, un autre en cas de décès et un troisième marché d'assurance vie-décès concernant l'assurance mixte.

### **D- Les marchés d'assurance nuptialité et natalité**

**248.** En vertu de l'article R. 321-1 du Code des assurances, les assurances nuptialité et natalité relevant de la branche 21 ont pour objet de verser à l'assuré une somme ou un capital en cas de la

---

389V. dans ce sens V. Nicolas, *op. cit.*, p. 84 ; J. Bonnard, *op. cit.*, p. 316.

390Ibid., p. 325 ; Jean Bigot ss dir., J. Beauchard, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayeux, V. Nicolas, *op. cit.*, p. 112.

réalisation de l'événement imprévu avant la fin du terme du contrat<sup>391</sup>, en l'occurrence, le mariage pour l'assurance nuptialité et la naissance d'un enfant pour l'assurance natalité. Ainsi, les assurances nuptialité et natalité constituent deux marchés d'assurance distincts des autres marchés d'assurance de personnes. L'offre et la demande des deux produits ne sont pas substituables.

## E- Marché d'assurance de capitalisation ?

**249.** Pour terminer la présentation des différents marchés d'assurance de personne, il faut indiquer que dans la nomenclature européenne officielle des contrats d'assurances, l'article R. 321-1 dans sa branche 24 du Code des assurances inclut la capitalisation dans la liste des branches d'assurance pouvant être exercées par un opérateur d'assurance et l'isole de la branche d'assurance vie. Selon cet article, la capitalisation correspond « à toute opération d'appel à l'épargne en vue de la capitalisation et comportant, en vue de versements déterminés uniques ou périodiques, directs ou indirects, des engagements déterminés quant à leur durée et à leur montant ». De son côté, la doctrine définit la capitalisation comme ayant pour objet de garantir le versement au souscripteur – ou à ses héritiers en cas de décès prématuré – d'une somme convenue et à la date d'échéance déterminée au contrat<sup>392</sup>. Selon ces définitions, il est admis que la capitalisation représente purement une opération financière qui ne se confond pas avec une opération d'assurance<sup>393</sup>.

**250.** Dans ce sens, en matière concurrentielle, cela permet-il de dire que la capitalisation constitue un marché d'assurance distingué des autres marchés d'assurance de personnes ? En suivant notre raisonnement, l'inclusion du contrat de capitalisation dans les branches d'assurance de l'article R. 321-1 du Code des assurances permettrait-elle de déterminer un marché d'assurance capitalisation ? Le refus de la cour de cassation dans son arrêt *Leroux*<sup>394</sup> de soumettre les contrats de capitalisation à certaines règles applicables à l'assurance vie favoriserait-il le refus d'accorder à la capitalisation de

---

391V. dans ce sens V. Nicolas, *op. cit.*, p. 85.

392V., dans ce sens J. Bigot ss dir., J. Beauchard, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayeux, V. Nicolas, *op. cit.*, p. 122 ; V. Nicolas, *op. cit.*, p. 513.

393J. Bigot ss dir., J. Beauchard, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayeux, V. Nicolas, *op. cit.*, p. 218.

394Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 juillet 2000, JCP, 6 déc. 2000. A. R. par J. Bigot, chron. L. Mayaux, « L'assurance vie est-elle soluble dans la capitalisation ? » RGDA, 2000, p. 767.

la branche 24 la qualité de produit d'assurance ? Et par conséquent de refuser d'établir un marché d'assurance de capitalisation ? Quelle sera la réponse en prenant en compte la solution de la cour de cassation adoptée dans ses quatre arrêts de la chambre mixte du 23 novembre 2004 ? Puisque dans ceux-ci, la chambre mixte a reconnu la qualification d'assurance aux contrats d'assurance vie-décès dits contrat d'assurance mixte gérés en capitalisation<sup>395</sup>. L'Autorité de la concurrence pourrait dans cette circonstance et en raison de la séparation de la capitalisation de l'assurance vie par l'article R. 321-1 du Code des assurances considérer qu'un marché d'assurance de capitalisation est distinct de celui d'assurance vie décès ou d'assurance mixte. Cette distinction a été indiquée par l'autorité dans son avis de 1998 où elle a intégré la capitalisation parmi les opérations d'assurance de personne et en la définissant comme une opération d'épargne-assurance garantissant le versement d'un capital déterminé à l'échéance du contrat.

---

395Ch. mixte. 23 novembre 2004, *Bull. Civ.* N° 4 ; *Supra*, n° 77 et s.

### §3. Le marché de réassurance

**251.** En dernier lieu, le Code des assurances, comme il a été indiqué<sup>396</sup>, distingue l'activité de réassurances des autres activités d'assurance<sup>397</sup>. Les parties sont l'une et l'autre des opérateurs professionnels d'assurance. Selon la pratique professionnelle et décisionnelle, la réassurance a pour objet de prendre en charge tout ou partie des risques assurés par un opérateur primaire d'assurance<sup>398</sup>. Cette technique permet aux sociétés d'assurances de garantir auprès des sociétés de réassurance une partie des risques pour lesquels elles sont engagées auprès de leurs assurés. C'est en effet un moyen supplémentaire utilisé par l'assureur pour respecter ses engagements vis-à-vis de l'assuré lorsque survient un sinistre puisqu'il a lui-même la possibilité de se faire rembourser par le réassureur une partie ou l'intégralité des sommes versées<sup>399</sup>.

**252.** Ainsi, à côté des marchés d'assurances de dommages et de personnes un marché de réassurance doit être distingué. Dans leurs décisions en matière de concentration, les autorités de concurrence européenne et nationale ont adopté la thèse selon laquelle la réassurance constitue un marché distinct en raison de la spécificité de l'objet (la répartition des risques entre assureurs) et des contraintes réglementaires moins fortes pesant sur cette activité<sup>400</sup>. Les caractéristiques des parties contractuelles et les objectifs recherchés par la souscription d'une telle assurance soutiennent la

---

396*Supra*, définition concurrentielle de la réassurance n° 96 et s

397Art. L. 310-1-1 du Code des assurances.

398ADIC., Déc., n° 12-DCC-36, 19 mars 2012, préc. ; Déc., n° 10-DCC-52, 2 juin 2010, relative à la création d'une Société de Groupe d'Assurance Mutuelle (« SGAM ») par la MACIF, la MAIF et la MATMUT.

399www.ffsa.fr, Fédération Française des Sociétés d'assurance, « Les activités d'assurance », Page consultée le 29 avril 2015.

400V., dans ce sens ADLC, déc., n° 14-DCC-182, 12 décembre 2014, relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe Humanis d'un portefeuille de contrats d'assurance ; ADLC., déc., n° 14-DCC-171, 21 novembre 2014, relative à la prise de contrôle exclusif de Skandia Life SA et Skandia Invest SA par le groupe paritaire de protection sociale Apicil ; Comm. CE, 19 janvier 2005, aff. COMP/M.3556 FORTIS/BCP ; Comm. CE, 18 décembre 2001, aff. COMP/M.2676, SAMPO/VARMA SAMPO/IF HOLDING.

distinction du marché de la réassurance des autres marchés d'assurances de dommages et de personnes.

**253.** En outre, la Commission européenne, suivie par l'Autorité de la concurrence, a indiqué que le marché de la réassurance pouvait être segmenté en marché de réassurance vie et non vie, et éventuellement en différents marchés selon le type de risques assurés<sup>401</sup>. Mais la Commission européenne retient surtout une approche globale, dans la mesure où le marché de la réassurance se caractérise surtout par l'offre. En effet, compte tenu de très faibles barrières à l'entrée et de la présence de courtiers spécialisés, la concurrence s'exerce essentiellement entre les réassureurs qui peuvent aisément offrir une couverture pour tout type de risque. Cependant, la particularité de l'ampleur de certains risques peut être de nature à invalider cette approche. À ce propos, pour les risques aérospatiaux, dans une décision<sup>402</sup>, la commission a considéré que l'ampleur des risques couverts a pour conséquence de caractériser un marché spécial de réassurance<sup>403</sup>.

**254.** Pour conclure sur les marchés d'assurance standards, il faut indiquer qu'en raison de la réglementation du secteur des assurances, marchés d'assurance et contrats d'assurance relevant des différentes branches d'assurance constituées à l'article R. 321-1 du Code des assurances sont étroitement liés. La détermination des différents marchés d'assurance est liée à la classification mise en place par la réglementation européenne et nationale. La soumission du secteur des assurances à la réglementation empêche que d'autres produits et services non autorisés par la réglementation soient mis en place par les opérateurs d'assurance. Par conséquent, une liste des marchés matériels pertinents peut être adoptée dans la limite de la liste des produits et services d'assurance susceptibles d'être proposés par les opérateurs d'assurance selon la réglementation européenne et nationale.

**255.** Pourtant, le cadre réglementaire n'a pas empêché les professionnels assureurs de jouer leur rôle et d'élaborer de nouveaux produits et services d'assurances au sein des différentes branches d'assurance. Ainsi, ceux-ci se sont vus diviser en sous branches limitativement variables.

---

401V., par exemple Comm. CE, 18 septembre 1998, aff. COMP/M. 1306, *Berkshire Hathaway/General RE* ; Comm. CE, 7 février 1997, aff. COMP/M. 880, *Schweizer RE/Uniorias* ; ADC. Déc., n° 10-DCC-117, 14 septembre 2010 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Secura par le groupe QBE Insurance, pt. 8 et s.

402Comm. CE, 28 février 2003, aff. COMP/M. 3035, *Berkshire Hathaway/Converium/Gaum*, pt. 34.

403L. Grynbaum, *Assurances, Acteurs, Contrats, Risques des consommations, Risques des entreprises*, L'ARGUS Éditions, 2013-2014, p. 112.

## Section II-Les marchés personnalisés d'assurance

**256.** L'univers des risques ou des événements à couvrir pour chaque branche d'assurance paraît en forte expansion et mutation. Aux risques traditionnels s'ajoutent tous les risques nouveaux issus des développements scientifiques et technologiques, des évolutions économiques et financières, des transformations sociales et sociétales. Ainsi, bien que la réglementation détermine les risques ou les événements pouvant être couverts par les opérateurs d'assurance, la nature, la dimension et les caractéristiques de ceux-ci changent d'un assuré à un autre, d'un bien à un autre. Les risques ou les événements de futur apparaissent de plus en plus liés au comportement de chaque acteur, particulier ou professionnel. Ils deviennent plus progressifs qu'accidentels. Les risques ou les événements du futur sont aussi plus durables que par le passé, et parfois irréversibles, à l'instar de certains dommages à l'environnement<sup>404</sup>.

**257.** Les opérateurs d'assurance sont littéralement plongés dans ce nouvel univers des risques. Ils doivent en permanence élaborer les solutions pour apporter les garanties et les protections adaptées que souhaitent particuliers et professionnels. C'est ainsi que sont mis au point et en permanence produits et services nouveaux et variés, telle la garantie des accidents de la vie, la garantie des risques liés aux entreprises, la garantie des accidents professionnels, la garantie contre les risques résultant de l'utilisation d'un véhicule à moteur, la garantie multirisque habitation, etc.

**258.** En pratique, la plupart des contrats délivrés par les opérateurs d'assurances comportent des garanties relevant de plusieurs branches. Dans la conjoncture juridique et économique actuelle, l'assurance permet de répondre à des besoins de couverture de plus en plus sophistiqués,

---

<sup>404</sup>Rapport annuel, 2000, FFSA, p. 4 ; Cf., J. Monnet, « Assurance des catastrophes naturelles et risque sécheresse », Mélanges Jean Beauchard, *LGDJ* 2013, p. 675 ; J. Moury, « Le droit confronté à l'omniprésence du risque », *D.* 2012, p. 1020 ; C. Thibierge, « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *D.* 2004, p. 577.

d'individualiser les garanties tout en mutualisant les risques sur de très larges communautés. Pour cela les opérateurs d'assurance procèdent à un classement des risques pour obtenir l'« homogénéisation » de ceux-ci grâce aux catégories et sous-catégories. Ce classement s'opère selon la nature (incendie, vol, décès), l'objet (choses ou personnes semblables) ou la valeur du risque ou de l'événement à prévenir, comme par exemple les assurances de moto ou d'automobile, d'habitation, de transport, etc. En matière d'assurance automobile l'assureur fait, par exemple, la distinction entre les petites, les moyennes et les grosses cylindrées. Puis, à l'intérieur de celle-ci, une seconde est faite en fonction de l'âge du conducteur et de son expérience, l'adresse de l'assuré, etc. Et c'est toute la technique de la segmentation<sup>405</sup>. Ainsi, la satisfaction de la demande et des besoins des différents consommateurs visés par tel ou tel assurance automobile n'est pas similaire ou identique pour chaque produit appartenant à la même branche.

**259.** En fin de compte, cela conduit, en matière concurrentielle, à subdiviser les marchés d'assurances relatifs aux différentes branches en sous marchés plus variés. La pratique décisionnelle européenne et nationale rappelle qu'il est possible de retenir une définition beaucoup plus fine du marché pertinent, en segmentant les marchés des assurances vie et non vie en autant de marchés de produits et services qu'il existe des risques couverts. Il a en effet été admis que les assurances couvrant des risques variés et distincts ne sont pas substituables du point de vue des consommateurs. La mise en œuvre de critères de substituabilité plus précis a ainsi conduit la Commission européenne à reconnaître l'existence d'un marché d'assurance directe<sup>406</sup>, de la prévoyance complémentaire et de l'assistance<sup>407</sup>, des risques feu et transport<sup>408</sup>, de l'assurance caution<sup>409</sup> : les différentes assurances ont des caractéristiques, des objectifs et des primes différents, et ne sont donc pas substituables du côté de la demande. La définition peut en outre être affinée en fonction du type de client couvert (particulier ou entreprise)<sup>410</sup>.

**260.** Ainsi, en matière concurrentielle, une analyse plus approfondie de la pratique professionnelle doit-elle être mise en place dans le secteur des assurances afin de permettre de démontrer l'effet du caractère pragmatique des produits et services d'assurance sur la détermination des marchés matériels pertinents (**Paragraphe 1**). Mais, la recherche de certains acteurs économiques de couvrir des événements spécifiques contribue plus particulièrement à revaloriser la personnalisation de

---

405B. Beignier, *Droit des assurances*, Paris, Lextenso éd., 2011, p. 19.

406Comm. CE, 3 avril 1995, aff. IV, M. 539, Allianz/Elvia et Lloyd Adriatico.

407Comm. CE, 26 juillet 1995, aff. IV, M. 606, Generali/Comit/Previnet.

408Comm. CE, 14 mars 1995, aff. IV, M. 518, Winthertür/Schweize Rück.

409Ibid.

410L. Grynbaum, *op. cit.*, p. 107.

certaines marchés d'assurance (**Paragraphe 2**).

## §1. La diversité des marchés d'assurance dans les sous branches d'assurances

**261.** La pratique décisionnelle démontre que les différents produits d'assurance, appartenant aux sous-branches et relevant des deux catégories d'assurance vie et non-vie, en l'occurrence en droit interne, assurance de personnes et assurance dommages, permettent de délimiter différents marchés d'assurance en application des critères économiques du droit de la concurrence.

**262.** Dans cet ordre d'idée, en raison des caractéristiques distinctes des produits d'assurance relevant de la même sous-branche, peuvent également être délimités, dans la même sous-branche, plusieurs marchés. Ce sont les critères économiques qui vont jouer leur rôle pour délimiter les différents marchés ressortissant d'une même branche ou sous-branche. Ainsi, en soutenant la thèse selon laquelle un sous marché peut être considéré au sein d'un marché plus vaste, notamment lorsqu'il s'adresse à diverses catégories d'acheteurs<sup>411</sup>, le résultat est alors de personnaliser le marché appartenant à ces sous-branches. La Commission européenne a précisé que « *les assurances couvrant des risques différents ne sont pas substituables du point de vue des consommateurs* »<sup>412</sup>.

**263.** Dans ce sens, on relatera à titre non-exhaustif les différents sous-marchés d'assurance susceptibles d'être déterminés par la pratique décisionnelle et jurisprudentielle et relevant des sous-branches d'assurances de dommages (A) et de personnes (B).

---

411D. Maigy, J.L. Respaud et M. Depincé, *Droit de la concurrence*, Paris, Litec, 2010, p. 230.

412Comm. CE, 20 décembre 1996, aff. M 862, AXA/UAP.

## A-Sous-marchés d'assurances de dommages (non vie)

**264.** L'expérience pratique et décisionnelle semble avoir conduit l'Autorité de la concurrence à instaurer une liste indicative des sous marchés d'assurances de dommages. Ainsi, dans plusieurs décisions relatives à des opérations de concentration<sup>413</sup> distingue-t-elle les assurances offertes aux professionnels et celles offertes aux particuliers. Dans ces derniers, l'autorité cite les assurances multirisque habitation, automobile, responsabilité civile, garantie de loyers impayés, protection juridique, moyens de paiement, construction, transport, voyage et l'extension de garantie pour les produits hifi, électroménagers, et informatiques. Quand aux assurances offertes aux professionnels, elle cite les assurances pour la flotte automobile, l'assurance du transport maritime, aérien ou fluvial, l'assurance des risques industriels, l'assurance de la responsabilité civile professionnelle, la protection juridique, l'assurance des opérations de crédit, l'assurance construction, l'assurance des biens professionnels et l'assurance des accidents du travail<sup>414</sup>.

**265.** Malgré l'importance pratique de cette délimitation, l'assurance dommages en droit national ou non vie en droit européen peuvent faire l'objet d'une ventilation détaillée en fonction de chacun des risques ou des événements assurés<sup>415</sup>. C'est dans cet ordre d'idées que les marchés retenus dans les nombreuses décisions des autorités de la concurrence dans le secteur des assurances se varient selon les cas. Les autorités de concurrence européenne et nationale ont eu l'occasion de distinguer plusieurs marchés d'assurance spécifiques au sein de mêmes marchés.

**266.** Dans deux décisions relatives à l'assurance sportive, l'Autorité de la concurrence a pu distinguer entre plusieurs marchés d'assurance relative à la pratique du sport. Dans une décision relative à des pratiques mises en place par l'organisation française du ski sur le marché d'assurance<sup>416</sup>, le Conseil de la concurrence a identifié un marché d'assurance de dommages subis

---

413 V. par exemple ADLC, déc., n° 09-DCC-16, relative à une fusion entre les groupes Caisse d'Épargne/Banque Populaire ; ADLC, déc., n° 10-DCC-52, 2 juin 2010, relative à une opération de création d'une Société de Groupe d'Assurance Mutuelle {« SGAM »} par la MACIF, la MAIF, la MATMUT ; ADLC, déc., n° 10-DCC-138, 19 octobre 2010, relative à une opération de prise de contrôle exclusif de MFPrévoyance par CNP Assurances.

414L. Grynbaum, *op. cit.*, p. 111.

415 *Ibid.*, p. 110.

416ADLC, déc., n° 96-D-40, 14 mai 1996, relative à la situation de la concurrence dans le secteur de l'assurance ski.

par les skieurs, de frais de secours et d'assistance spécifique lié à la pratique du ski. Dans une autre décision<sup>417</sup> relative à l'assurance du sport, l'Autorité de la concurrence a, après avoir identifié un marché particulier d'assurance liée à la pratique du golf, distingué plusieurs marchés d'assurance à l'intérieur de ce marché particulier. Ainsi, selon l'analyse de l'autorité, dans ce domaine, plusieurs marchés d'assurance liées à la pratique du golf peuvent être distingués ; un marché d'assurance obligatoire de responsabilité civile à destination des associations sportives (groupements sportifs, des exploitants d'établissements d'activités physiques et sportives et des autres organisateurs de manifestations sportives)<sup>418</sup> ; un marché d'assurance de personne à destination des pratiquants sportifs couvrant les dommages corporels auxquels ils sont exposés. Celui-ci peut être divisé en deux marchés, l'un individuel et l'autre collectif, puisque le contrat d'assurance de cette sous-branche peut être souscrit à titre individuel auprès de tout opérateur d'assurance ou à titre collectif dans le cadre d'une assurance de groupe souscrite par l'association sportive<sup>419</sup> ; et finalement un marché d'assurance complémentaire à destination des sportifs et couvrant les frais médicaux et/ou le versement d'un capital en cas d'accident entraînant une invalidité ou le décès<sup>420</sup>.

**267.** Sur d'autres marchés, le conseil de la concurrence, suite à une saisine de demande d'avis<sup>421</sup> relatif à une clause contractuelle concernant les conditions de garantie et de prime proposés en matière de coassurance des risques industriels, a distingué entre plusieurs notions d'assurance des risques industriels, comme celle de risque d'entreprise, de risque de grands comptes et de grand risque. Celles-ci ne sont pas équivalentes selon l'avis à celle de risque industriel. Selon le conseil, du fait du risque industriel, désigné dans la saisine, il faudrait utiliser le concept du grand compte qui est un marché à part sur mesure où interviennent surtout les courtiers et il place ce marché au-dessus du grand risque<sup>422</sup>.

**268.** Dans un autre cas, concernant l'assurance de responsabilité civile professionnelle obligatoire ou facultative, destinée à tous types d'entreprises, le conseil de la concurrence a caractérisé plusieurs marchés de produit d'assurance de responsabilité civile professionnelle. Ainsi, a-t-il été déterminé un marché d'assurance de responsabilité civile professionnelle des avocats<sup>423</sup> et un marché

---

417 ADC., déc., n° 12-D-29, 21 décembre 2012 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution d'assurances complémentaires à destination des joueurs de golf.

418 *Ibid.*, pt. 32.

419 *Ibid.*, pt. 36.

420 *Ibid.*, pt. 41.

421 Cons. Conc. Avis, n°03-A-19, 17 novembre 2003, relative à une demande de la fédération française des courtiers d'assurance et de réassurance portant sur les conditions de négociation des contrats de coassurance des risques industriels.

422 *Ibid.*, pt. 5.

423 Cons. Conc. Déc., n° 03-D-03, 5 juillet 2005, relative à des pratiques mises en œuvre par le barreau des avocats de

d'assurance de responsabilité civile professionnelle médicale<sup>424</sup>. S'il y a une assurance de responsabilité civile professionnelle imposée sur tous les professionnels, on observe par ces décisions que le marché, lié à ce produit, est diversifié en fonction des destinataires assurés. Dans ces deux cas, il ne s'agissait pas d'une confrontation directe entre ces deux marchés, mais on les retient à titre d'exemple sur l'impossibilité d'une substituabilité entre ces deux produits qui font partie de la même catégorie de produits d'assurance relevant de la même branche d'assurance. En outre, dans l'assurance de responsabilité civile médicale, le Conseil de la concurrence a fait une distinction entre deux marchés d'assurance distincts. Un est lié à la responsabilité civile médicale à destination des médecins généralistes et l'autre est lié à la responsabilité civile médicale à destination des échographistes fœtaux<sup>425</sup>. Donc, selon le domaine professionnel et la spécialité au sein de chaque profession, l'assurance de responsabilité ouvre la voie pour établir différents marchés d'assurance liés à la couverture des risques résultants de l'engagement de la responsabilité civil.

**269.** De même, concernant l'assurance multirisque habitation, le conseil de la concurrence a, dans une décision de 2002<sup>426</sup>, délimité un marché d'assurance multirisque habitation du patrimoine locatif des collectivités locales. Le fait que ce marché est organisé par des courtiers et soumis au Code des marchés publics, obligeant à un appel d'offre, distingue celui-ci du marché général d'assurance multirisque habitation.

**270.** Dans le même esprit d'analyse, dans une décision relative à l'assurance automobile<sup>427</sup>, le Conseil de la concurrence a caractérisé un marché d'assurance automobile lié au véhicule de collection. Le fait que les clients assurés ont un besoin particulier de couverture avait pour conséquence de distinguer ce marché spécifique du marché d'assurance automobile plus large. En outre, au sein du marché d'assurance automobile, l'analyse économique opère une segmentation entre l'assurance automobile des particuliers et celle des professionnelles. À l'intérieur de chaque marché, une nouvelle segmentation peut être opérée entre l'assurance deux roues et celle de quatre roues en ce qu'elles ne sont pas substituables du point de vue de la demande et de l'offre. Les « 2 roues » concernent un parc hétéroclite de véhicules incluant notamment les motos, les mini-motos, les boosters, les cyclomoteurs, les scooters. La clientèle « 2 roues » se distingue de la clientèle des

---

marseille en matière d'assurances

424 Cons. Conc. Déc., n° 06-D-34, 9 novembre 2006, relative à des saisines concernant le domaine de l'assurance de la responsabilité civile médicale.

425 *Ibid.*, pt. 56.

426 Cons. Conc. Déc., n° 02-D-76, 19 décembre 2002, relative à une saisine de la société CGU Courtage concernant un marché public de l'OPAC de Villeurbanne.

427 Cons. Conc. Déc., n° 04-D-41, 4 août 2004 relative à une saisine de la société d'études et de souscription d'assurances (SESA) concernant le marché de l'assurance des véhicules de collection.

« 4 roues », dans la mesure où les risques et les besoins des assurés ne sont pas similaires. De surcroît, la tarification d'un contrat d'assurance automobile « 2 roues » se fait selon l'âge et le sexe du conducteur, le nombre d'années de permis moto et/ou auto et la cylindrée du « 2 roues ». Enfin, cette cible est plus sujette à la sinistralité que le « 4 roues », ce qui a des répercussions significatives sur le calcul de la prime d'assurance<sup>428</sup>.

**271.** De son côté, la Commission européenne n'a pas hésité à isoler différents sous-marchés d'assurance. Dans ce sens, dans certaines décisions relatives à l'assurance de crédit, elle a subdivisé ce marché particulier en plusieurs segments. Elle a notamment distingué le marché d'assurance de crédit dite « *delcredere* » d'autres types de marchés d'assurance crédit, comme celui lié aux crédits à la consommation ou aux crédits pour les biens d'équipement ou les services. Puis, au sein du même marché d'assurance de crédit dite *delcredere*, elle a distingué un marché d'assurance de crédit lié à l'export et un autre domestique<sup>429</sup>.

## **B-Sous-marchés d'assurances de personnes (vie et capitalisation)**

**272.** Comme l'assurance dommages ou non vie, l'assurance de personnes ou vie et capitalisation fait l'objet d'une subdivision au sein de ses branches. Cette segmentation a été retenue par la pratique décisionnelle et jurisprudentielle. En effet, celle-ci montre que la mise en place au sein de chaque marché des produits et services d'assurance à caractères divers soutient la subdivision de chaque marché en autant de sous-marchés qu'il existe d'assurances couvrant les différents types de risques spécifiques.

**273.** La Commission européenne trie, a priori, trois marchés pertinents de l'assurance vie. Ainsi,

---

428V., dans ce sens ADC. Déc., n° 10-DCC-52, 2 juin 2010 relative à la création d'une Société de Groupe d'Assurance Mutuelle (« SGAM ») par la MACIF, la MAIF et la MATMUT, pt. 20.

429Assurance dite « *delcredere* » est définie comme l'assurance-crédit à l'exportation public belge. Garanti par l'État, sa mission consiste à promouvoir les relations commerciales internationales en proposant aux entreprises et banques une couverture d'assurance-crédit à moyen et long termes contre les risques politiques et commerciaux dans le monde entier. Les transactions assurées concernent surtout les biens d'équipement, projets industriels, travaux et services aux entreprises : Comm. CE, 8 mai 1998, aff. COMP/M. 1082, Allianz/AGF ; Comm. CE, 1er juillet 2002, aff. COMP/M.2805 ; V. dans ce sens L. Grynbaum, *op. cit.*, p. 110.

distingue-t-elle, tout d'abord, le marché des produits de protection couvrant les risques de la vie. Ensuite, elle distingue ce marché de ceux des produits de retraites et des produits d'épargne et d'investissement. Finalement, pour la Commission européenne, une subdivision ultérieure est possible, selon qu'il s'agit de police d'assurance vie collective ou d'assurance vie individuel<sup>430</sup>.

**274.** Dans ses décisions en matière de concentration, l'Autorité de la concurrence a essayé de mettre en place une segmentation globale des marchés d'assurances de personnes. Selon elle, ce marché peut être subdivisé en deux catégories distinctes, une liée aux contrats d'assurance collective, conclus entre un assureur et un souscripteur distinct du bénéficiaire, et une liée aux contrats d'assurance individuelle où le souscripteur est également le bénéficiaire<sup>431</sup>. Dans l'avis précité de 1998<sup>432</sup>, le Conseil a relevé que « *les assurances de personnes peuvent donner lieu à des contrats d'assurance de groupe, souscrits par des chefs d'entreprises, des associations ou des établissements de crédit au profit de personnes qui viendront ultérieurement adhérer à la convention "art. L. 140-1 du Code des assurances" »*.

**275.** En outre, selon l'Autorité de la concurrence, dans chaque catégorie, plusieurs marchés d'assurance de personnes peuvent être délimités. Dans ce sens, elle a caractérisé plusieurs marchés spécifiques d'assurances de personnes, un marché d'assurance liée à la prévoyance qui peut être collective ou individuelle. Il regroupe les produits d'assurance destinés à couvrir les bénéficiaires contre une perte de revenus imprévisible (en cas de décès, d'invalidité ou d'incapacité) au moyen d'un versement sous la forme d'un capital ou d'une rente<sup>433</sup> ; un marché lié à l'assurance santé complémentaire qui peut être segmenté en deux, l'un collectif et l'autre individuel. Il a pour objet de compléter les prestations offertes par les régimes obligatoires d'assurance maladie. Le risque couvert correspond aux frais, non pris en charge par la Sécurité sociale, à engager pour se soigner. Les remboursements complémentaires sont fonction des prestations du régime légal de sécurité

---

430Comm. CE, 20 janvier 2006, aff. COMP/M. 4047, *Aviva/Ark Life*, pt. 10 ; Comm. CE, 3 août 2011, aff. COMP/M. 6217, *Baloise Holding/Nateus/Nateus Life*, pt. 13.

431V. dans ce sens ADLC. Déc., n° 15-DCC-16, 25 février 2015, relative à la création d'une Société de Groupe d'Assurance Mutuelle (« SGAM ») par le Groupe La Mutuelle Générale et le Groupe Malakoff Médéric ; ADLC, déc., n° 14-DCC-161, 5 novembre 2014, relative à la fusion des groupes AG2R La Mondiale et Réunica ; ADLC, déc., n° 14-DCC-182, préc ; ADLC. Déc., n° 10-DCC-138, 19 octobre 2010 relative à la prise de contrôle exclusif de MFPrévoyance par CNP Assurances.

432Cons. Conc. Avis, n° 98-A-03, préc.

433V., ADLC. Déc., n° 10-DCC-138, 19 octobre 2010, relative à la prise de contrôle exclusif de MFPrévoyance par CNP Assurances, pt. 11 ; Cons. Conc. Déc., n° 09-D-07, 12 février 2009, relative à une saisine de la société Santéclair à l'encontre de pratiques mises en œuvre sur le marché de l'assurance complémentaire santé, pt. 123 et s ; Déc., C2008-77 / Lettre du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, 28 octobre 2008 aux conseils de la société Mutuelle Harmonie Mutualité, relative à une concentration dans le secteur des assurances santé complémentaire et de prévoyance.

sociale<sup>434</sup> ; un marché dépendance qui comprend les garanties consistant à verser une prestation, sous forme de capital ou de rente, au bénéficiaire en cas de perte d'autonomie totale ou partielle, permanente ou temporaire. Il peut s'agir également soit de contrats d'assurance collectifs soit de contrats d'assurance individuels<sup>435</sup> ; un marché des contrats collectifs ou individuels d'épargne retraite (forme de retraite complémentaire par capitalisation) ; et, enfin, un marché des contrats collectifs d'épargne salariale (produits permettant aux salariés d'une entreprise de se constituer une épargne défiscalisée)<sup>436</sup>.

**276.** En outre, ces marchés d'assurance peuvent être segmentés en prenant en compte les destinataires de produits ou services offerts. À cet égard, l'Autorité de la concurrence a pu distinguer plusieurs sous marchés au sein du marché d'assurance complémentaire santé. Ainsi, dans diverses décisions précitées, le marché d'assurance complémentaire santé a été segmenté entre marché à destination des joueurs de golf<sup>437</sup> et un autre à destination des pratiquants de ski<sup>438</sup>. Si le marché est celui de l'assurance complémentaire santé en général, la destination à des joueurs de golf ou à des pratiquants de ski différencie ces deux marchés du marché général d'assurance complémentaire santé.

**277.** Dans le domaine des assurances collectives, il importe d'indiquer que la distinction pratique au sein des assurances collectives entre assurance obligatoire et assurance facultative, conduit à différencier deux marchés d'assurance collective, un lié aux assurances collectives obligatoires et l'autre lié à celles facultatives. En effet, les conditions d'inscription et les garanties dans chaque marché sont différentes. Selon la loi, le régime spécifique applicable lorsque les salariés sont obligés d'adhérer au régime de prévoyance obligatoire souscrit par leur employeur ne l'est pas lorsque les assurances collectives sont souscrites à titre facultatif et individuel<sup>439</sup>.

---

434V., Déc., C2008-77 préc. ; Déc., C2007-49 / Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'emploi, 21 août 2007, aux conseils de l'Institut de prévoyance AG2R Prévoyance et la société La Mondiale, relative à une concentration dans le secteur de l'assurance prévoyance santé et retraite.

435 V., ADLC. Déc., n° 10-DCC-138, 19 octobre 2010, relative à la prise de contrôle exclusif de MF Prévoyance par CNP Assurances ; Déc., n° 11-DCC-12, 1er février 2011, relative à la création d'une Union Mutualiste de Groupe par les groupes MGEN, MNH, la MNT, la MGET et la MAEE.

436 Lettre du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, 16 juillet 2003 aux conseils de la société Quatrem Assurances collectives, relative à une concentration dans le secteur de l'assurance collective, BOCCRF, 12 mars 2004, p. 144.

437ADLC., déc., n° 12-D-29, préc. pt., 96.

438Cons. Conc. Déc., 03-D-31, préc.

439V., dans ce sens M. Bigot-Gonçalves, *Les assurances de groupe*, Aix-En-Provence, Presses Universitaires, 2009, p. 61 et 71.

**278.** En général, L'autorité française de la concurrence<sup>440</sup> indique que les assurances de personnes recouvrent les assurances en cas de vie, les assurances en cas de décès, les assurances mixtes (offrant à la fois et de façon alternative une garantie en cas de vie et une garantie en cas de décès), les bons de capitalisation et les assurances de dommages corporels (regroupant le remboursement de frais de soin en complément des régimes obligatoires d'assurance maladie ainsi que le versement d'un capital en cas de décès par accident ou d'indemnités en cas d'incapacité de travail ou d'invalidité). Cependant, ces assurances de personnes peuvent se segmenter en divers produits et services d'assurance. Conformément à la pratique professionnelle et la doctrine, les assurances en cas de décès peuvent être proposées sous formes d'assurance temporaire-décès<sup>441</sup>, d'assurance vie-entière<sup>442</sup> et d'assurance survie<sup>443</sup>. De même, l'assurance en cas de vie peut prendre la forme d'assurance vie de capital<sup>444</sup> ou d'assurance vie de rente<sup>445</sup>. Et finalement, les assurances accidents maladies peuvent être combinées dans un contrat selon les types d'accidents et de maladies à couvrir par rapport aux besoins des assurés. Les produits d'assurances de personnes peuvent également être un instrument de prévention et de protection contre les accidents et maladies de la vie, d'épargne, de prévoyance, de crédit ou de transfert de patrimoines<sup>446</sup>. Ainsi, en se rapportant à l'objectif de chaque assuré la substituabilité lorsqu'elle sera admise pour un assuré, elle ne le sera pas pour un autre assuré. Ainsi, les marché d'assurance de personnes peut être segmenté en autant de marchés et sous-marchés qu'il existe des produits et services distincts.

**279.** À cet égard, dans le marché d'assurance de personnes, la détermination d'un marché d'assurance obsèques<sup>447</sup> n'a pas également empêché l'ADLC d'y distinguer plusieurs marchés d'assurances obsèques. Dans un avis relatif au marché d'assurance funéraire, le Conseil de la

440Cons. Conc. Avis, n° 98-A-03, préc.

441Selon cette forme d'assurance l'assureur s'engage, moyennant le paiement de primes par un souscripteur, à régler un capital pour le cas où le décès de l'assuré surviendrait au cours de la période d'exécution du contrat : V., J. Bigot ss dir., J. Beauchard, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayeux, V. Nicolas, *op. cit.*, p. 114 ; V. Nicolas, *op. cit.*, p. 503 ; J. Bonnard, *op. cit.*, p. 326.

442L'assurance en cas de décès « vie-entière » garantit au bénéficiaire désigné par le contrat d'assurance, le versement d'un capital par l'assureur, en cas de décès de l'assuré, quelle que soit la date de celui-ci : V., J. Bigot ss dir., J. Beauchard, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayeux, V. Nicolas, *op. cit.*, p. 114 ; V. Nicolas, *op. cit.*, p. 505 ; J. Bonnard, *op. cit.*, p. 327.

443Dans cette forme d'assurance en cas de décès, l'assureur n'est tenu de payer le capital fixé au bénéficiaire qu'en cas de survie de ce dernier à l'assuré : V., J. Bigot ss dir., J. Beauchard, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayeux, V. Nicolas, *op. cit.*, p. 115 ; V. Nicolas, *op. cit.*, p. 507 ; J. Bonnard, *op. cit.*, p. 329.

444L'assurance en cas de vie de capital consiste dans le paiement d'un capital déterminé si l'assuré est encore vivant à une date donnée ou date anniversaire du contrat : V., J. Bigot ss dir., J. Beauchard, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayeux, V. Nicolas, *op. cit.*, p. 115 ; V. Nicolas, *op. cit.*, p. 508 ; J. Bonnard, *op. cit.*, p. 332.

445L'assurance vie de rente consiste dans le paiement des rentes différés à compter de la date anniversaire du contrat : V., J. Bigot ss dir., J. Beauchard, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayeux, V. Nicolas, *op. cit.*, p. 115 ; V. Nicolas, *op. cit.*, p. 508 ; J. Bonnard, *op. cit.*, p. 332.

446V., dans ce sens J. Bigot ss dir., J. Beauchard, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayeux, V. Nicolas, *op. cit.*, p. 112.

447V., par exemple, ADLC, déc., n° 09-D-27, 30 juillet 2009, relative à des pratiques mises en œuvre par la Mutualité de La Réunion et les mutuelles décès qui lui sont affiliées.

concurrence après avoir rappelé le rattachement du contrat d'assurance de prévoyance funéraire à la catégorie des contrats d'assurance vie, a fait une distinction entre « *les contrats de prévoyance avec une simple garantie en capital et ceux portant sur des prestations funéraires (...)* »<sup>448</sup>. Il a également indiqué que cette seconde catégorie recoupe deux types de produits relativement hétérogènes, ceux offrant des prestations funéraires standardisées vendues par le canal de réseau bancaire et la poste, et ceux offrant des prestations définies vendues directement par les opérateurs funéraires. Il en déduit que « *si l'existence d'un marché de la prévoyance funéraire est retenue, des marchés plus étroits sont envisageables, d'une part, le marché des contrats de prévoyance en capital sans mention de prestations funéraires et, d'autre part, celui des contrats en prestations, dont il n'est pas exclu qu'il puisse se subdiviser en deux sous-marchés, celui des contrats "personnalisés" et celui des contrats "standardisés", en raison du caractère spécifique de l'offre et de la demande sur ces produits* »<sup>449</sup>. Dans cet avis, la référence à la demande « approche subjective » de deux catégories de clientèle, le défunt lui-même ou les membres de sa famille, était l'élément déterminant lors de la délimitation du marché du produit d'assurance.

**280.** Par ailleurs, dans la catégorie des assurances de personnes, l'assurance emprunteur proposant des garanties liées à l'incapacité/invalidité et perte d'emploi a été considérée comme un marché distinct. En effet, l'Autorité de la concurrence l'a différenciée des autres assurances de prévoyance. Car, cette assurance est souscrite par un particulier à l'occasion d'un crédit immobilier ou à la consommation afin de garantir le remboursement du crédit en cas de survenance d'un certain nombre d'événements incertains liés à la vie humaine<sup>450</sup>.

**281.** Les exemples se multiplient et ne se limitent pas. Les besoins particuliers des assurés potentiels sont variés. La combinaison entre différents produits et services d'assurance se pratique par l'ensemble des opérateurs d'assurance. À cela s'ajoute l'intervention des intermédiaires spécialisés dans le secteur des assurances qui en personnalisant les différents produits et services d'assurance, contribue de plus en plus à la segmentation des marchés d'assurance.

---

448 Cons. Conc., Avis, n° 05-A-12, 21 juin 2005, relative aux conditions de commercialisation de contrat de prévoyance funéraire au regard de droit de la concurrence, pt. 27.

449 *Ibid.*, pt. 30.

450 ADLC. Déc., n° 10-DCC-138, 19 octobre 2010, relative à la prise de contrôle exclusif de MFPrévoyance par CNP Assurances, pt. 12.

## §2. Le rôle des intermédiaires dans la personnalisation du marché

**282.** Un autre critère économique, ayant un rôle sur la délimitation du marché matériel en matière concurrentielle peut venir jouer un rôle essentiel dans le domaine des assurances. Il s'agit du mode de commercialisation des produits et services. En effet, ceux-ci peuvent être commercialisés par les sociétés d'assurance elles-mêmes (assurance directe) ou via des réseaux de distribution gérés par des intermédiaires et pour le compte des opérateurs assureurs. En vertu du premier alinéa du I de l'article L. 511-1 du Code des assurances l'intermédiation en assurance est une « *activité qui consiste à présenter, proposer ou aider à conclure des contrats d'assurance ou de réassurance ou à réaliser d'autres travaux préparatoires à leur conclusion* ».

**283.** Selon l'Autorité de la concurrence, les intermédiaires assurent la commercialisation et la gestion du marché de la distribution en aval des différents produits et services d'assurance. Ces marchés d'intermédiation peuvent également être segmentés en fonction de la catégorie de risques assurés (assurance de dommages et assurance de personnes) et selon la clientèle (entreprises ou particuliers)<sup>451</sup>.

**284.** Deux des catégories d'intermédiaires envisagées par l'article R. 511-2 du Code des assurances jouent, en raison de leur importance particulière, un rôle primordial dans la personnalisation des produits et services d'assurance. Il s'agit d'une part des courtiers et d'autre part des agents généraux.

---

<sup>451</sup>V., par exemple plus récemment ADIC. Déc., n° 15-DCC-16, 25 février 2015, relative à la création d'une Société de Groupe d'Assurance Mutuelle (« SGAM ») par le Groupe La Mutuelle Générale et le Groupe Malakoff Médéric, pt. 17.

**285.** Les agents généraux d'assurance sont souvent considérés comme des mandataires de l'assureur dans la prospection de la clientèle. Mais exceptionnellement, ils sont considérés comme mandataires des assurés lorsque ce dernier lui demande une prestation de couverture complémentaire personnalisée étrangère aux prestations de l'entreprise d'assurance mandante<sup>452</sup>.

**286.** Le courtage est l'opération par laquelle un intermédiaire met en relation deux personnes en vue de la conclusion d'un contrat d'assurance particulier. Le courtier d'assurance est mandataire de l'assuré<sup>453</sup>. Il représente donc l'assuré auprès de l'assureur. Concrètement, il étudie le risque d'un client potentiel et il démarché, pour le compte de celui-ci, les entreprises d'assurance pour négocier les meilleures garanties et tarifs qui satisfont les besoins de chaque assuré<sup>454</sup>.

**287.** Certains assurés comme les chefs d'entreprises ou les entrepreneurs qui désirent assurer un risque industriel ou commercial, s'adressent à un intermédiaire. Souvent cette intermédiaire est un courtier. Dans ce cas, celui-ci présente la demande de garantie à une compagnie d'assurance qu'il estime être la plus appropriée au risque de son client. En général, cette compagnie n'accepte qu'un pourcentage limité du risque. Le courtier propose alors aux autres opérateurs d'assurance de prendre une part dans la couverture du risque de son client jusqu'à l'obtention d'une couverture complète. Dans cet ordre d'idées, la loi Porcher de 1997 a ouvert la possibilité aux courtiers de réaliser des prestations de conseil telles que la conception de produits sur mesure<sup>455</sup>. En revanche, si l'intermédiaire est un agent général, étant mandataire de l'entreprise d'assurance mandante, il commence par placer le ou les risques auprès de la société qu'il représente, puis, sous certaines conditions, il contacte d'autres sociétés pour obtenir une couverture complète du ou des risques non pris en charge par l'entreprise mandante<sup>456</sup>.

**288.** Les courtiers, intermédiaires d'assurance, interviennent souvent sur une demande des assurés potentiels. Mais il se peut que les opérateurs d'assurance les sollicitent. Pour le premier cas, il peut s'agir d'une grande entreprise industrielle ou commerciale qui cherche à placer ses risques spécifiques auprès d'un ou plusieurs assureurs. Dans ces conditions, le courtier peut recourir à la technique de coassurance afin de placer le ou les différents risques auprès de plusieurs assureurs. Dans le deuxième cas, il s'agit des compagnies d'assurance qui veulent s'assurer auprès d'autres

---

452 Cf., J. Bonnard, *op. cit.*, p. 64.

453 Cass. 1<sup>er</sup> civ., 15 mai 1990 : bull.civ. 1990, I, n°103

454 J. Bonnard, *op. cit.*, p. 69.

455 Loi n° 97-308, 7 avril 1997, modifiant les articles 54, 62, 63 et 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, *JORF*, n°0082, 8 avril 1997, p. 5323.

456 J. Bonnard, *op. cit.*, p. 73.

compagnies d'assurance. Dans cet état, le courtier apprend à connaître les besoins des assureurs et les possibilités de réassurance. Il obtient des assureurs l'autorisation de placer tout ou partie de leur programme de réassurance, puis prend contact avec les réassureurs pour placer au mieux les risques à réassurer<sup>457</sup>. Donc à chaque fois qu'un assuré de grande ampleur ou qu'un assureur charge un courtier de placer ses risques auprès d'un ou plusieurs assureurs, ce dernier tente de négocier, au cas par cas, les conditions particulières de couverture pour chaque type de risque. Par conséquent, chaque prestation pourrait faire l'objet d'un marché spécifique et particulier pour chaque assuré. Ainsi, ce mécanisme mis en place par les intermédiaires conduit à personnaliser les produits et services d'assurance selon les exigences et les besoins de chaque potentiel client assuré, de sorte que chaque prestation fait l'objet d'un marché distinct.

**289.** Par ailleurs, les conditions de négociation entre intermédiaires et assureurs de certains contrats particuliers d'assurance peuvent se montrer spécifiques et caractérisent un marché particulier d'assurance dans lequel des pratiques anticoncurrentielles peuvent être identifiées. Dans son avis<sup>458</sup> portant sur la compatibilité aux règles de concurrence de la clause dite « *l'assureur le plus favorisé* »<sup>459</sup> insérée lors de négociation des contrats de coassurance dans le domaine des risques industriels, l'Autorité de la concurrence a précisé lors de la délimitation du marché matériel en cause qu'en raison de l'insertion de cette clause lors de négociation de tout contrat de coassurance entre assureurs et courtiers, le marché concerné par l'avis est le marché global de coassurance relatif aux risques d'entreprise résultant de la rencontre d'une offre d'assurance de risque d'entreprise par une société d'assurance et de la demande d'assurance par un courtier, mandataire de son client<sup>460</sup>. Donc, si le Conseil de la concurrence a délimité un marché global de coassurance relatif aux risques d'entreprise, c'est parce que la clause de l'assureur le plus favorisé est insérée dans les contrats ou conventions liant un courtier et un apériteur lors du processus de l'établissement d'un groupement de coassurance afin de couvrir les risques d'entreprise. Toutefois, le Conseil de la concurrence a précisé qu'en dehors du marché en cause concerné par l'avis, le marché d'assurance lié aux risques d'entreprise peut être segmenté en plusieurs marchés distincts. Parmi ceux-ci, le Conseil de la concurrence a précisé que le marché des risques d'entreprise peut se voir segmenter en deux

---

457J. Bigot ss dir., J.L. Bellando, M. Hagopian, J. Moreau, G. Parleani, *op. cit.*, p. 533 et 534.

458Cons. Cons., Avis, n°03-A-19, 17 novembre 2003, relatif à une demande de la Fédération française des courtiers d'assurances et de réassurances portant sur les conditions de négociation des contrats de coassurance des risques industriels.

459La clause de l'assureur le plus favorisé stipule que l'offre de contracter de l'apériteur (le co-assureur le plus favorisé) aux assureurs souhaitant entrer dans le groupement de coassurance « *s'entend sans autre réserve que celle du placement à 100 % aux mêmes conditions* » et « *bénéficiera de la clause de l'assureur le plus favorisé, en vertu de laquelle s'appliquent à l'ensemble de la coassurance les conditions de placement les plus favorables obtenues par un ou plusieurs co-assureurs participant(s)* » Cons. Cons., Avis, n°03-A-19, préc., pt. 30.

460Ibid, pt. 26, 27 et 28.

marchés, un marché des risques industriels et un marché de grands comptes<sup>461</sup>. Encore, faut-il indiquer que le Conseil de la concurrence a précisé que ces deux marchés recourent une partie du marché relative aux risques d'entreprise<sup>462</sup>.

**290. Conclusion du chapitre :** Les exemples peuvent se multiplier, mais à chaque fois qu'on se confronte à la délimitation de marchés matériels d'assurance, plusieurs éléments doivent être pris en compte. La branche à laquelle appartient tel ou tel produit ou service d'assurance, la variabilité des produits et services proposés au sein de la même catégorie, la variation des risques couverts et leurs contenus, les différents types de clientèle concernée et finalement la variation des prix qui en résulte sont des paramètres qui illustrent les difficultés lors de la délimitation des marchés d'assurance pertinents sur lesquels les entreprises d'assurance sont en concurrence. À cela se rajoute le mélange et la combinaison entre les différents produits et services d'assurance comme le cas, par exemple, pour l'assurance automobile, l'assurance multirisque habitation ou l'assurance en cas de décès où des services d'assistance matériel, technique et juridique peuvent être incorporés dans l'offre des différents segments de produits et services d'assurance tout en laissant aux clients la liberté de choisir l'offre la plus appropriée à leur besoin<sup>463</sup>. À cet effet, dans son avis de 1998, l'Autorité de la concurrence avait observé qu'il n'y a pas nécessairement correspondance entre la délimitation des marchés et la classification des opérations d'assurance en branches et sous-branches. Selon elle, dans certains cas, une même offre de garantie peut regrouper plusieurs risques, considérés comme liés et dans d'autres, une même branche peut recouvrir plusieurs marchés, délimités en fonction du type de clientèle visée ou de caractéristiques structurelles propres aux offreurs<sup>464</sup>.

**291.** À ces différentes particularités relatives à la délimitation du marché pertinent des produits et services d'assurances, des aspects spécifiques relevant du droit interne et européen peuvent aussi être signalés lors de la détermination de la dimension géographique des marchés relatifs au secteur des assurances.

---

461 *Supra*, n° 267

462 *Ibid.*, pt., 5.

463 G. de la martinière, « Extension des risques couverts et internationalisation des entreprises d'assurances », *Rev. Éco. Fin.*, 2009, volume 8, n° HS, p. 99.

464 Cons. Conc. Avis, n° 98-A-03, préc. p. 18.

## Chapitre 2-La délimitation géographique du secteur des assurances

**292.** Un élément central de l'analyse concurrentielle du secteur des assurances est la détermination du marché géographique en cause. Celle-ci a pour but d'identifier les concurrents des entreprises concernées par une opération dans une zone géographique précise. L'approche économique suivie lors de la délimitation de marchés géographiques est décrite par la pratique décisionnelle et jurisprudentielle et admise dans le règlement sur les concentrations en droit européen<sup>465</sup>. La démarche se constitue sur la base d'une analyse réalisée aussi bien du côté de la demande que du côté de l'offre<sup>466</sup>. Selon la cour de cassation<sup>467</sup> « *l'offre et la demande ne peuvent se rencontrer et constituer un marché au sens économique que dans une aire géographique délimitée* ».

**293.** En principe, la notion de marché géographique sert à délimiter le marché à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence. Mais, depuis la constitution du marché unique de l'assurance, la délimitation géographique est devenue un critère du rattachement au droit national ou communautaire de la concurrence comme c'est le cas en matière de concentration<sup>468</sup>.

**294.** La délimitation géographique du marché prend une réelle importance chaque fois qu'une pratique est soupçonnée d'être de nature anticoncurrentielle. Il s'agit de territoire sur lequel les entreprises sont engagées dans l'offre des biens et services et sur lequel les conditions de la concurrence sont suffisamment homogènes.

---

465Comm. CE., règlement n° 139/2004, 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOCE*, n° L. 024, 29 janvier 2004, p. 0001-0022.

466Comm. CE., Rapp. AN., 2001, p. 65 : Rapport disponible sur le lien [[http://ec.europa.eu/competition/publications/annual\\_report/index.html#rep\\_2000](http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/index.html#rep_2000)]

467Cass. Com., 3 mai 1995, BOCCRF 20 juillet 1995.

468V., l'article 1 du règlement n°139/2004, préc.

**295.** L'homogénéité ou la diversité des conditions de concurrence peut aboutir à une extension ou limitation de la zone géographique en cause<sup>469</sup>. Le marché géographique est, comme le marché sectoriel, plus ou moins étendu. Il peut y avoir plusieurs dimensions nationales et européenne. À l'image des marchés sectoriels, la dimension géographique du secteur des assurances peut se diversifier de manière horizontale et verticale et au niveau national et européen.

**296.** Dans un premier temps, du fait de la réglementation du secteur des assurances, des caractéristiques de ses différents produits et services et leur mode d'organisation par le droit ou les usages de l'assurance, plusieurs dimensions géographiques des marchés d'assurance peuvent être délimitées (**Section I**). De surcroît, avec l'ouverture particulière du secteur des assurances depuis l'établissement des communautés européennes les marchés d'assurance prennent une dimension européenne (**Section II**).

---

<sup>469</sup>V., la définition posée par le règlement CE, n°802/2004 de la commission, 21 avril 2004, concernant la mise en œuvre de règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil relative au contrôle des concentrations entre entreprises.

## **Section I-La dimension géographique des différents marchés des produits et services d'assurance**

**297.** En fonction de l'attraction géographique qu'un produit ou services d'assurance exerce, diverses dimensions géographiques de marchés d'assurance peuvent être déterminées, une locale, une régionale, une nationale et une internationale.

**298.** En général en droit de la concurrence, il y a plusieurs éléments à prendre en considération pour la délimitation géographique de marchés. Ceux-ci sont répartis entre des facteurs factuels et d'autres juridiques, comme le nombre des opérateurs, leur répartition dans le marché, leur démarche, le rapport entre le coût du transport et le prix des biens ou services et le plus important, les barrières juridiques et structurelles à l'entrée de marchés. Par rapport à ces différents éléments, le secteur des assurances, à la différence d'autres secteurs économiques, présente des cas d'appréciation spécifique.

**299.** En effet, dans ce secteur, la réglementation particulière a imprégné les différents marchés géographiques d'assurance d'une dimension nationale (**paragraphe 1**). Toutefois, les besoins de certains marchés et l'extension de certaines offres et garanties au delà des frontières nationales a donné à certains marchés d'assurance une dimension internationale (**paragraphe 2**).

## §1. Les marchés d'assurance à dimension nationale

**300.** Comme pour les marchés matériels d'assurance, l'organisation réglementaire et structurelle des différents produits et services d'assurances a eu une influence majeure sur la délimitation géographique de différents marchés des produits et services d'assurances. En raison de la soumission du secteur à la réglementation nationale, les autorités de concurrence nationale et européenne ont à plusieurs reprises eu l'occasion de préciser le caractère national des différents segments sectoriels des produits et services d'assurance.

**301.** De cette manière, la Commission européenne a, dans une décision prise en 1996, considéré que « *les différents marchés d'assurance vie et de dommages demeurent pour une large part nationaux. (...) Toutefois, la dimension nationale des marchés est particulièrement marquée dans le cas des services s'adressant aux ménages (...)* »<sup>470</sup>. De son côté, dans son avis précité de 1998 sur la situation de la concurrence dans le secteur des assurances, le Conseil de la concurrence a, dans le même sens, précisé que la grande majorité des marchés d'assurance et en particulier ceux concernant les risques de masse sont de dimension nationale<sup>471</sup>.

**302.** À côté de cette délimitation générale de la dimension géographique des marchés d'assurance, diverses décisions rendues par les autorités de concurrence nationale et européenne ont défini l'étendue géographique de certains segments des marchés des produits et services d'assurance tant de dommages que de personnes.

---

<sup>470</sup>Comm. CE, 20 décembre 1996, aff. M 862, AXA/UAP.

<sup>471</sup>Cons. Conc. Avis, n° 98-A-03, préc.

**303.** Concernant les marchés d'assurances dommages, l'Autorité de la concurrence a attesté que plusieurs marchés sont d'une étendue nationale. Ainsi, dans plusieurs décisions relatives aux concentrations, elle a admis que le marché d'assurance automobile à destination des particuliers<sup>472</sup>, le marché d'assurance de la flotte automobile à destination des professionnels<sup>473</sup>, le marché d'assurance multirisque habitation des particuliers<sup>474</sup>, le marché d'assurance navigation de plaisance des particuliers et le marché d'assurance de dommages des biens à destination des professionnels<sup>475</sup> étaient de dimension nationale<sup>476</sup>.

**304.** En outre, l'étendue géographique des différents marchés d'assurance de personnes a pu être délimitée. Dans ce sens, dans plusieurs décisions, l'Autorité de la concurrence a considéré que le marché d'assurance de prévoyance individuelle ou collective<sup>477</sup>, le marché d'assurance épargne et d'assurance vie<sup>478</sup>, le marché d'assurance décès, le marché d'assurance obsèques, le marché d'assurance complémentaires santé et maladie<sup>479</sup> et le marché d'assurance de dommages corporels<sup>480</sup> sont de dimension nationale.

**305.** Toutefois, au sein des différents segments des marchés nationaux certains marchés d'assurance ont pu être considérés d'une dimension locale. Dans certains cas particuliers, l'Autorité de la concurrence a pu délimiter certains marchés d'assurance de personnes et d'assurance de dommages à dimension locale. Dans sa décision relative à l'assurance à destination des pratiquants de ski proposée sur les sites des stations de services des remontées mécaniques, le Conseil de la

---

472ADLC., déc., n°10-DCC-52, 2 juin 2010, relative à la création d'une Société de Groupe d'Assurance Mutuelle (« SGAM ») par la MACIF, la MAIF et la MATMUT ; Déc., C 2004-144, Lettre du ministre d'Etat, ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, en date du 14 octobre 2004 aux conseils de la société Europ Assistance Holding relative à une concentration dans le secteur de l'assurance ; *BOCCRF*, n° 9 du 28 octobre 2005.

473ADLC., déc., n°10-DCC-52, préc.

474*Idem* ; Déc., C 2004-99, Lettre du ministre d'Etat, ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, en date du 1<sup>er</sup> juin 2004, aux conseils de la société April Group, relative à une concentration dans le secteur de l'assurance de biens et de responsabilités, *BOCCRF*, n° 8 du 20 septembre 2005.

475ADLC., déc., n°10-DCC-52, préc.

476ADLC., déc., n° 13-DCC-126, 5 septembre 2013, relative à la prise de contrôle de la société Sofaxis par la société d'assurance mutuelle Sham, pt. 15.

477ADLC., déc., n° 15-DCC-16, 25 février 2015, relative à la création d'une Société de Groupe d'Assurance Mutuelle (« SGAM ») par le Groupe La Mutuelle Générale et le Groupe Malakoff Médéric, pt., 13 ; ADLC., déc., n° 14-DCC-84, 20 juin 2014 relative à la prise de contrôle conjoint du groupe Primonial par les sociétés Crédit Mutuel Arkéa et Primonial Management, pt. 10 ; ADLC., déc., n° 12-DCC-36, 19 mars 2012 relative à la concentration des groupes Réunica et Arpège pt. 21 ; ADLC., déc., n°10-DCC-52, préc. ; ADLC., déc., n° 10-DCC-138, 19 octobre 2010, relative à la prise de contrôle exclusif de MFPrévoyance par CNP Assurances, pt. 10.

478ADLC., déc., n° 14-DCC-84, préc., pt. 10.

479ADLC., déc., n° 15-DCC-16, préc., pt., 13 Cons., conc., déc., n° 91-D-04, 29 janvier 1991, relative à certaines pratiques de groupements d'opticiens et d'organismes fournissant des prestations complémentaires à l'assurance maladie.

480Déc., C2008-47 / Lettre du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi du 5 août 2008, aux conseils de la Mutuelle Générale des Préfectures et de l'Administration Territoriale, relative à une concentration dans le secteur de l'assurance santé complémentaire et de la prévoyance.

concurrence a distingué entre deux marchés, l'un national à destination des professionnels et l'autre local à destination des pratiquants amateurs de ski. Il a précisé que ce dernier marché se limite aux produits d'assurance liés à la pratique de ski et proposés directement sur place par les caisses des stations de service des remontées mécaniques. Pour le Conseil, ce produit est proposé hors des stations de service, l'inscription ne se faisait qu'une fois les skieurs sur place. À ce moment-là, ils prennent conscience des dangers de la pratique et de la nécessité de souscrire une assurance<sup>481</sup>. Le fait que l'assurance soit souscrite lorsque les pratiquants de ski sont sur les sites de ski était l'élément déterminant dans la délimitation de dimension géographique de l'assurance relative à la pratique du ski.

**306.** Avant de terminer, il faut indiquer que certains opérateurs assureurs ne sont autorisés à proposer leur produits et services d'assurance qu'au niveau régional ou professionnel. Ainsi, l'article R. 322-93 du Code des assurances attribue un caractère régional ou professionnel aux sociétés mutuelles d'assurance<sup>482</sup>. Selon cet article, ces sociétés ne peuvent avoir qu'un caractère régional ou professionnel, puisque leurs activités se limitent soit à la circonscription territoriale de leur siège social, soit aux membres d'une profession<sup>483</sup>.

**307.** À côté des différents marchés d'assurance de dimension nationale, certains marchés d'assurance ont une dimension internationale. Celle-ci est identifiée soit de fait de méthodes de commercialisation et de distribution soit de caractères particuliers de produits et services d'assurance demandés ou offerts sur le marché.

---

481 Cons. Conc. Déc. n° 96-D-40 du 14 mai 1996, relative à la situation de la concurrence dans le secteur de l'assurance ski : V., également dans ce sens Cons. Conc. Déc., n° 03-D-31, 2 juillet 2003 relative au secteur de l'assurance ski.

482 Art. R. 322-93 du Code des assurances.

483 Cf., L. Grynbaum, *op. cit.* p. 38.

## §2. Certains marchés d'assurance à dimension transfrontière

**308.** L'extension de la concurrence dans le secteur des assurances ne se limite pas uniquement au niveau national. Un phénomène significatif de concurrence s'aperçoit au niveau international.

**309.** Au cours du développement du secteur des assurances, les marchés nationaux d'assurance ont montré leur limite. Les opérateurs d'assurance ont ainsi misé sur les marchés internationaux. L'intensification de processus de concentration transfrontalière et l'ouverture et l'évolution des marchés au delà des frontières ont encouragé une croissante internationalisation de l'activité d'assurance. Depuis les années soixante, la plupart des grandes compagnies d'assurances se sont lancées dans la voie de l'expansion internationale et implantées au-delà de leurs frontières nationales.

**310.** D'ailleurs, pour les entreprises d'assurance de petites et moyennes tailles, malgré le fait qu'elles se soient orientées, en raison de leur capacité limitée, à s'épanouir dans le cadre des marchés nationaux, elles ont développé leur activité internationale par le biais de l'intégration des groupements d'assurance ou en prenant des parts à la couverture de certains risques de dimension transfrontière proposés par des compagnies de courtage. À ce phénomène, s'y rajoute l'apparition des compagnies d'assurance captives<sup>484</sup> appartenant à plusieurs compagnies ou groupes d'assurance de nationalités variées et installées sur des territoires différents. Dans la mesure où celles-ci sont implantées en dehors de territoires nationaux, leurs activités s'étendent au delà des frontières

---

<sup>484</sup>La société d'assurance captive se présente comme l'outil le plus efficace pour centraliser les décisions en matière d'assurances d'un groupe multinational, centralisation qui va permettre une approche scientifique et technique des niveaux de rétention et de couverture des risques dans chacun des établissements : Ch. Jimenez, B. Mahot, « Les captives de réassurance : une nouvelle approche de la gestion des risques », *Rev. Éco. Fin.*, 2005, volume 80, n° 80, p. 171.

nationales<sup>485</sup>. Celles-ci ont notamment déployé leur activité dans le domaine de la réassurance en bénéficiant du caractère international de ce dernier pour accepter des risques de toutes provenances géographiques.

**311.** De surcroît, dans le contexte de mondialisation de l'économie, les risques de grande ampleur comme ceux industriels et commerciaux et la perte des capitaux sont désormais assurés à l'échelle planétaire. C'est pourquoi les sociétés d'assurance, de réassurance ou les cabinets de courtage se sont lancés dans des mouvements d'adaptation, de réorganisation de leurs structures et de développement de leurs stratégies d'internationalisation, pour prendre des relais de croissance sur des marchés moins matures au niveau mondial<sup>486</sup>.

**312.** À ce mouvement de mondialisation de l'activité des différentes compagnies d'assurance, il faut rappeler que l'exercice de l'activité d'assurance sous la forme de coassurance ou de réassurance est par nature d'une dimension mondiale. Les directives européennes n° 78/473/CEE<sup>487</sup> et n° 2005/68/CE<sup>488</sup> successivement relatives à la coassurance et à la réassurance ont reconnu la dimension mondiale de ces activités. L'Autorité de la concurrence reconnaît également le caractère international des marchés de réassurance et de coassurance<sup>489</sup>.

**313.** Toutefois, la couverture de certains risques sous la forme d'assurance directe se caractérise par une dimension internationale. C'est le cas surtout constaté pour les risques maritimes, aériens, spatiaux ou nucléaires. Pour la couverture de ces risques, le caractère international surgit de deux paramètres initiaux ; l'un lié aux clients assurés qui sont pour la plupart des cas des entités multinationales ; et l'autre relatif aux compagnies d'assurance qui se regroupent souvent pour partager les parts des risques à couvrir par le biais des mécanismes variés tel que les groupements, la coassurance ou la réassurance<sup>490</sup>. À cet égard, certains auteurs ont soutenu la thèse selon laquelle

---

485Par exemple : sur les 11 milliards de dollars que représentent les primes transnationales en 1983, on estime que 6,5 milliards proviennent des activités des compagnies d'assurances captives situées à l'étranger : G. Dickinson, La concurrence internationale dans les assurances, Monnaie et finances internationales, p. 69, article consulté le 01 juin 2015, disponible sur le lien [http://www.cepii.fr/IE/PDF/EI\\_28-4.pdf](http://www.cepii.fr/IE/PDF/EI_28-4.pdf).

486G. de la Martinière, « Extension des risques couverts et internationalisation des entreprises d'assurances », *Rev. Éco. Fin.*, 2009, volume 8, n° HS, p. 99.

487Cons. CE., dir., n°78/473/CEE, 30 mai 1978, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives en matière de coassurance communautaire, *JOCE*, n°151,7 juin 1978, p 25.

488Parlement européen et Cons. CE, directive, n°2005/68/CE, 16 novembre 2005, relative à la réassurance et modifiant les directives 73/239/CEE et 92/49/CEE du Conseil ainsi que les directives 98/78/CE et 2002/83/CE, publication 09 décembre 2005, *JOUE*, L. 323, p. 1.

489ADLC., déc., n° 10-DCC-117, 14 septembre 2010 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Secura par le groupe QBE Insurance, pt. 15.

490Cf., M. Wolkowitsch, *L'assurance en France, Annales de géographie*, 1989, volume 98, n° 550, p. 653.

les marchés d'assurance MAT (maritimes, aviations et transports) sont des marchés de courtage et non de compagnies d'assurance<sup>491</sup>, ce qui confirme encore une fois la nature internationale du mécanisme de couverture de tous ces risques. Dans ce sens, la Commission européenne a, dans plusieurs décisions, reconnu l'existence de marchés mondiaux dans des domaines telle que la couverture des dommages causés à l'environnement<sup>492</sup>, l'assurance spatiale<sup>493</sup>, l'assurance sur corps de navire<sup>494</sup> et la réassurance<sup>495</sup> qui appartiennent selon elle à la catégorie des « grands risques »<sup>496</sup>. À ces marchés d'assurance de dimension mondiale s'ajoute le marché d'assurance couvrant les risques nucléaires.

**314.** Le Conseil de la concurrence a confirmé dans son avis de 1998 la dimension internationale de ces marchés. Dans cette finalité, il a repris la précision apportée par la Commission européenne dans ses décisions précédentes<sup>497</sup>. En outre, dans un autre avis de 2003 relatif aux risques industriels, il a affirmé que les risques industriels appartenant aux « grands risques » sont de dimension internationale. De sa part, la FFSA a, lors de son interrogation sur la dimension du marché des grands risques par le Conseil de la concurrence, précisé que « *Le marché des grands risques est mondial, à l'image de la couverture des contrats. La dimension communautaire est indéniable sur les grands comptes. L'assurance des grands risques peut se faire par un assureur n'étant pas établi sur un pays en recourant à des accords de gestion avec d'autres assureurs/courtiers présents dans cet État ou ailleurs...* »<sup>498</sup>.

**315.** Bien que le secteur des assurances se marque par une dimension majoritairement nationale et certains marchés de nature internationale, les différents marchés d'assurances ont aujourd'hui tendance à revêtir une dimension européenne.

---

491A. Mérieux, Les places internationales d'assurance, *Rev. Éco. Fin.*, 2000, volume 57, n° 57, p. 166.

492Déc. Assurpol du 14 janvier 1992.

493Déc. Téko du 21 décembre 1989.

494Déc. Lloyd's Underwriters Association du 4 décembre 1992.

495Par exemple, déc. A.G.F./La Union y el Fenix Espanol du 25 avril 1994, IV, M. 403.

496*Supra*, n° 94.

497Cons. Conc. Avis, n° n° 98-A-03, préc. pt., 11.

498*Ibid*, pt. 12.

## Section II-Vers une dimension européenne du secteur des assurances

**316.** Les professionnels de l'assurance bénéficiaient, jusqu'à une époque pas très ancienne, d'une exclusivité territoriale nationale, notamment dans les États de l'Union européenne qui interdisaient à leurs ressortissants de s'assurer à l'étranger. Toutefois, sur les pas de la construction du marché intérieur européen, cette protection a cédé dans une large mesure à l'ouverture des marchés européens et notamment dans le secteur des assurances. Le marché intérieur vise à créer un espace géographique européen sans frontière physique, administrative ou juridique dans lequel les personnes, les biens, les services et les capitaux peuvent circuler librement et sans contrainte<sup>499</sup>.

**317.** Ces quatre dernières décennies ont notamment été caractérisées par la construction d'un marché européen unique de l'assurance dont l'un des objectifs est de rendre les entreprises européennes performantes, afin de favoriser leur compétitivité dans un contexte de mondialisation<sup>500</sup>. Les causes ne sont donc pas exclusivement d'origine européenne. L'internationalisation progressive était parmi les raisons qui ont poussé les rédacteurs des traités à se lancer dans le mouvement de décloisonnement de ce secteur<sup>501</sup>. Plusieurs mesures ont été prises afin de supprimer les barrières à l'entrée des marchés européens et pour harmoniser et coordonner les lois et la réglementation afférentes<sup>502</sup>. Selon un auteur, l'exclusivité territoriale des opérateurs

---

499J. Bigot ss dir., J.-L. Bellando, M. Hagopian, J. Moreau, G. Parleani, *Traité du Droit des assurances, Entreprises et Organisations d'Assurance, op. cit.* p. 25.

500G. de la Martinière, « Extension des risques couverts et internationalisation des entreprises d'assurances », *loc. cit.*, p. 101.

501J. Bigot ss dir., J.-L. Bellando, M. Hagopian, J. Moreau, G. Parleani, *Traité du Droit des assurances, Entreprises et Organisations d'Assurance, op. cit.* p. 590.

502J. Finsinger, « L'intégration des marchés de l'assurance », *Rev. Éco. Fin.*, n° 9, 1989, L'assurance européenne : la grande transformation, p. 251.

d'assurance au niveau national est en passe de rejoindre l'histoire<sup>503</sup>.

**318.** Depuis l'adoption des directives européennes visant à l'ouverture du secteur des assurances à la concurrence européenne, une dimension européenne de ce secteur a commencé à gagner en notoriété dans l'UE. Le phénomène de l'ouverture des frontières avait radicalement modifié les conditions de concurrence entre les opérateurs d'assurance des différents États membres de l'UE.

**319.** Cette conception générale d'une dimension européenne des marchés d'assurance n'interdit pas de s'interroger sur sa signification profonde. Est-ce qu'on est en présence d'un véritable marché d'assurance étendu géographiquement sur tout le territoire de l'Union européenne ? Ou s'agit-il tout simplement d'une vision d'un marché d'assurance européenne dont la réalisation demeure entravée par différents obstacles ?

**320.** Aujourd'hui, il est certain que la mise en place des règles d'un marché unique de l'assurance a encouragé l'extension de la dimension du secteur des assurances (§1). Pourtant, malgré la création de cette nouvelle conception, beaucoup d'obstacles restent à surmonter (§2).

---

503C. J. Berr, « Réflexions autour de la notion de marché unique de l'assurance », *Juris-classeur, Resp. civ. Et assur.*, mars 1996, p. 4.

## §1. Européanisation des marchés d'assurance

**321.** La mise en place d'un « *marché unique de l'assurance* » où tous les opérateurs du secteur auraient la possibilité d'opérer librement figure parmi les objectifs initiaux du Traité de Rome<sup>504</sup>. Depuis plus d'une soixantaine d'années et dans le prolongement de son programme stratégique destiné à renforcer l'efficacité du marché intérieur, l'Union européenne s'est efforcée de créer un marché commun d'assurance. Un grand nombre de mesures a été proposé et adopté pour supprimer les barrières à l'entrée des marchés des États membres de l'UE et pour harmoniser et coordonner les lois et les réglementations afférentes<sup>505</sup>.

**322.** Juridiquement, la lecture des textes adoptés par le Conseil des communautés révèle que l'intégration de l'assurance dans la construction du Marché commun a été marqué par plusieurs phases d'immobilisme<sup>506</sup>. Elle s'est en effet accomplie en plusieurs étapes étalées dans le temps. La première s'est concrétisée avec l'adoption de directive européenne relative au marché de réassurance européen<sup>507</sup>. Mais, les plus importantes étapes se situent entre les années soixante-dix et quatre-vingt dix, avec l'adoption de régime de la liberté d'établissement (**A**), en passant par celui de libre prestation de service (**B**), jusqu'à l'adoption du régime de la licence unique (**C**) par les trois générations des directives européennes en matière d'assurance<sup>508</sup>.

---

504G. de la Martinière, « Marché européen de l'assurance, les défis de l'après 2005 », *Rev. Éco. Fin.*, N° 80, 2005, p. 3 ; v., dans ce sens J. Bigot ss dir., J.-L. Bellando, M. Hagopian, J. Moreau, G. Parleani, *Traité du Droit des assurances, Entreprises et Organisations d'Assurance*, op. cit. p. 586 et s.

505J. Finsinger, « L'intégration des marchés de l'assurance », *loc. cit.*, p. 251.

506J. Bigot ss dir., J.-L. Bellando, M. Hagopian, J. Moreau, G. Parleani, *Traité du Droit des assurances, Entreprises et Organisations d'Assurance*, op. cit. p. 590.

507CE., dir. n° 64/225, 25 février 1964, visant à supprimer en matière de réassurance et de rétrocession les restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services, *JOCE*, 4 avril 1964, 878/64.

508Sur les différentes étapes de la construction de L'UE d'assurance v., dans ce sens J. Bigot ss dir., J.-L. Bellando, M. Hagopian, J. Moreau, G. Parleani, *Traité du Droit des assurances, Entreprises et Organisations d'Assurance*, op. cit.

## A-L'ouverture timide des marchés européens d'assurance

**323.** La construction du marché européen d'assurance a été réellement ouverte à partir des années soixantaines-dix avec l'adoption du régime de liberté d'établissement par les premières générations des directives d'assurance<sup>509</sup>. À partir de cette date, il était permis qu'une entreprise d'assurance établie sur le territoire national d'un État membre de s'installer sur le territoire d'un autre État membre de l'UE selon les conditions d'accès et d'exercice équivalentes à celles réservées par l'État d'accueil à ses entreprises nationales. Pour pouvoir bénéficier de ce nouveau régime, l'établissement par le biais d'une agence ou d'une succursale autorisé par un agrément administratif était la seule condition imposée par les directives<sup>510</sup>. Cet agrément était délivré par les autorités administratives de chaque État membre où l'entreprise envisage d'exercer ses activités.

**324.** En coordonnant les conditions d'établissement dans les différents États membres, les premières générations des directives relatives à la liberté d'établissement avaient amorcé le décloisonnement des marchés nationaux. Cependant, elles n'ont pas abouti à la réalisation d'un véritable marché commun aux douze États membres à l'époque, dans la mesure où la vente de produits d'assurance dans un autre État exigeait un établissement et un agrément préalable<sup>511</sup>. Du point de vue du droit de la concurrence, cette étape ne permet pas également d'enlever véritablement les frontières constituant la barrière épaisse à l'exercice de l'activité d'assurance au niveau européen.

---

p. 590 et s.

509CE., dir., n° 73/239 (assurance non-vie) et n° 79/267 (assurance vie), préc.

510Art. 6 de la dir., n° 73/239 (assurance non vie) et Art. 6 de la directive n° 79/267 (assurance vie) préc.

511F. Loheac, « Le marché unique de l'assurance, opportunités, limites et perspectives », *RMC.*, n° 382, novembre 1994, p. 593.

## **B-La démarche intermédiaire à la suppression des frontières en matière d'assurance**

**325.** Plusieurs années après l'ouverture des marchés d'assurance sur le plan européen, le processus de libéralisation des marchés d'assurance a été repris à la fin des années 80 avec l'adoption de la deuxième génération des directives d'assurance<sup>512</sup>. Cette nouvelle génération a installé un régime de libre prestation de services spécifique au secteur des assurances. Selon celui-ci, une entreprise d'assurance installée dans un État membre de l'UE peut proposer ses produits et services d'assurance dans tous les autres États membres de cette Union et sans y disposer d'une présence permanente. De même, un assuré potentiel d'un Pays membre de l'UE peut s'adresser à tout assureur appartenant aux autres pays membres sans aucune restriction. C'est ainsi qu'on a commencé à distinguer entre liberté de prestation de service dite « *active* » et liberté de prestation de service dite « *passive* »<sup>513</sup>. Avec ce régime, les États membres de l'UE ne peuvent plus exiger un agrément spécifique aux assureurs qui souhaitent commercialiser leurs produits et services d'assurance sur leur territoire.

**326.** Par ailleurs, cette nouvelle étape n'a pas été suffisante pour libérer les différents marchés d'assurance des restrictions imposées par les États membres de l'UE, puisque l'agrément exigé sous l'égide de régime de la liberté d'établissement abandonné pour les risques dits « grands risques », a survécu avec la nouvelle génération des directives d'assurance pour les activités d'assurance relative aux risques de masse. Autrement dit, la proposition des produits et services d'assurance appartenant à la catégorie des risques dits de « masse » pouvaient toujours être soumis à un agrément préalable de l'État de l'assuré potentiel, si au moins cet État en avait décidé ainsi<sup>514</sup>.

**327.** Par conséquent, la dimension géographique d'une fraction majoritaire des marchés d'assurance a demeuré nationale.

---

512CE., dir., n° 88/357 (assurance non-vie), et n° 90/619 (assurance vie), préc.

513F. Loheac, « Le marché unique de l'assurance, opportunités, limites et perspectives », *loc. cit.*, p. 593.

514V., Art. 9, dir., n° 88/357 (assurance non-vie), préc.

## C-L'achèvement d'un marché unique d'assurance de dimension européenne

**328.** Les premières et deuxièmes générations des directives d'assurance n'ont été qu'une étape préparatoire dans la construction du marché européen d'assurance. Elles ont finalement conduit à inspirer et à adopter le régime dit de « *passport* » ou de « *licence unique* » instauré par les troisièmes générations de ces directives<sup>515</sup>. Celles-ci reposent sur des principes communs : agrément et contrôle uniques par l'État du siège social de l'entreprise d'assurance et reconnaissance mutuelle des systèmes de surveillance en vigueur dans chaque État membre<sup>516</sup>.

**329.** L'adoption des directives dites de la troisième génération a sans conteste procuré aux entreprises d'assurance satisfaction et soulagement. À partir de cette période, grâce à l'agrément unique, tout opérateur d'assurance implanté ou ayant obtenu un agrément dans un État membre de l'UE sera désormais autorisé à commercialiser ses produits et services d'assurance – à partir d'agences ou succursales, ou en libre prestation de services – sur le territoire national de tous les autres États membres sans aucune condition préalable. La seule obligation est désormais une simple notification formelle à l'autorité compétente du pays du siège social<sup>517</sup>. Le régime de licence unique met ainsi fin, d'une part, au système d'agrément en matière d'établissement, et d'autre part, à celui en matière de libre prestation de service dite « *active* ». À l'inverse, les candidats preneurs des produits et services d'assurance sont autorisés à s'adresser, dans l'ensemble des États membres de l'UE, à l'entreprise de leur choix<sup>518</sup>. Ainsi, l'achèvement de l'eupéanisation des marchés d'assurance offre un vaste champ d'application des règles de concurrence qui régissent le comportement des entreprises d'assurance au niveau européen.

**330.** À ce propos, le résultat de cette ouverture du secteur est assez spectaculaire en matière de

---

515CE., dir., n° 92/49 (assurance non-vie), et n° 92/96 (assurance vie), préc.

516Art. 9, dir., n° 92/49 (assurance non-vie), et Art. 4, dir., n° 92/96 (assurance vie), préc. ; F. Loheac, « Le marché unique de l'assurance, opportunités, limites et perspectives », *loc. cit.*, p. 594.

517Art. 5, dir., n° 92/49 (assurance non-vie), et Art. 4, dir., n° 92/96 (assurance vie), préc.

518Art. 28, dir., n° 92/49 (assurance non-vie), et Art. 28, dir., n° 92/96 (assurance vie), préc.

réassurance. Le marché est largement européenisé. Mais, il s'agit d'un segment par nature international. L'intégration européenne est également assez forte pour les assurances de « grands risques » (nucléaire, maritime, aérienne, transport, etc). Elle a aussi progressé mais de manière plus limitée pour la couverture des risques industriels<sup>519</sup>.

**331.** Elle est, en revanche, quasi inexistante dans le domaine de « l'assurance de détail » liée aux risques de « masse », c'est-à-dire l'assurance destinée aux personnes physiques tant particuliers que professionnels, puisque des obstacles juridiques, économiques et structurelles perturbent l'extension européenne des marchés dans ce domaine. Par conséquent, l'extension de la dimension géographique des marchés d'assurance couvrant ces risques pose des interrogations.

---

519G. de la Martinière, « Marché européen de l'assurance, les défis de l'après 2005 », *loc. cit.*, p. 4.

## **§2. Obstacles à l'extension européenne des marchés d'assurance**

**332.** Le marché européen d'assurance apparaît encore aujourd'hui plus théorique que réel<sup>520</sup>. Il constitue une avancée mais qui ne règle pas tous les problèmes. Le progrès réalisé sur les différents volets commerciaux, juridiques et financiers dans le marché européen d'assurance n'a pas abouti à la suppression de multiples obstacles liés à la législation (A) et à la demande (B) subsistant encore au sein de l'Europe.

### **A-Obstacles liés à l'hétérogénéité des législations nationales**

**333.** Malgré la mise en place d'un cadre juridique très élaboré, à travers les multiples générations des directives donnant aux assureurs un passeport unique, la commercialisation des produits et services d'assurance lié aux risques de masse au sein de l'Europe rencontre aujourd'hui beaucoup de difficultés juridiques et pratiques liés aux traditions des pays membres de l'UE. La mise en application des trois générations des directives d'assurance en ce qui concerne ces risques s'est pratiquement révélée beaucoup plus longue et beaucoup plus complexe<sup>521</sup>. Tout n'est pas optimal et

520A. Mérieux, « Les places internationales d'assurance », *loc. cit.*, p. 163.

521 Sur l'historique *cf.* notamment J. Bigot et G. Parléani, « Commentaire de la Directive du 22 juin 1986 », *R.G.A.T.* 1989. 11 et s.

quelques pans de réglementation devraient être achevés. Cela tient essentiellement au fait que le contenu des produits et l'environnement juridique sont très différents d'un État membre à l'autre<sup>522</sup>. Il a donc fallu procéder par étapes successives<sup>523</sup>.

**334.** À ce propos, plusieurs obstacles peuvent mettre en doute la dimension géographique du secteur des assurances au niveau européen. Parmi celles-ci, se situe, tout d'abord, une divergence juridique existant entre les systèmes juridiques des États membres de l'UE. La fiscalité, les règles de placement, les règles actuarielles et d'autres aspects techniques organisant l'activité d'assurance ne sont pour l'instant véritablement harmonisés. L'hétérogénéité juridique entre les multiples législations nationales constitue une source de complexité pour la commercialisation des produits et services d'assurance sous les deux régimes de libre prestation de service et de liberté d'établissement.

**335.** Au niveau de la fiscalité, les directives européennes n'ont pas pu mettre en place un régime fiscal favorable au commerce des produits et services d'assurance au sein du marché européen. Devant les différences des taux d'imposition entre les États membres, diverses propositions ont été formulées en vue de l'harmonisation en matière fiscale. Mais sans succès, celles-ci demeurent pour l'instant très limitées et les divergences restent sensibles<sup>524</sup>. Elles ont tout simplement posé le principe de la « *territorialité fiscale* », selon lequel le contrat est, en toute hypothèse, exclusivement soumis aux impôts indirects et taxes parafiscales grevant les primes d'assurance dans l'État du risque (en assurance vie)<sup>525</sup> ou de l'engagement (en assurance non vie)<sup>526</sup>. Ainsi, l'absence de convergence fiscale entre les pays membres de l'UE présente un obstacle important pour l'extension des activités des assureurs au niveau européen. Les distorsions prévisibles dans la perception effective des taxes au détriment des assureurs établis par rapport aux assureurs étrangers opérant en libre prestation de service, par exemple, pourraient inciter, d'une part, les entreprises d'assurance à

---

522 Dans son avis de 1998 le Conseil de la concurrence avait souligné que les différences de réglementations fiscales, prudentielles ou comptables adoptées par les différents États membres peuvent avoir pour conséquence le transfert de la demande de prestation d'assurance vers l'État dont la réglementation sera la plus favorable aux preneurs, ou de transfert d'établissement vers celui qui proposera le plus faible prélèvement fiscal sur les opérateurs ou imposera des règles prudentielles moins sévères. Les effets de ces différences réglementaires sur la concurrence sont cependant difficiles à appréhender : Cons. Conc. Avis, n° 98-A-03, préc. p. 55.

523 V., dans ce sens J. Bigot ss dir., J.-L. Bellando, M. Hagopian, J. Moreau, G. Parleani, *Traité du Droit des assurances, Entreprises et Organisations d'Assurance*, op. cit. p. 25.

524 Directive n° 2009/138 du parlement européen et du Conseil, 25 novembre 2009, relative à l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice « Solvabilité II », Consid. n° 87, *JOUE L.* 3335/1, 17 décembre 2009.

525 Art., 25, deuxième directive, n° 90/619 (assurance vie), et Art., 44, troisième directive, n° 92/96 (assurance vie), préc.

526 Art., 25, deuxième directives, n° 88/357 (assurance non-vie), et Art., 46, Troisième directive, n° 92/49 (assurance non-vie), préc.

ne pas proposer leurs services dans d'autres pays que leurs pays d'origine, et d'autre part, les assurés à ne pas inscrire des polices d'assurance étrangères et à se contenter de s'assurer auprès des assureurs nationaux<sup>527</sup>.

**336.** Dans le même ordre d'idées, l'absence d'homogénéité du droit des contrats d'assurance des États membres est une cause principale de la limitation de la dimension géographique du marché unique de l'assurance. En effet, les produits et services d'assurance sont présentés et fournis essentiellement sous la forme d'un contrat. Ce contrat est régi pour la majorité des cas par les règles de droit national des États membres de l'UE. Il est vrai que les efforts d'harmonisation par le biais du droit de la consommation ont contribué à rapprocher les règles de protection des consommateurs, mais cela a montré une insuffisance dans le processus de l'harmonisation du droit du contrat d'assurance.

**337.** Le droit européen a de son côté proposé certaines règles d'harmonisation. Pour l'assurance des grands risques, le principe de libre choix de la loi applicable au contrat d'assurance a été choisi. Pour l'assurance de masse ou de détail, une série de règles assez complexes ont été retenues. L'application de celles-ci conduit le plus souvent à l'application du droit du pays où le preneur du contrat d'assurance a sa résidence habituelle<sup>528</sup>, et ce, dans le souci de garantir ses droits et protéger ses intérêts par le droit qui, lui, est le plus familier et le plus aisément accessible<sup>529</sup>. Sur ce point, la différence profonde existant entre les systèmes juridiques des États membres régissant le contenu du contrat d'assurance, comme c'est le cas pour la fiscalité, le droit de la famille et de successions, le droit de la sécurité sociale et celui de la responsabilité civile applicables restent loin de bénéficier du processus de construction du marché unique de l'assurance. Enfin, les États membres du risque ou de l'engagement sont autorisés par la troisième directive à s'opposer à la commercialisation sur leur territoire de produits non conformes à l'intérêt général<sup>530</sup>. Cela a pour résultat de rendre les différents produits et services d'assurance profondément différents d'un pays à l'autre et de faire obstacle à leur commercialisation au niveau européen. Il n'est donc pas possible de prétendre que la

---

527Cf., également sur l'évasion vers des entreprises d'assurance transfrontalière : F. Loheac, « Le marché unique de l'assurance, opportunités, limites et perspectives », *loc. cit.*, p. 596.

528V., les articles 7, deuxième directives, n° 88/357 (assurance non-vie), et 4, deuxième directive, n° 90/619 (assurance vie), préc. ; « *En matière de droit du contrat d'assurance, les troisièmes directives – plutôt que de procéder à une harmonisation – ont finalement repris, en les affinant, les règles de droit international privé inscrites dans les deuxièmes directives, qui renvoient à la loi d'un État membre déterminé. En assurance vie, les parties disposent d'un choix très large du droit applicable pour les grands risques ; les risques de masse sont dans la plupart des cas, régis par le droit du contrat du pays du risque. En assurance vie, les parties peuvent en principe choisir entre la loi de résidence et du preneur et celle du pays dont il est ressortissant* » : F. Loheac, « Le marché unique de l'assurance, opportunités, limites et perspectives », *loc. cit.*, p. 597.

529G. de la Martinière, « Marché européen de l'assurance, les défis de l'après 2005 », *loc. cit.*, p. 224.

530Art., 28, troisièmes directives, n° 92/49 (assurance non-vie), et n° 92/96 (assurance vie), préc.

concurrence « *âme du marché* » puisse s'exercer sur des produits réellement hétérogènes. Chaque contrat d'assurance présenté par un assureur aux preneurs éventuels doit donc être adapté à l'environnement juridique local, de sorte que le choix des preneurs s'effectue toujours dans le cadre d'un droit national donné et non à l'échelle européenne en ce qui concerne le produit, sinon le fournisseur lui-même<sup>531</sup>. Par conséquent, le droit des contrats d'assurance constitue la barrière la plus délicate à contourner afin d'achever la construction du marché unique de l'assurance d'une dimension européenne.

**338.** Selon le rapport de groupe du travail de la Commission européenne pour examiner les obstacles au commerce transfrontalier présents dans le droit des assurances des États membres<sup>532</sup>, les différences du droit des contrats entravent la fourniture transfrontière de produits d'assurance en entraînant des coûts plus élevés, une insécurité juridique et des difficultés pour les consommateurs et les entreprises à s'assurer dans d'autres États membres de l'UE.

**339.** À tous ces obstacles d'ordre juridique ou réglementaires se rajoutent d'autres d'ordre pratique liés aux clients assurés potentiels et aux modes de distributions.

## **B-Obstacles liés à la clientèle assurée et aux modes de distribution**

**340.** L'eupéanisation limitée du secteur des assurances réside également dans la faible appétence des preneurs des produits et services d'assurance pour une offre transfrontalière. La souscription des contrats d'assurance repose sur une relation de proximité et de confiance. L'hétérogénéité des différentes législations nationales constitue un frein à l'extension du concept européen des marchés d'assurance dans l'esprit de la clientèle assurée. En outre, la plupart des assurés européens ne connaissent pas l'offre d'assurance à laquelle ils pourraient avoir accès au-delà des frontières de leur pays, et ne ressentent souvent pas le besoin de la connaître. Tant qu'ils n'ont pas eu de réelles difficultés avec leur compagnie d'assurance, ils n'ont a priori aucune raison d'en changer et encore

---

531C. J. Berr, *Réflexions autour de la notion de marché unique de l'assurance*, *loc. cit.*, p. 5.

532Comm. CE., communiqué de presse, rapport relatif au droit des contrats d'assurance européenne, Bruxelles, 27 février 2014, IP 14/194.

moins pour faire appel à un assureur étranger<sup>533</sup>. Du côté des opérateurs d'assurance, les différences de langue et de culture, les préférences personnelles et les règles de protection des consommateurs constituent également des obstacles très importants dans la conquête de l'appétence des clients potentiels de l'ensemble des États membres de l'UE. À ce propos, selon la Commission européenne, peu nombreux sont les clients qui achètent des produits d'assurance dans d'autres pays que le leur. À peine 0,6 % de l'ensemble des polices d'assurance automobile et 2,8 % des polices d'assurance dommages aux biens sont proposées sur une base transfrontière<sup>534</sup>.

**341.** L'extension limitée du marché européen d'assurance se heurte également aux traditions de distribution établies à l'intérieur des pays membres de l'UE. En effet, les cadres réglementaires nationaux peuvent favoriser davantage certains circuits de distribution que d'autres. La prédominance de certains réseaux de distribution, tels que les agents généraux exclusifs, constitue à elle seule une barrière à l'entrée et à l'extension des marchés européens d'assurance. Par conséquent, cela contribue à conserver au marché une dimension géographique à caractère essentiellement national<sup>535</sup>.

**342.** Cette situation explique bien aujourd'hui pourquoi l'implantation dans d'autres pays d'Europe sous forme de succursales et au titre de la liberté d'établissement est limitée. Selon le Conseil de la concurrence, les difficultés rencontrées par les succursales de sociétés d'assurance étrangères pour s'implanter sur le marché français de l'assurance des risques de masse peuvent s'expliquer par les caractéristiques d'une distribution dominée par la forte présence des agents généraux et des bancassureurs<sup>536</sup>.

**343.** Pour faire face à ce défi réglementaire et structurel, les grands opérateurs d'assurance souhaitant fournir leurs produits et services d'assurance sur le territoire des autres pays membres ont souvent recours à des opérations d'acquisition des filiales par le biais d'achat direct des sociétés ou des structures déjà opérationnelles sur le marché<sup>537</sup>. Cela explique également le fort mouvement des opérations de concentrations au niveau national et européen.

**344.** Par ailleurs, avant de terminer, il faut indiquer que du point de vue du droit de la concurrence,

---

533G. de la Martinière, « Marché européen de l'assurance, les défis de l'après 2005 », *loc. cit.*, p. 224.

534Comm. UE., communiqué de presse, rapport relatif au droit des contrats d'assurance européenne, préc.

535Cf., J. Finsinger, « L'intégration des marchés de l'assurance », *Rev. Éco. Fin.*, N° 9, 1989, L'assurance européenne : la grande transformation, p. 253.

536Cons. Conc. Avis, n° 98-A-03, préc., pt. 26.

537G. de la Martinière, « Marché européen de l'assurance, les défis de l'après 2005 », *loc. cit.*, p. 225.

ces barrières juridiques et structurelles n'ont pas empêché la CJUE de considérer que certains comportements des entreprises nationales d'assurance seraient susceptibles de porter atteinte sur le marché d'assurance au niveau européen, puisqu'elles peuvent, tout simplement, constituer des barrières à l'entrée des marchés d'assurance des entreprises appartenant à d'autres États membres.

**345.** À cet égard, on peut retenir, en raison de son importance sur cette question, l'affaire *Manfredi*. Lors de celle-ci, la CJUE s'est interrogée sur une question préjudicielle posée par des juridictions italiennes afin de savoir si une entente anticoncurrentielle affectant le marché d'assurance au niveau national peut constituer une entrave aux conditions de concurrence au niveau européen. La Cour a affirmé que ces pratiques portaient atteinte sur le marché européen de l'assurance dans la mesure où elles pouvaient constituer des entraves à l'entrée sur le marché face aux autres opérateurs appartenant à l'Union européenne<sup>538</sup>. De la même manière, dans une autre décision concernant une recommandation d'augmentation des primes d'assurance au niveau nationale, la Cour a indiqué que même limitée au territoire d'un État membre, une recommandation d'une association d'assurances prescrivant une augmentation générale et linéaire des primes est susceptible d'affecter le commerce entre les États membres, et avoir une répercussion sur la situation d'assurances étrangères qui seraient capables d'offrir un service plus compétitif. De ce fait, la recommandation tend à rendre plus difficile l'accès au marché national concerné<sup>539</sup>.

**346.** L'Autorité de la concurrence, même si elle a indiqué dans son avis de 1998 et dans différentes décisions relatives à des opérations de concentration<sup>540</sup> que les marchés d'assurance appartenant à la catégorie des « risques de masse » sont des marchés nationaux, il a également rappelé dans le même avis qu'il résulte du régime de la licence unique que « *tout contrat d'assurance proposé en un point de l'Union européenne devrait pouvoir être proposé dans les autres États membres (...)* »<sup>541</sup>. Cette considération a été confirmée dans un autre avis en 2003<sup>542</sup>.

---

538CJCE, 13 juillet 2006, *Vincenzo Manfredi contre Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (c-295/04) Antonio Cannito contre Fondiaria Sai SpA (C-296/04) et Nicolo Tricarico (C-297/04) et Pasqualina Murgolo (C- 298/04) c/ Assitalia SpA*, pt. 33, *RJ*. 2006, p.I-06619., pt. 37 à 52.

539CJCE., 27 janvier 1987, aff. 45/85, *Verband der Sachversicherer e.V. contre Commission des Communautés européennes*, préc.

540ADLC., déc., n° 15-DCC-16, 25 février 2015, pt. 13, préc. ; ADLC., déc., n° 14-DCC-161, 5 novembre 2014, pt. 12, préc.

541Cons. Conc. Avis, n° 98-A-03, préc.

542Cons. Conc. Avis, n° 03-A-19, 17 novembre 2003, relatif à une demande de la Fédération française des courtiers d'assurances et de réassurances portant sur les conditions de négociation des contrats de coassurance des risques industriels.

## Conclusion du chapitre :

347. Donc, pour conclure, plusieurs barrières d'ordre réglementaire et structurelle existant encore au sein des pays membres de l'UE empêchent de valider l'achèvement de la construction du marché européen de l'assurance. Nombreux travaux restent à réaliser dans l'avenir. Mais, selon les autorités de concurrence, nationale et européenne, le fait que les entreprises étrangères appartenant aux autres pays membres de l'UE aient désormais la possibilité de fournir leurs prestations et services sur le territoire européen serait-il suffisant pour attribuer désormais au marché une dimension européenne au moins en matière concurrentielle. Si le concept du marché unique de l'assurance se révèle bien dénué de signification positive du point de vue juridique<sup>543</sup>, du point de vue économique, l'ouverture du marché d'assurance à la concurrence au niveau européen peut être soutenue. Le mouvement de globalisation de l'économie, favorisé par la déréglementation et les technologies de l'information, pousse à l'europanisation et plus généralement à l'internationalisation des marchés d'assurance. Celle-ci est aussi accélérée par l'émergence de grands groupes financiers, spécialisés dans l'assurance ou offrant des services diversifiés, qui disposent de larges réseaux en voie d'intégration, susceptibles de déplacer facilement les centres de décision et de gestion<sup>544</sup>.

348. En outre, cette ouverture peut également être soutenue par la globalisation des nouvelles méthodes de distribution utilisant l'internet réglementées par les lois relatives aux marchés électroniques. En effet, pour un nombre non négligeable d'utilisateurs des services d'assurance, les démarches traditionnelles de procuration des offres d'assurance apparaissent dépassées.

---

543F. Loheac, « Le marché unique de l'assurance, opportunités, limites et perspectives », *loc. cit.*, p. 597 ; G. de la Martinière, « Marché européen de l'assurance, les défis de l'après 2005 », *loc. cit.*, p. 222.

544A. Mérieux, Les places internationales d'assurance, *loc. cit.*, p. 161.

## **Conclusion du titre :**

**349.** Dans la démarche de la définition du secteur des assurances soumis au droit de la concurrence, la détermination des différents marchés matériels et géographiques d'assurance demeure primordiale. À cet égard, la démarche semble-t-elle influencée par diverses normes d'ordre juridique, économique et politique intervenant dans l'élaboration et la commercialisation des produits et services d'assurance. Aujourd'hui, si les normes juridiques gouvernent la détermination des marchés matériels et géographiques des différents produits et services de branches et sous-branches d'assurance, le pragmatisme des opérateurs d'assurance dans la personnalisation de ces produits et services affecte de manière tentaculaire la dimension matérielle et géographique des différents marchés d'assurance en matière concurrentielle.

**350.** Assurances de dommages et assurances de personnes ou assurances vie et assurances non-vie contiennent différentes branches de produits et services d'assurance pouvant se diversifier en plusieurs sous-branches selon l'offre et la demande. De la même manière, celles-ci peuvent se personnaliser collectivement au profit d'un groupe d'assurés ou individuellement pour chaque assuré. Par conséquent, le secteur des assurances apparaît être composé d'un ensemble des marchés d'assurance résultant de l'ensemble des produits et services relatifs aux différentes branches et sous-branches d'assurance.

**351.** Il reste une problématique liée à la détermination de la dimension géographique des différents marchés d'assurance liées aux différents produits et services des branches et sous-branches d'assurance. À cet égard, il résulte de la pratique et de la nature de l'activité que certains produits et services d'assurance sont de dimension local, régional ou national mais d'autres revêtissent une dimension internationale. Le processus de construction européenne du marché unique de l'assurance semble animer un débat spécifique lié à la détermination de la dimension géographique des différents marchés d'assurance ouverts à la concurrence. Alors que les différents produits et services des branches et sous-branches d'assurance sont théoriquement susceptibles d'être proposés et souscrits dans l'ensemble des pays membres de l'UE, les marchés d'assurance liés aux risques dits de « masse » conservent toujours leur dimension nationale. La divergence des réglementations nationales des États membres nous interdit de se prétendre à une dimension européenne des

marchés dans ce domaine. C'est seulement les marchés d'assurance couvrant les grands risques ou les risques d'entreprises qui ont pu profiter de l'ouverture du marché unique de l'assurance. Ce succès s'explique par le caractère international de ces risques et de leur couverture. L'ouverture du marché unique de l'assurance était l'occasion pour faciliter l'exercice des activités des entités d'assurance opérant dans ce domaine et sans se soucier des contraintes liées aux exigences des autorités de contrôle ou de la réglementation des différents pays de l'UE.

## Conclusion de la première partie

**352.** Pour conclure la première partie, on constate que depuis la déclaration de la jurisprudence de la soumission du secteur des assurances aux règles de concurrence, la question de la détermination de ce secteur est dans une phase critique et mouvante sur le plan matériel et géographique.

**353.** À cet égard, la diversité des produits et services d'assurance, des techniques utilisées et des opérateurs d'assurance constituent des obstacles à la mise en place d'une définition unique du secteur. Cependant, l'ensemble des définitions de l'assurance (contrat, activité ou opération) présenté au cas par cas et selon les espèces participent collectivement dans la détermination de la notion du secteur des assurances soumis au droit de la concurrence.

**354.** Toutefois, la question de la soumission de tous les opérateurs ou organismes proposant des produits et services d'assurance aux règles du droit de la concurrence présente une difficulté spécifique liée à la nature et à l'objet de certains opérateurs et leurs prestations. Ce sont surtout les organismes assureurs relevant du système de la protection sociale qui rendent la mission assez délicate. À cet égard, la soumission progressive du secteur des assurances aux règles de concurrence aurait contribué à enlever les frontières juridiques et politiques établissant une différence de traitement entre compagnies d'assurance, mutuelle et institution de prévoyance. Au simple critère subjectif, fondé sur la mode de fonctionnement, utilisé en 1991, s'ajoute désormais un critère objectif fondé sur la concurrence sur le marché exercée par les sociétés d'assurance. La Cour de justice, influencée par le droit de la concurrence qui est considéré comme un pilier fondamentale pour l'UE et ses États-membres<sup>545</sup>, montre, tout en tentant de conserver en aval les avantages sociaux résultant des régimes relevant de la protection sociale, un engagement pour soumettre, en amont, ces différentes activités au règles du droit de la concurrence. Pourtant, la soumission des assurances relevant du système de la Sécurité sociale aux règles de concurrence demeure une question relevant de la volonté des autorités compétentes des États membres de l'UE.

**355.** Par ailleurs, la détermination matérielle et géographique du secteur des assurances présente un

---

<sup>545</sup>Le droit de la concurrence au niveau national n'a jamais été considéré comme droit ayant une valeur constitutionnel. Seules les liberté du commerce et de l'industrie et celle d'entreprendre, regroupées sous le terme « libertés économiques » sont considérées comme ayant une valeur constitutionnelle : *Cf.*, E. Claudel, « Droit de la concurrence et contrôle de constitutionnalité : de rares rencontres », *RTD com.* 2015. 697 ; Au niveau européen la question reste sans réponse. Mais le rôle que joue le droit européen de la concurrence dans l'ouverture et l'organisation du marché intérieur de l'UE fait que ce droit peut s'attribuer une valeur constitutionnel.

aspect particulier vis-à-vis d'autres secteurs d'activité. Depuis les années 2000, afin de faire face à l'ouverture du secteur des assurances au niveau européen, de fidéliser le maximum possible des clients assurés et de conquérir de nouveaux clients, de nouvelles approches de la clientèle se sont développées. Pour s'adapter aux évolutions de la demande, les opérateurs d'assurance ont mis en place de multiples offres de produits et services d'assurance avec des réponses toujours plus pointues et en phase avec les attentes d'un seul ou de plusieurs clients. Désormais les offres sont proposées et présentées souvent sous diverses formes et de manière personnelle.

**356.** Ainsi, malgré la réglementation de la commercialisation des produits et services d'assurance en branche et sous branche et l'ouverture européenne propre au secteur des assurances, plusieurs marchés d'assurances matériels et géographiques peuvent être envisagés au sein de même branche ou sous branche. Cela aura pour conséquence que la substituabilité du côté de l'offre ou de la demande peut être altérée d'un organisme à l'autre et d'un secteur géographique à un autre. La délimitation du marché pertinent reste particulier au niveau des sous-branches en raison de la différence des caractéristiques des produits, des risques couverts et de la clientèle et de la variation des primes résultant de cette différence.

**357.** Si la délimitation du secteur des assurances soumis au droit de la concurrence pose des difficultés liées à ses spécificités, à son tour, l'application du droit de la concurrence dans le domaine de l'assurance, comme on le verra dans la deuxième partie, est régulièrement influencée par ces différents aspects spécifiques de ce secteur.

## Partie 2. L'adaptation des règles du droit de la concurrence au secteur des assurances

**358.** Comme tous les autres secteurs économiques, le domaine des assurances a subi, de plein fouet, les assauts des différentes règles du droit de la concurrence. Toutefois, la pratique décisionnelle et jurisprudentielle a montré une spécificité particulière liée aux caractéristiques du secteur en cause. La discussion sur l'application du droit de la concurrence dans ce secteur reste ouverte et plusieurs points particuliers au secteur posent question.

**359.** L'aléa caractérisant l'activité des entreprises d'assurance demeure la problématique la plus discutée. Pour déterminer le coût des sinistres résultant de la garantie des événements liés au futur, l'assureur doit procéder par voie de prévision, en fonction de la probabilité de réalisation de l'événement assuré et de l'étendue envisageable du sinistre. L'objectif de ce type d'activité ainsi que le rôle socio-économique des assurances pour la collectivité ordonnent que l'exécution de tout contrat soit constamment garantie et, par voie de conséquence, que chaque entreprise soit solvable. Ces deux principes directeurs conférant à toute réglementation en la matière un caractère d'ordre public<sup>546</sup> ne peuvent être sans incidences sur l'application des règles de concurrence aux entreprises concernées et peuvent justifier la prise en compte des particularités et des difficultés propres à ce secteur économique.

**360.** Malgré le fait que la CJCE ait déclaré dans son arrêt de 1987<sup>547</sup> que le régime communautaire de la concurrence est applicable de plein droit au secteur des assurances sans aucune dérogation expresse, la Cour a précisé que « *cette constatation n'implique nullement que le droit*

---

546V., dans ce sens les conclusions de l'avocat général Marco Darmon, aff. 45/85 *Verband der Sachversicherer c/ Commission*.

547CJCE., 27 janvier 1987, aff., 45/85, *Verband der Sachversicherer e.V. contre Commission des Communautés européennes*, recueil de jurisprudence, 1987, P. 00405.

*communautaire de la concurrence ne permet pas de tenir compte des particularités de certains secteurs d'activité économique. Il appartient en effet à la Commission, dans le cadre de l'article 85, § 3 du Traité (devenu l'article 101, §3 du TFUE), de tenir compte de la nature particulière de différents secteurs économiques et des difficultés propres à ces secteurs ».*

**361.** L'étude de la pratique décisionnelle et jurisprudentielle démontre une application particulière du droit de la concurrence aux comportements des entreprises dans ce secteur spéculatif (**titre I**). Bien que les caractéristiques spécifiques de l'activité d'assurance aient abouti à la mise en place d'un règlement d'exemption propre, la particularité de certaines branches de cette activité ainsi que sa contribution à la réalisation des objectifs de politiques économiques et sociales commandent aujourd'hui une application de plus en plus modérée des règles du droit de la concurrence (**Titre II**).

## **Titre I-Un contrôle approprié de comportements sur les marchés d'assurance**

**362.** Le droit de la concurrence est un ensemble de règles qui a pour objet le maintien de la libre concurrence entre entreprises sur le marché. Ces règles ont essentiellement pour objet de sauvegarder les structures d'entreprises et de maintenir des comportements concurrentiels qui sont l'essence de l'économie de marché.

**363.** Le marché de l'assurance peut être affecté par des comportements anticoncurrentiels émanant des entreprises opérant dans le secteur, mais aussi, des États membres de l'UE. Pour faire face à cette menace les règles du droit de la concurrence imposent aux différents acteurs des normes concurrentielles. Ainsi, deux classes de règles visant les comportements et les actions sur les marchés sont concernés : celles qui s'appliquent aux entreprises et celles qui visent les États.

**364.** La structure propre du secteur des assurances et la diversité des relations qu'il entretient avec les différents secteurs économiques a pour conséquences de révéler la spécificité de situations et de comportements liés à ce secteur face aux règles du droit de la concurrence. La pratique décisionnelle et jurisprudentielle a montré une singularité du contrôle exercé par les règles de concurrence en ce qui concerne les comportements des entreprises sur le marché d'assurance (**Chapitre 1**), mais aussi, concernant les comportements des États (**Chapitre 2**).

## Chapitre 1-Le contrôle de comportements des entreprises d'assurance

**365.** Le droit de la concurrence réprime les comportements des entreprises sur les marchés par le biais de deux ordres d'interdictions. L'un est lié aux accords qui peuvent se former entre entreprises concurrentes et constituer des ententes anticoncurrentielles, et l'autre est relatif aux comportements qui peuvent émaner des entreprises disposant d'une position dominante sur le marché.

**366.** Ces deux prohibitions sont aujourd'hui inscrites aux articles 101 et 102 de TFUE<sup>548</sup> et aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce en droit interne<sup>549</sup>. Le respect de ces dispositions est assuré par un contrôle exercé par les autorités européenne et nationale, en l'occurrence, la Commission européenne au niveau européen et l'Autorité de la concurrence au plan national.

**367.** Dans le domaine des assurances, les autorités compétentes ont été confrontées à de nombreuses pratiques qui auraient pu être qualifiées d'ententes ou d'abus de position dominante. La pratique décisionnelle et jurisprudentielle illustre que la particularité du secteur des assurances a créé des difficultés spécifiques liées à la preuve des pratiques à objet ou effet anticoncurrentiel. Certaines décisions rendues dans ce secteur à l'encontre des pratiques qualifiées d'ententes (**Section I**) ou d'abus de position dominante (**Section II**) semblent pouvoir démontrer l'application spécifique du droit de la concurrence dans le secteur des assurances.

---

548JOUE, C 115/47 ; les anciens articles 81 et 82, TCE ; ex-article 85 et 86, CE.

549Les dispositions du titre III de l'ordonnance du 1 décembre 1986, n° 86-1243 relative à la liberté du prix et de la concurrence

## Section I- Les ententes en matière d'assurance

**368.** La diversité des structures et des conditions de fonctionnement des entreprises du secteur des assurances pourrait favoriser l'établissement d'accords ou la mise en œuvre de pratiques concertées entre un certain nombre d'opérateurs et au détriment des autres. Il peut s'agir par exemple de pratiques de répartition, d'exclusion de marchés ou d'entrave à l'accès.

**369.** Les articles 101, paragraphe 1 du TFUE et L. 420-1 du Code de commerce prohibent les pratiques mises en place par au moins deux entreprises, qui ont pour objet ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur un marché donné<sup>550</sup>.

**370.** Par ailleurs, dans l'assurance certains accords qui constitueraient des pratiques anticoncurrentiels se sont révélés bénéfiques aux consommateurs et nécessaires au bon fonctionnement du secteur des assurances<sup>551</sup>. Il ne faut pas oublier que le risque fait partie de la vie des affaires et essentiellement du secteur des assurances. Afin de réduire au maximum l'effet destructif des risques et dans un but préventif et social, le législateur a pu intervenir et autoriser certaines opérations de regroupement. Les fédérations des mutuelles de l'article L. 111-5 du Code de la mutualité et celles des institutions de prévoyance de l'article L. 933-5 du Code de la sécurité sociale constituent le meilleur exemple. Celles-ci ont pour objet de faciliter la définition et la mise en œuvre d'orientations communes d'activités de leur membres et de veiller à leur application par chacun, notamment dans les domaines de fixations des tarifs, des politiques de développement et de gestion financière. Elles

---

<sup>550</sup>Sur les caractéristiques des ententes qui devraient être prohibées : Cf., L. Grynbaum, *Assurances, Acteurs, Contrats, Risques des consommations, Risques des entreprises*, L'ARGUS éd., 2013-2014, p. 114.

<sup>551</sup>OCDE, Comité de droit et de la politique de la concurrence, Concurrence et questions de réglementation connexes dans l'assurance, *Revue de l'OCDE*, Paris OCDE, 1999.

peuvent également mettre en place des principes directeurs communs en matière de cession et d'acceptation en réassurance, de gestion du personnel et de l'action social<sup>552</sup>. Plus spécifiquement, les fédérations des mutuelles peuvent notamment prévoir la mise en œuvre des systèmes fédéraux de garantie<sup>553</sup>. Dans les mêmes perspectives, la FFSA (désormais FFA) assure un rôle de coordinateur sur les mêmes questions entre ses membres. Bien que ces différentes formes de fédération spécifique soient légalement constituées par leurs membres, il faut observer que leur fonctionnement peut avoir des effets destructifs sur la concurrence dans le secteur des assurances. La pratique décisionnelle et jurisprudentielle est alors venue sanctionner certaines pratiques au titre des ententes anticoncurrentielles.

**371.** Toutefois, la prohibition applicable à ces fédérations ou à leurs membres peut empêcher ou retarder l'adaptation du secteur des assurances à l'évolution des risques et leur innovation. Le manque d'expérience et la méconnaissance de nouveaux risques constituent un élément essentiel d'hésitation des entreprises du secteur pour prendre en charge la garantie de certains événements. En assurance, plusieurs formes d'ententes ont pu être sanctionnées (**Paragraphe 1**). Toutefois, la nécessité de l'établissement de certains accords et conventions a sollicité l'adoption d'un règlement d'exemption catégorielle particulier au secteur des assurances (**Paragraphe 2**).

---

552L. Grynbaum, *op. cit.*, p. 42 et 49.

553Paragraphe 4, article 111-5 du Code de la mutualité.

## **§1. Formes d'ententes prohibées dans le secteur des assurances**

**372.** Différentes situations particulières d'ententes peuvent être relevées dans le secteur des assurances. Du fait de la diversité des relations des opérateurs d'assurance sur le marché, des ententes horizontales ou verticales peuvent être caractérisées soit entre les entreprises d'assurances elles-mêmes (**A**) soit entre celles-ci et d'autres acteurs économiques (**B**).

### **A. Ententes classiques entre assureurs**

**373.** La diversité des structures, l'aléa et le mécanisme de fonctionnement des entreprises du secteur des assurances pourraient favoriser l'établissement d'accords ou la mise en œuvre de pratiques concertées entre entreprises d'assurance de même forme juridique ou dont la forme est différente et au détriment des autres catégories d'entreprises. Ces pratiques, accords ou conventions, même s'ils n'ont aucun objet anticoncurrentiel, peuvent avoir pour effet d'évincer des concurrents, leurs produits ou circuits de production du marché.

**374.** Dans une décision du Conseil de la concurrence<sup>554</sup>, a été qualifié d'entente anticoncurrentielle

---

<sup>554</sup>Cons. Conc., Déc., n° 01-D-55, 21 décembre 2001, relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché du remboursement complémentaire à l'assurance maladie, définitive.

« un Pacte d'Union » mis en œuvre par la fédération nationale de la mutualité française (FNMF) contenant des clauses de non-concurrence entre les mutuelles de la fédération et des clauses tarifaires à respecter. Ces clauses ont été appliquées par certains membres de la FNMF, en l'occurrence la Mutuelle Nationale Hospitalière(MNH), la Mutuelle française du Gard et l'Union départementale, contre la Mutuelle de sud. En effet, celle-ci a démarché des personnels de l'hôpital d'Alès faisant partie de la clientèle de la MNH. Le Conseil de la concurrence a énoncé que cet accord constitue une entente au sens de l'article L. 420-1 du Code de commerce, dès lors qu'il résulte d'un accord de volonté entre les membres de la FNMF, en considérant que les clauses de non-concurrence constituent un accord de partage du marché entre les membres ayant pour objet et pour effet de supprimer toute concurrence<sup>555</sup>.

**375.** Des ententes particulières sur les primes d'assurance ont pu également être condamnées par les autorités de la concurrence. La CJCE dans l'arrêt *Verband der Sachversicherer* précité<sup>556</sup> a jugé que la recommandation émanant d'une association allemande d'assurance prescrivant une augmentation des primes d'assurance dans le secteur des assurances industrielle-incendie tombait sous le coup de la prohibition des ententes. Elle a estimé que malgré la particularité du secteur des assurances, cette recommandation n'était pas justifiée au regard de l'article 101 §3 TFUE. L'augmentation, portait atteinte à la concurrence et dépassait les avantages présentés par l'opération parce qu'elle englobait non seulement les coûts des sinistres, mais aussi les charges de gestion des compagnies. La cour a ainsi estimé que cette recommandation « *était susceptible de par sa nature générale et indifférenciée, d'apporter des restrictions à la concurrence qui allaient au-delà de ce qui était nécessaire pour assainir le secteur concerné* ».

**376.** Par ailleurs, dans une autre décision, le Conseil de la concurrence, saisi par un syndicat des courtiers en assurance, le Syndicat français des assureurs conseils (SFAC), contre des entreprises d'assurance directe en raison des pratiques de prix prétendus abusivement bas, a exclu toute qualification anticoncurrentielle. En l'espèce, selon l'analyse du marché, les tarifs proposés par les sociétés d'assurance directe étaient de 40 à 50 % moins chers que ceux pratiqués par les compagnies traditionnelles. Devant le Conseil de la concurrence, le SFAC a estimé que ces tarifs sont proposés

---

<sup>555</sup>*Ibid*, pt. 62 ; Cette décision a été prise quelques années après une décision ayant prononcé l'irrecevabilité pour absence d'éléments suffisamment probants et confirmé par la cour d'appel de Paris suite à une saisine dénonçant particulièrement l'existence d'un Pacte d'Union signé entre toutes les mutuelles sectorielles et aboutissant au partage du marché de la fonction publique : Cons. Conc. Déc., 28 avril 1993, n° 93-D-07, relative à la saisine présentée par la mutuelle générale des services publics : Cour d'appel de Paris, 11 janvier 1994.

<sup>556</sup>CJCE, 27 janvier 1987, aff., 45/85 *Verband der Sachversicherer*, préc.

afin d'évincer les concurrents de ces sociétés. Dans sa décision<sup>557</sup>, le Conseil de la concurrence a estimé qu'aucun élément de dossier ne permettait d'établir que les tarifs pratiqués par les assureurs directs avaient eu pour effet d'évincer les courtiers concurrents ou avait été la cause directe d'une baisse importante de leur chiffre d'affaires. Dans cette décision, la part de marché inférieure à 3 % détenue par les sociétés d'assurance directe était aussi un élément important dans la décision, puisque cela ne permettait pas de montrer que les courtiers étaient victimes d'une pratique d'éviction.

**377.** Dans une autre affaire relative à une pratique d'entente plus particulière, le Conseil de la concurrence a dû se prononcer sur des menaces émises par la Fédération Nationale des Syndicats d'Agents Généraux d'Assurance (FNSAGA) et ses chambres syndicales à l'encontre de ses membres garagistes et concessionnaires indicateurs d'assurance. En l'espèce, après un échange d'informations et de renseignements, des menaces de déconventionnement ont dû être lancées contre les concessionnaires et garagistes afin de dissuader ces derniers d'intervenir sur le marché de la distribution des assurances automobiles de leurs concurrents. Le Conseil a qualifié ces pratiques d'ententes ayant pour objet d'évincer les concurrents du marché de la distribution de l'assurance automobile<sup>558</sup>.

**378.** Par ailleurs, il est très courant que des ententes se forment entre entreprises d'assurances afin de prendre en charge des risques dont la couverture ne peut être garantie par un seul assureur. Dans un tel cas, la prohibition liée aux ententes peut être exclue. Dans une décision relative au marché de l'assurance maritime<sup>559</sup>, l'Autorité de la concurrence européenne a ainsi exclu un accord de partage de sinistres entre mutuelles spécialisées couvrant 89 % du marché mondial pour l'assurance en responsabilité civile et contractuelle maritime (protection et indemnité – P&I). Selon la Commission, cet accord n'était pas interdit par les dispositions de l'article 101, paragraphe 1, parce que les membres des clubs P&I n'étaient pas des concurrents réels et potentiels vu qu'ils étaient incapables d'assurer seuls les risques qualifiés « *très grands risques en responsabilité maritime* » couverts par le groupement.

---

557Cons. Conc ; Déc., n° 02-D-66, 6 novembre 2002 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés d'assurance directe.

558Cons. Cons., Déc. n°93-D-46, 3 novembre 1993, relative à une saisine de Conseil National des professions de l'automobile à l'encontre de la Fédération national des syndicats d'agents généraux d'assurances, de la chambre syndicale des agents généraux d'assurances de l'Eure et de la chambre syndicale des agents généraux d'assurance de Calvados, définitive.

559Commis. CE., Déc., 12 avril 1999, n° 1999/329/CE, Clubs P & I relative à un accord de mise en commun, *JOCE* L 125, 19/05/1999, pp. 12-31.

**379.** De la même manière, la Commission européenne a clôturé trois enquêtes ouvertes à l'égard de trois groupements de coassurance sur le marché d'assurance en responsabilité nucléaire. Dans ces affaires, la Commission européenne a conclu que sans les accords de groupement, une assurance en responsabilité nucléaire avec une couverture adéquate pour les risques impliqués ne pourrait être fournie<sup>560</sup>.

**380.** Pourtant, cette nécessité ne semble-t-elle pas permettre la tolérance de certaines pratiques anticoncurrentielles. Le Conseil de la concurrence a été amené à analyser l'effet potentiellement anticoncurrentiel de certains usages propres à l'activité de coassurance. Il a, ainsi dans son avis de 2003<sup>561</sup>, estimé que les pratiques mises en œuvre dans le cadre de l'activité de coassurance par le biais de la clause dite « *l'assureur le plus favorisé* » était de nature à restreindre le jeu de la concurrence sur le marché en favorisant une hausse artificielle des prix au détriment de leur libre fixation par le jeu du marché. En effet, il a précisé qu' « *en étendant à l'ensemble des offres d'assureurs les conditions obtenues par un seul d'entre eux, la clause substitue les conditions obtenues par une société à l'appréciation que chaque entreprise du groupement porte sur ses coûts de revient, son prix de vente, et plus généralement sur son offre, au moment de poser sa candidature pour entrer dans le groupement* ». Ainsi, si la pratique favorisait l'établissement des conditions commerciales équivalentes à l'ensemble des conditions obtenues par les membres du groupement concurrents, l'atteinte disproportionnée à l'intérêt des consommateurs assurés peut conduire à condamner cette pratique.

**381.** À côté de ces cas classiques d'ententes verticales ou horizontales entre assureurs, d'autres situations d'ententes propres au secteur des assurances méritent, en raison de leur composition particulière, d'être analysées séparément.

---

<sup>560</sup> V., dans ce sens la direction générale de la concurrence, document de consultation portant sur l'examen du fonctionnement du règlement (CE) n° 358/2003 de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le secteur des assurances, document consulté sur le site de l'UE, dernière consultation 16 septembre 2015, sous le lien: [http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial\\_services/consultation\\_paper\\_17042008\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/consultation_paper_17042008_fr.pdf).

<sup>561</sup> Cons. Conc. Avis, n° 03-A-19, 17 novembre 2003 relatif à une demande de la Fédération française des courtiers d'assurances et de réassurances portant sur les conditions de négociation des contrats de coassurance des risques industriels.

## **B. Ententes particulières entre assureurs et autres acteurs économiques**

**382.** Sur le marché des assurances, des pratiques ou des accords plus spécifiques peuvent être conclus entre entreprises d'assurance et d'autres acteurs économiques. En effet, les opérateurs d'assurance peuvent trouver des intérêts communs avec des acteurs exerçant des activités économiques qui font eux-mêmes l'objet ou la finalité du contrat d'assurance en cas de sinistre. Et à l'inverse, ces derniers acteurs économiques peuvent optimiser leurs activités économiques en s'associant à des entreprises d'assurance. C'est dans ce cadre que des pratiques ou des accords liant ces deux acteurs distincts peuvent être mis en place dans le secteur à l'initiative de l'un ou de l'autre des membres des secteurs concernés.

**383.** Dans le cadre de ces conventions ou accords spéciaux, des ententes anticoncurrentielles peuvent être constatées. Le Conseil de la concurrence, dans sa décision « *Santéclaire* »<sup>562</sup>, concernant le marché de l'assurance complémentaire santé, a sanctionné pour boycott l'ordre des chirurgiens-dentistes et plusieurs conseils départementaux pour avoir incité entre 2000 et 2008 les chirurgiens-dentistes à boycotter un partenariat avec la société Santéclaire intervenant pour des compagnies d'assurance et des mutuelles en matière de couverture complémentaire santé. La cour d'appel de Paris a approuvé cette décision en rejetant le pourvoi intenté par les intéressés<sup>563</sup>.

**384.** Dans une autre décision, le Conseil de la concurrence a dû également se prononcer sur la situation particulière de boycott<sup>564</sup> concernant des directives envoyées par la Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA) à ses adhérents de ne pas fréquenter un salon professionnel « *Assur-Expo* » au début des années 1990. En l'espèce, après une consultation, la FFSA a donné son feu vert afin d'organiser annuellement un salon professionnel dénommé « *Assur-Expo* ». Le but était de créer un nouveau réseau de commercialisation et de distribution des produits et services

---

<sup>562</sup>Cons. Conc. Déc., n° 09-D-07, 12 février 2009, préc.

<sup>563</sup>CA Paris, 19 janvier 2010, Pôle 5, Chambre 5-7, RG 2009/06049.

<sup>564</sup>Cons. Con. Déc., n°99-D-68, 9 novembre 1999, relative à des pratiques mises en œuvre par la Fédération française des sociétés d'assurances; CA Paris, 27 juin 2000, rejet ; Cass. Com., 22 octobre 2002, n° 00-18.048.

d'assurances. Le salon a été organisé annuellement dès 1985. Cinq ans après, la FFSA a lancé une enquête auprès de certaines sociétés d'assurance afin d'évaluer les opinions sur le salon « *Assur-Expo* ». Par la suite, elle a trouvé que 11 % des sociétés d'assurance n'ont jamais participé depuis 1986. Il s'est également avéré que ce salon manifestait une rencontre plutôt entre professionnels de l'assurance qu'entre ces derniers et le grand-public. La mise en cause de l'efficacité économique et commerciale de celui-ci a, par la suite, sollicité une réflexion sur son existence, la réduction de nombre de ses participants et finalement la cessation de l'organisation de la manifestation par la société Vidale organisatrice du salon. Le Conseil de la concurrence a, après avoir constaté que cette manœuvre constituait une pratique concertée qui conduisait à la disparition de ce salon où des intermédiaires d'assurance choisissent entre divers produits d'assurance, estimé qu'elle était dépourvue d'objet ou d'effet anticoncurrentiel. Selon le Conseil de la concurrence, le fait que les consommateurs finals avaient bien d'autres moyens d'achat des produits d'assurance que le recours aux intermédiaires (assureurs directs, sociétés d'intermédiaire, bancassurance) et que d'ailleurs, la fonction des intermédiaires devait conduire à distribuer les produits d'assurance présentant le meilleur rapport qualité-prix, le salon « *Assur-Expo* » ne leur était pas indispensable pour comparer leur valeur respective, même s'il pouvait leur faciliter la tâche.

**385.** La Cour de cassation a rejeté le recours contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris contre la décision du Conseil de la concurrence en motivant que « *c'est à bon droit que la cour d'appel estimant que les pratiques arguées de boycott et alléguées par la société participante à un salon professionnel sur le marché de l'assurance ne peut être ainsi qualifié, dès lors que la volonté d'éviction de cette société par la FFSA ayant diffusé une lettre à ses adhérents, n'était pas établie* ». Par cet arrêt, la Cour de cassation, en confirmant l'analyse de la cour d'appel de Paris, exige l'existence d'une volonté délibérée de l'auteur de ce genre de pratique<sup>565</sup>. En revanche, il n'est pas nécessaire que cette volonté délibérée soit expresse, elle peut être déduite des circonstances de l'opération. Le Conseil de la concurrence dans la décision relative à la société Santéclair<sup>566</sup> a caractérisé cette volonté délibérée par la circonstance de la pression exercée sur les chirurgiens-dentistes pour qu'ils quittent ou s'abstiennent de rejoindre le réseau Santéclair, représentant plusieurs sociétés d'assurance fonctionnant sur le marché de remboursement complémentaire santé.

**386.** Dans une autre situation particulière, concernant l'assurance de la responsabilité civile professionnelle, des organismes, des associations ou des syndicats peuvent intervenir pour assurer la

<sup>565</sup>La jurisprudence avait pu considérer jusqu'à là que le boycott devait être sanctionné en soi-même de simple fait de sa gravité ; ex, cf. C A Paris, 10 mars 1998, BOCCRF 27 mars, D. 1998, I.R. p.106.

<sup>566</sup>Cons. Conc. Déc., n° 09-D-07, préc.

souscription d'un contrat d'assurance collective au profit de leurs membres et à des meilleures conditions en terme qualité-prix. Ce contrat peut tomber sous le coup de la prohibition d'ententes lorsqu'ils portent atteinte à la concurrence sur le marché. Le Conseil de la concurrence dans sa décision relative au Barreau des avocats de Marseille<sup>567</sup>, concernant l'assurance de la responsabilité civile professionnelle des avocats, a retenu des pratiques qualifiées d'entente prohibée à l'encontre des concertations relatives aux polices d'assurance souscrites par le Barreau auprès des assureurs « *au titre de la garantie de la responsabilité civile d'exploitation, la garantie des objets et vêtements déposés dans les vestiaires de l'ordre et la garantie des dommages par catastrophe naturelle* » en complément à la garantie obligatoire de la responsabilité civile résultant de l'exercice de la profession. Il a estimé que « *ni l'assurance de la responsabilité civile exploitation, ni l'assurance des objets et vêtements déposés dans les vestiaires de l'Ordre, ni les dommages par catastrophes naturelles ne correspondaient à des risques propres à l'exercice de la profession d'avocats et ne relevaient de leur obligation d'assurer leur responsabilité civile professionnelle* »<sup>568</sup>. En contrepartie, l'assurance collective de responsabilité civile professionnelle obligatoire des avocats souscrite par le Barreau a été exclue de la prohibition de l'article L. 420-1 du Code de commerce. Selon le Conseil de la concurrence, Le caractère obligatoire de cette assurance, l'obligation fait au barreau d'assurer la souscription de tels contrats et les avantages qui en résultaient étaient les raisons pour lesquels la pratique a été exclue de la prohibition. Donc, le Conseil de la concurrence a considéré que seule l'assurance des risques non obligatoires imposée par le Barreau de Marseille dans son contrat d'assurance collective constituait une pratique susceptible d'avoir un effet anticoncurrentiel. Selon le Conseil, dans ce cas, les avocats n'ont plus le choix entre leur assureur ou leurs conditions d'assurance<sup>569</sup>.

**387.** De leur part, les assureurs peuvent également orienter leurs clients assurés vers un certain nombre de professionnels avec lesquels ils ont des intérêts réciproques. Pour cela, certains accords peuvent être conclus et constituer une atteinte à la concurrence dans la mesure où leur objet ou leur effet peuvent être anticoncurrentiel sur des marchés amont ou aval. À ce propos, dans une décision de 1995<sup>570</sup> le Conseil de la concurrence a eu à apprécier la validité, au regard du droit de la concurrence, d'une qualification donnée par l'Assemblée plénière des sociétés d'assurance dommages (APSAD) aux extincteurs et aux règles d'installation et de maintenance de ces appareils.

---

567Cons. Conc. Déc., n° 03-D-03, 16 janvier 2003, préc., définitive.

568Ibid, pt. 51.

569Cf., L. Grynbaum, *op. cit.*, p. 117.

570Cons. Conc. Déc., n° 95-D-50, 4 juillet 1995, relative à des pratiques relevées sur les marchés de l'installation et de la maintenance des extincteurs ; pourvoi, CA Paris, 12 avril 1996, rejet.

L'utilisation, par une entreprise assurée, de matériels non qualifiés par l'APSAD autorisait l'assureur à lui infliger une pénalité équivalente à 10 % de la prime d'assurances. Le Conseil a estimé que les clauses prévoyant les conditions d'agrément, non « *fondées sur des critères objectifs de nature à permettre de vérifier la compétence technique et la stabilité commerciale et financière des entreprises candidates* », ont pu avoir un effet anticoncurrentiel sur le marché des extincteurs et constituaient des pratiques prohibées sur le fondement de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

**388.** De même, dans un avis sollicité par le Conseil national des professions de l'automobile<sup>571</sup> le Conseil avait à apprécier, s'agissant du secteur de la réparation-collision, la validité, au regard du droit de la concurrence, des relations contractuelles entre assureurs et réparateurs agréés. Les assureurs agréent leurs propres réparateurs de voiture. Leurs relations sont régies par des conventions prévoyant le délai de réparation, des barèmes de prix et comportant une clause prévoyant que l'assureur paie directement le réparateur. La principale question posée au Conseil était la suivante : un refus d'agrément de la part des assureurs peut-il être motivé par la présence d'un nombre suffisant de réparateurs ? Le Conseil a estimé que ce motif de refus d'agrément n'était pas anticoncurrentiel, car il n'entravait pas véritablement l'accès au marché de la réparation-collision, beaucoup d'assurés préférant recourir à des réparateurs non agréés. En outre, l'agrément d'un trop grand nombre de réparateurs n'aurait pas permis à chacun d'entre eux de pratiquer des conditions tarifaires favorables profitant en définitive aux assurés.

**389.** Plus récemment, sur cette question, l'Autorité de la concurrence a été sollicitée pour un avis<sup>572</sup> sur l'effet du développement de réseaux de soins agréés par les organismes complémentaires d'assurance maladie (OCAM). L'avis a été sollicité afin de savoir si le développement de ces réseaux était favorable à la concurrence et aux intérêts des patients. Dans cet ordre, les OCAM ont des partenariats avec des professionnels de la santé reposant sur des engagements réciproques. D'une part, le professionnel de santé agréé s'engage à fournir un niveau de qualité des services rendus aux assurés, à mettre en place le tiers payant et à respecter une certaine modération tarifaire. En contrepartie, les assurés de l'organisme concerné sont orientés vers les professionnels de santé membres de réseau agréé, ce qui leur assure un flux de clientèle régulier. Dans son avis, l'Autorité de la concurrence a estimé que de telles conventions sont susceptibles de constituer le support de

---

571 Cons. Conc. Avis, n° 98-A-15, 3 novembre 1998, relative à une demande d'avis présentée par le Conseil national des professions de l'automobile sur les conventions d'agrément entre assureur et réparateurs automobile et certaines pratiques observées sur le marché de la réparation collision.

572 ADLC, Avis, n° 09-A-46, 9 septembre 2009, relative aux effets sur la concurrence du développement de réseaux de soins agréés.

pratiques ayant pour objet ou pour effet d'exclure certains professionnels du marché concerné. Toutefois, elle a ajouté que le développement de tel conventionnement est susceptible d'engendrer un fonctionnement plus concurrentiel du marché dans la mesure où les professionnels non conventionnés par les OCAM seront incités à offrir soit des services supplémentaires (telles que des conditions de paiement différé), soit une qualité de services supérieure ou encore des tarifs attractifs, pour continuer à attirer des assurés.

**390.** Cette question des accords d'agrément nous amène à s'intéresser à une autre question proche et qui a fait l'objet de beaucoup de discussions au sein de la doctrine et de la jurisprudence. En l'occurrence, il s'agit de la légitimité des décisions des organismes représentatifs des employeurs et des travailleurs relevant d'un secteur déterminé de constituer un régime unique d'assurance complémentaire et de confier la gestion de ce régime à un ou plusieurs organismes assureurs. Ces organismes représentatifs sont en effet habilités par la loi à constituer, par la voie des conventions collectives, des régimes d'assurance complémentaire dont la gestion est confiée exclusivement à un ou plusieurs opérateurs d'assurance. L'attribution de la gestion se fait par le biais de la clause dite de « désignation » insérée souvent dans les accords et conventions collectifs. En principe, et selon la jurisprudence, ces conventions ou accords relevant du droit social, ne tombent pas sous le coup de l'interdiction des ententes dès lors qu'elles sont conclus dans le cadre des négociations collectives et dans le but de réaliser des objectifs sociaux<sup>573</sup>. Toutefois, il faut indiquer que depuis la déclaration par le Conseil constitutionnel de l'inconstitutionnalité de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale<sup>574</sup>, les partenaires sociaux n'ont plus la possibilité de désigner un ou plusieurs assureurs afin de gérer leur régime d'assurance complémentaire établi dans le cadre des négociations collectives. Tout en gardant la légalité des régimes d'assurance complémentaire établis dans le cadre des négociations collectives, le Conseil constitutionnel a considéré que la clause de désignation était contraire au principe de liberté d'entreprendre et à celui de liberté contractuelle. Désormais, les partenaires sociaux peuvent seulement inclure des clauses dites de « recommandation » en préconisant la souscription des contrats d'assurance auprès d'un tel ou tel organisme assureur.

**391.** Par ailleurs, les contrats d'assurance collective conclus en dehors de cadre de négociation collective n'auront pas la même issue. Dans ce sens, la CJCE a précisé, dans l'arrêt *Pavel Pavlov* que la décision de l'association des médecins d'établir et de confier leur régime de retraite

---

573V., dans ce sens CJCE, 17 février 1993, aff., C-159/91 et 160/9, *Christian Poucet c/ AGF et Camulrac et Pistre c/ Cancava*, *Recueil jurisprudence*, préc. ; CJCE, 16 novembre 1995, aff. C-244/94, *FFSA e.a. Ministre/agriculture et de la pêche*, préc. ; CJUE, 3 mars 2011, aff. c-437/09, *AG2R Prévoyance contre Beaudout Père et Fils SARL*, préc.  
574Cons. const., 13 juin 2013, déc., n° 2013-672 DC, *JORF*, 16 juin 2013, p. 9976, texte 2.

complémentaire à un fonds devait être qualifiée d'entente au sens de l'article 81 du traité (désormais, l'article 101 du TFUE) puisqu'elle a été prise en dehors du cadre de négociations collectives. Mais, les effets restrictifs de concurrence dus à cette décision ont été estimés limités à l'intérieur du marché commun<sup>575</sup>.

**392.** De même, dans sa décision concernant certaines pratiques de groupement d'opticiens et d'organismes fournissant des prestations complémentaires à l'assurance maladie, le Conseil de la concurrence a déclaré anticoncurrentielles des conventions conclues entre Unions de mutuelles et Syndicats d'opticiens pour la mise en place d'un système de délégation de paiement et l'aménagement de conditions de remises sur les prix. Selon le Conseil, les clauses qui interdisent aux mutuelles affiliées à ces Unions de négocier des conventions à titre individuel portaient une atteinte à la concurrence, de telles clauses ayant pour objet et pouvant avoir pour effet de protéger chaque société mutualiste de la concurrence éventuelle d'une société membre de la même Union<sup>576</sup>.

**393.** Par ailleurs, la pratique décisionnelle et jurisprudentielle a montré que certains accords et conventions historiques et nécessaires à l'exercice de l'activité d'assurance peuvent être affectés par l'interdiction énoncée aux articles 101 de TFUE et L. 420-1 du Code de commerce. C'est ainsi qu'une exemption particulière des règles relatives aux ententes a été mis en place au profit de ce secteur distinct.

---

575CJCE, 12 septembre 2000, aff. Join. C-180/98 à C-184/98, *pavel pavlov e.a. Contre stichting pensioenfonds medische spesialisten*, RJ. 2000, p. I-06451, pt. 58 à 70 et 90 à 97.

576Cons. Conc. Déc., n° 91-D-04, 29 janvier 1991, relative à certaines pratiques de groupements d'opticiens et des organismes fournissant des prestations complémentaires à l'assurance maladies ; C A Paris, 5 décembre 1991.

## **§2. Exemptions des ententes particulières au secteur des assurances**

**394.** L'interdiction émise par les articles 101, paragraphe 1 du TFUE et L. 420-1 du Code de commerce peut être respectivement écartée en vertu des dispositions du paragraphe 3 de l'article 101 TFUE et L.420-4 du Code de commerce lorsque les avantages d'une entente surpassent les restrictions de concurrence et sous réserve qu'une partie équitable des avantages qui en résulte profite aux consommateurs.

**395.** La Commission a toujours reconnu que les caractéristiques du secteur des assurances justifiaient certaines formes de coopération en vue d'améliorer la connaissance des risques et d'en partager les coûts<sup>577</sup>. Ainsi, la nécessité de préserver et de sauvegarder l'établissement de certains accords et conventions de coopérations indispensables au bon fonctionnement du secteur des assurances, a conduit les pouvoirs européens à instaurer un cadre juridique d'exemption particulier au secteur des assurances.

**396.** À partir du 1991, le Conseil européen a mis en place un règlement cadre<sup>578</sup> donnant à la Commission européenne l'autorisation de décider l'exemption de plusieurs sortes d'accords et de

---

<sup>577</sup>Comm. CE., rapport annuel sur la politique de la concurrence, XXIIe, 1992, Bruxelles, 1993. p. 176.

<sup>578</sup>Cons. E., règlement (CEE) n° 1534/91, relatif à l'application des articles 85 § 3 à certaines catégories d'accords dans le domaine des assurances, 31 mai 1991, *JOCE* L 143, 7 juin 1991 : Le Conseil a adopté ce règlement-cadre afin de permettre à la Commission de définir, par voie de règlements d'application, des catégories d'accords, décisions ou pratiques concertées dans le secteur de l'assurance qui bénéficient d'une exemption en vertu de l'article 85, 3 CEE (101, 3 TFUE).

conventions de coopération spécifiques au secteur des assurances. Il a ainsi précisé dans son article 1 que la Commission peut, par voie de règlement et conformément à l'article 85 paragraphe 3 du traité CEE (désormais l'article 101, 3 du TFUE), déclarer que l'article 85 paragraphe 1 (101, 1 TFUE) n'est pas applicable à des catégories d'accords, de décisions d'associations d'entreprises et de pratiques concertées dans le secteur des assurances lorsque ceux-ci ont pour objet une coopération en ce qui concerne ; l'établissement de tarifs de prime de risque basés sur des statistiques collectives ou le nombre des sinistres ; l'établissement en commun des conditions types d'assurances ; la couverture en commun de certains types de risques ; le règlement des sinistres ; la vérification et l'acceptation d'équipements de sécurité ; les registres concernant les risques aggravés et les systèmes d'information s'y rapportant<sup>579</sup>.

**397.** Ainsi, il appartient à la Commission, en se basant sur son expérience, d'apprécier dans son règlement d'exécution la compatibilité de ces différentes formes d'accords et de coopération avec les conditions d'exemption prévues à l'article 101, paragraphe 3 TFUE, à savoir la promotion du progrès économique et technique, intérêt des consommateurs, caractère indispensable des restrictions liées à la réalisation des objectifs poursuivis et maintien d'une concurrence effective dans les marchés concernés<sup>580</sup>.

**398.** Cette liste énoncée par le Conseil européen couvre un large éventail de mesures que peut prendre un opérateur d'assurance dans l'exercice de ses activités. La coopération susceptible d'exemption concerne principalement la définition et l'évaluation du risque assurable, ainsi qu'à un moindre égard, la possibilité d'opérer en commun pour couvrir certains risques et pour le règlement des sinistres. Évidemment, selon le règlement du Conseil, la Commission a pour mission de déterminer avec précision les différentes catégories d'accords qui correspondent aux hypothèses indiquées par le Conseil européen tout en précisant les clauses et les conditions nécessaires de l'exemption, celles qui sont neutres et celles qui sont interdites<sup>581</sup>.

**399.** En vertu des pouvoirs qui lui ont été conférés par le Conseil et de son expérience acquise dans le secteur des assurances, la Commission européenne a, depuis 1992, adopté trois règlements successifs d'exemption catégorielle particuliers à l'assurance (RECA) propre au secteur des

---

<sup>579</sup>Article 1, règlement (CEE) n° 1534/91, préc.

<sup>580</sup>Comm. CE., rapport annuel sur la politique de la concurrence, XXIIe, 1992, préc., pt. 278.

<sup>581</sup>Ch. Bolze, « Droit des ententes. Secteur de l'assurance, Règlement du Conseil habilitant la Commission à arrêter des règlements d'exemption par catégorie », *RTD Com.* 1991 p. 742.

assurances<sup>582</sup>. Selon le dernier règlement adopté en 2010, sous réserve du respect de certaines conditions rigoureuses<sup>583</sup>, l'exemption porte aujourd'hui sur deux types d'accords entre entreprises d'assurance ou de réassurance exemptés jusqu'à présent par les règlements précédents. À savoir les accords concernant l'établissement en commun de calculs, de tables et d'études<sup>584</sup> et les groupements de coassurance et de coréassurance<sup>585</sup>. Les premiers ont été adoptés et conservés pour permettre aux assureurs d'échanger un certain nombre d'informations nécessaires pour évaluer correctement les risques et leurs conséquences financières. Dans le secteur, pour être en mesure d'apprécier les coûts de la couverture des risques et arrêter les tarifs convenables, les opérateurs doivent disposer de larges volumes de données sur les risques assurés, y compris les risques futurs. Les données dont ils disposent en interne ne sont pas toujours suffisantes. Cela facilitera également l'accès aux marchés des assureurs nouveaux ou étrangers. Le nouveau règlement a, contrairement aux règlements précédents, exigé l'ouverture de l'accès à ces informations aux organismes de consommateurs et de clients<sup>586</sup>. Cette obligation vise à garantir la transparence des opérations d'échanges d'informations. Les deuxièmes sont également importants pour garantir que tous les risques, quel que soit leur taille « grands risques », leur rareté « risques exceptionnels » ou leur nouveauté « nouveaux risques », puissent être couverts. Cette exemption permettrait également aux entreprises d'assurance, petites ou grandes, de couvrir tous les risques<sup>587</sup>.

**400.** Deux observations peuvent être formulées. La première concerne le nombre d'entreprises faisant partie des accords ou des conventions de coopération. Le RECA particulier à l'assurance n'exige pas un seuil lié au nombre d'entreprises participantes à un accord, une convention ou pratique concertée. La dimension de ces ententes ne semble pas un facteur de nocivité. La deuxième concerne les parts des marchés des groupements de coassurance et de coréassurance. Afin de garantir une concurrence effective, le REC a soumis l'exemption de ces groupements à la condition que les participants ne détiennent pas une part du marché en cause dépassant un certain pourcentage. Celle-ci est de 20 % pour les groupements de coassurance et de 25 % pour ceux des

---

582Comm. CE., règlement n° 3932/92, relatif à l'application de l'article 85 § 3 du traité à certaines catégories d'accords de décisions et de pratiques concertées dans le domaine des assurances, 21 décembre 1992, *JOCE*, n° L 398 du 31 décembre 1992 ; Règlement n° 358/2003, relatif à l'application de l'article 81 § 3 du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le domaine des assurances, 27 février 2003, *JOUE*, n° L 53/8 du 28 février 2003 ; Règlement n° 267/2010, relative à l'application de l'article 101 § 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords, de décisions de pratiques concertées dans le secteur des assurances, 24 mars 2010, *JOUE*, n° L81/1 du 30 mars 2010.

583Article 3 et 7, règlement n° 267/2010, préc.

584*Ibid.*, article 2.

585*Ibid.*, article 5.

586*Ibid.*, article 3.

587B Rajot, Ententes : la Commission européenne adopte un nouveau règlement d'exemption en faveur du secteur de l'assurance, *Resp. civ. et assur.*, n° 5, mai 2010, alerte 10.

coréassurances<sup>588</sup>. Il est également important d'indiquer que les groupements même s'ils excèdent ces seuils, peuvent être considérés comme n'étant pas anticoncurrentiels tant qu'il sont nécessaires pour permettre à leurs membres de fournir un type d'assurance qu'ils seraient incapables de fournir seuls<sup>589</sup>. Dans ce cas, ces accords de coopération peuvent également être licites selon les conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3 du TFUE. Le nouveau règlement d'exemption par catégorie prescrit le niveau minimal de la coopération autorisée.

**401.** Les exemptions prévues au règlement n° 267/2010 sont soumises à ce que les accords ou conventions de coopération n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire et justifié par l'intérêt des consommateurs et, en particulier, ne portent pas sur la couverture, les conditions ni les primes des polices d'assurance proposées. Toutefois, le réexamen du précédent RECA de 2003 a montré que ni les accords relatifs aux conditions types d'assurance ni ceux concernant les équipements de sécurité, exemptés par ce règlement, n'étaient propres au secteur des assurances. Ils ont en conséquence été écartés du nouveau RECA<sup>590</sup>. Selon la Commission européenne, ce dernier expirera le 31 mars 2017<sup>591</sup>.

**402.** Si l'application du droit des ententes dans le secteur des assurances semble vaste, diversifiée et affectées par les caractéristiques de l'activité d'assurance, parallèlement, le droit relatif aux abus de position dominante peut démontrer une application particulière.

---

588 Article 6, règlement n° 267/2010, préc.

589 V., dans ce sens la direction générale de la concurrence, document de consultation portant sur l'examen du fonctionnement du règlement (CE) n° 358/2003 de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le secteur des assurances, préc.

590 Ces accords et convention de coopération relèvent désormais des nouvelles lignes directrices horizontales adoptées en 2010 : Comm. UE, rapport annuel sur la politique de la concurrence, Bruxelles, 23 juillet 2009, p. 29 :

591 Avant cette date, la Commission devra décider si elle renouvelle le règlement dans sa forme actuelle, si elle le modifie ou si elle le laisse expirer. Mais selon une constatation préliminaire, il s'est avéré qu'il n'est plus nécessaire de maintenir des règles d'exemption par catégorie particulière au secteur des assurances. Selon la Commission, les lignes directrices concernant les accords de coopération horizontale fournissent des orientations sur la façon d'évaluer l'admissibilité de ce type de coopération et la Commission pourra, au besoin, fournir des orientations spécifiques complémentaires. Cette solution serait plus souple qu'un règlement d'exemption par catégorie et plus facile à adapter à l'évolution de la situation. En ce qui concerne les groupements de coassurance et de coréassurance, il semble que le RECA soit peu utilisé et peu utile. Une part importante des bénéficiaires potentiels ont déclaré dans leurs réponses qu'ils considéraient ne pas relever du champ d'application du RECA. Il ressort à la fois d'une étude réalisée pour la Commission et des informations recueillies jusqu'ici dans le cadre du réexamen du RECA que seul un nombre restreint d'entreprises bénéficient de l'exemption. L'examen a également révélé que les assureurs partagent les risques sous diverses formes et qu'il existe une tendance toujours plus forte sur le marché : les groupements institutionnalisés (au sens du RECA) laissent progressivement la place à d'autres formes, plus souples, de coassurance et de coréassurance des risques : Communiqué de presse, Rapport sur le fonctionnement du règlement d'exemption par catégorie dans le secteur des assurances, Bruxelles, 17 mars 2016, disponible sur le lien : [[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-861\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-861_fr.htm)].

## Section II-L'interdiction des abus de position dominante en assurance

**403.** L'abus de position dominante se caractérise par des comportements unilatéraux. L'application du droit de l'abus demande l'établissement au préalable d'une position dominante sur un marché pertinent.

**404.** En principe, une position dominante n'est pas prohibée ou sanctionnée en elle-même. Les règles du marché, dans les deux ordres européen et national ne sanctionnent pas cette situation. Cela a été rappelé de nombreuses fois dans la pratique décisionnelle et surtout dans la jurisprudence européenne concernant le secteur des assurances<sup>592</sup>. Toutefois, lorsque la position dominante constitue un moyen d'abus, la prohibition peut intervenir<sup>593</sup>.

**405.** L'interdiction est prescrite aux articles 102 TFUE en droit européen et L. 420-2 du Code de commerce. En outre, en droit interne le paragraphe 2 du même article distingue l'abus de dépendance économique de l'abus de position dominante. Il s'agit d'une situation dans laquelle une entreprise est obligée de poursuivre des relations commerciales avec une autre lorsqu'il lui est impossible de s'approvisionner en produits ou services substituables dans des conditions équivalentes. Jusqu'à aujourd'hui, cette interdiction n'a jamais, semble-t-il, vu une application dans le secteur des assurances. Mais elle pourrait devenir d'actualité avec la montée en puissance des grands groupes d'assurance et leur contrôle des parts importantes des marchés d'assurances.

---

592V., CJCE., 21 septembre 1999, aff. C-67/96, *Albany*, arrêt, préc., pt. 39 ; CJCE., 3 mars 2011, *AG2R*, arrêt, préc., pt. 68

593L. Arcelin, *Droit de la concurrence, les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européenne*, Rennes, PUR, 2<sup>e</sup> éd., 2013, p. 112.

**406.** Toutefois, la difficulté de l'application du droit de position dominante consiste dans la définition des notions essentielles indiquées dans les textes. En effet, les textes concernés ne définissent ni le terme de position dominante, ni celui d'abus. Si la définition du terme « abus » peut faire référence au droit commun qui donne des éléments de définition, celle de « position dominante » ne semble pas encore clarifié en raison des complexités analytiques en terme juridique et économique.

**407.** Dans plusieurs arrêts, la CJCE a décrit la position dominante comme « *une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une appréciation vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients, et finalement, des consommateurs* »<sup>594</sup>.

**408.** Le terme « position dominante » ne représente pas une signification juridique particulière. C'est une formule issue du vocabulaire économique dont la reconnaissance emporte le contrôle par les règles du droit de la concurrence<sup>595</sup>. Généralement, le statut, le chiffre d'affaires, les moyens commerciaux et financiers, les parts de marchés, la possession des droits propres...etc, sont considérés comme les éléments et les critères d'appréciation d'une situation de domination. Parmi ces différents éléments, les parts du marché jouent souvent un rôle déterminant dans cette appréciation. Il est l'un des indices principaux de l'existence d'un pouvoir du marché et donc d'une domination sur le marché<sup>596</sup>. Un arrêt de la cour d'appel de Paris<sup>597</sup> a estimé que « *le pouvoir de faire obstacle à une concurrence effective* » suppose que « *l'entreprise considérée occupe sur le marché une place prépondérante que lui assure notamment l'importance des parts de marché qu'elle détient dans celui-ci, la disproportion entre celle-ci et celles des entreprises concurrentes, comme éventuellement son statut et des modes d'action commerciale* ». En vertu de la jurisprudence européenne, l'existence d'une position dominante peut être retenue lorsque les parts du marché détenues par une entreprise sont supérieur à 50 %<sup>598</sup> et l'absence de cette situation lorsque elles sont inférieures à 10 %<sup>599</sup>.

---

594CJCE, 14 février 1978, aff. C-27/46, *United Brands c/ Commission*, Rec., 1978, p. 207 ; CJCE, 23 mai 1978, aff. 102/77, *Hoffman La Roche / Centafarm*, RDJ. 1978, p. 01139.

595D. Maiguy, J. L. Respaud et M. Depincé, *Droit de la concurrence*, Paris, Litec, 2010 p. 281.

596*Idem*.

597CA Paris, 13 avril 1999, *SA Dextra et autres*, BOCCRF, 12 mai, p. 254 ; LDA. 1999 , n°1132, obs. p. Storrer.

598V., par exemple TPICE, 7 octobre 1999, aff. T 228-97, *Irish Sugar c/Commission*.

599CJCE., 22 octobre 1986, aff. C-75/84 *Metro II*.

**409.** Dans le domaine de l'assurance, les autorités de concurrence appliquent souvent ces critères afin de vérifier l'existence des situations de position dominante et d'éliminer tout abus pouvant en résulter. Cependant, l'aléa, le principe du cycle de production inversée, certaines pratiques spécifiques au secteur (réassurance et coassurance), la diversité des entreprises d'assurance et leurs formes sur le marché et la répartition du secteur entre celles-ci auraient pour conséquence de constituer des obstacles à l'appréciation des situations dominantes. En raison de cette particularité, le droit lié aux abus se montre souvent clément. Dans le secteur, il n'existe en effet que peu d'exemples illustratifs des comportements (**Paragraphe 1**) ou des opérations de concentration abusifs (**Paragraphe 2**).

## **§1. Le contrôle postérieur de l'abus spécifique aux entreprises d'assurance**

**410.** Dans le domaine de l'assurance, la répartition des parts du marché entre diverses entreprises d'assurance a eu une influence importante sur l'application de la prohibition des articles 102 TFUE et L. 420-2 du Code de commerce. Dans la décision relative à la pratique des prix abusivement bas<sup>600</sup> (prix prédateurs), le Syndicat français des assureurs conseils a saisi le Conseil de la concurrence en dénonçant la commercialisation par trois sociétés d'assurance directe des contrats d'assurance automobile à des tarifs très bas de 40 % à 50 % moins cher que ceux pratiqués par les compagnies traditionnelles. Le Conseil a, après avoir constaté la faible part du marché potentiel d'assurance détenue par les sociétés d'assurance directe, en général à environ au maximum de 10 % où la vente directe sur le marché d'assurance dommage ne représentait que 2,9 %, et la faible part du marché des cinq premières sociétés fonctionnant sur ce marché à environ de 0,76 % du marché, écarté l'existence de tout abus de position dominante prétendu contre les sociétés concernées.

**411.** À travers cette décision, la question se pose de savoir si cette répartition des parts du marché entre les opérateurs d'assurance se présente de la même manière dans les autres marchés pertinents d'assurance ? En cas de réponse positive, cela permettrait-il d'éliminer les entreprises d'assurance de la prohibition du droit des abus de position dominante ? Ou bien, les autres critères, comme le statut, le chiffre d'affaires, les moyens commerciaux et financiers, la possession des droits propres, auraient-ils un effet déterminant malgré l'absence des parts importantes de marchés détenues par les entreprises en cause ?

---

600Cons. Conc. Déc., n° 02-D-66, 6 novembre 2002, préc.

**412.** Dans l'assurance, la pratique a montré qu'un comportement à caractère abusif peut être justifié par la situation particulière de certains marchés spécifiques sur lequel une ou plusieurs entreprises bénéficient d'une position dominante. Dans la décision relative au marché d'assurance Responsabilité civile médicale<sup>601</sup>, plusieurs professionnels du secteur médical ont saisi le Conseil de la concurrence pour dénoncer des prix qualifiés abusivement élevés pratiqués par quelques sociétés d'assurance sur ce marché. Le Conseil de la concurrence a, après avoir constaté la détention du marché par quelques entreprises d'assurance, énoncé que « *malgré l'accroissement conséquent des primes et l'obligation d'assurance des médecins instaurée par la loi Kouchner (...), aucun nouvel intervenant n'est arrivé sur le marché, au contraire des sociétés d'assurance déjà présentes l'ont quitté. Cette sortie du marché indique que les marges obtenues par les acteurs ne leur offraient pas un profit attractif* ». Le Conseil de la concurrence en a déduit par logique que si la hausse, de 400 %, des tarifs avait réellement été disproportionnée par rapport aux services proposés par les assureurs, de nouveaux acteurs auraient tenté de pénétrer le marché afin de profiter de cette manne financière. Or il en était rien, au contraire, certaines entreprises historiques se sont retirées de ce marché.

**413.** Les pratiques abusives peuvent également consister en condition de vente discriminatoire, en refus de vente, en vente liée (souscription obligatoire de plusieurs garanties) ou encore par la fourniture de prestations non demandées par les bénéficiaires. L'Autorité de la concurrence, dans une affaire particulière relative à l'assurance obsèques établie par un contrat annuel auprès des membres de la Mutualité de la Réunion (MR)<sup>602</sup>, avait décrit une pratique abusive exercée par les membres de la MR. En effet, les termes de contrats préconisaient aux ayant droits en cas de décès du souscripteur, de recourir à un opérateur de pompe funèbre déterminé, établi sous forme de coopérative et dont les sociétaires étaient les mutuelles membres de la MR. Bien que cette incitation ne fut pas contraignante, elle avait pour effet de limiter l'accès des autres opérateurs funéraires au marché des services funéraires couvert par une assurance obsèques. Dans cette affaire, l'Autorité de la concurrence a accepté des engagements proposés par la MR de renoncer de toute incitation en faveur d'un opérateur obsèques déterminé.

**414.** L'abus peut également s'illustrer par des pratiques relevant d'abus de fonction, c'est-à-dire lorsqu'un opérateur exerce une mission d'intérêt général, lui confiant des avantages pour assumer

---

601 Cons. Conc. Déc., n° 06-D-34, 9 novembre 2006, préc., définitive.

602 L'espèce concerne les membres de réseau MR qui comprend la MR elle-même, la Mutualité Générale de la Santé de La Réunion (MGSR) et les Mutuelles décès réunionnaises : ADLC, déc., n° 09-D-27, 30 juillet 2009, relative à des pratiques mises en œuvre par la Mutualité de La Réunion et les mutuelles décès qui lui sont affiliées, préc.

l'exécution de ses fonctions, comme par exemple la gestion d'un régime obligatoire d'assurance relevant des régimes de protection sociale. À ce propos, l'application du droit de l'abus vis-à-vis des organismes assureurs gérant des régimes d'assurance complémentaire aux assurances relevant du système de la Sécurité sociale soulève un problème de taille. Outre les difficultés relevant de la qualification d'entreprise<sup>603</sup>, et la légalité accordée par le Traité aux États membres d'octroyer ou de créer des droits exclusifs justifiés par la réalisation des services d'intérêt général<sup>604</sup>, il n'est pas évident de savoir à partir de quel moment tel ou tel organisme abuse de sa position ainsi acquis.

**415.** Dans le cadre d'un avis relatif à la position de la Mutualité Fonction Publique (MFP) sur le marché des prestations sociales au profit des agents publics, le Conseil de la concurrence a cherché à examiner si les droits exclusifs conférés à la seule MFP par un décret sans aucune limitation de durée était contraire aux règles européennes de la concurrence. Il a conclu que l'octroi de ce droit pour une durée indéterminée est contraire aux dispositions fondamentales du Traité et place l'entreprise en situation d'abuser de sa position dominante<sup>605</sup>. Le Conseil a souligné que « *si le simple fait pour un État membre de créer une position dominante par l'octroi de droits exclusifs n'est pas en tant que tel incompatible avec l'article 82 (102 TFUE), il y a incompatibilité, en revanche, lorsque, par l'octroi de tels droits, l'entreprise est amenée à abuser de sa position dominante* »<sup>606</sup>. Sur cette question, la CJCE a jugé que le cumul de droits exclusifs plaçant l'entreprise en situation de conflit d'intérêts<sup>607</sup> ou l'instauration de droits exclusifs au profit d'une entreprise qui n'est pas en mesure de satisfaire la demande de produits ou de services pour lesquels elle dispose de tels droits est incompatible avec les règles du traité<sup>608</sup>. Donc pour résumer, si en principe l'exercice d'une activité à titre exclusif peut être justifié par la réalisation d'une mission d'intérêt général, l'abus dans l'utilisation de cet avantage sera condamné.

**416.** Dans la décision relative à la Fédération française de ski (FFS)<sup>609</sup>, organisme dont la mission

603*Supra*, n° 136 et s.

604V., plus récemment CJUE, 3 mars 2011, aff. C-437/09, *AG2R prévoyance c/ Beaudout Père et Fils SARL*, préc. : selon la Cour dans cette arrêt « *l'attribution de droits exclusifs par les pouvoirs publics à un organisme pour la gestion d'un régime de remboursement complémentaire de frais de soins de santé ne conduit pas nécessairement à une violation de l'article 102 TFUE. Les articles 102 et 106 doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à ce que les pouvoirs publics investissent un organisme de prévoyance du droit exclusif sans aucune possibilité pour les entreprises du secteur d'activité concerné d'être dispensées de s'affilier audit régime* » ; Voir aussi respectivement les arrêts précités : *Albany* (pt., 87, 92, 111 et 123) ; *Brentjens* (pt., 87, 92, 111 et 123) ; *Drijvende Bokken* (pt., 77, 82, 101 et 113), ainsi que *Pavlov e.a.* (pt., 119, 126 et 130).

605Cons. Conc. Avis, 03-A-21, 31 décembre 2003, relatif à la position de la Mutualité Fonction Publique sur le marché des prestations sociales au profit des agents publics.

606*Ibid.*, pt., 73.

607CJCE, 18 juin 1991, aff. 260/89, *Elliniki Radiophonia Tileorassi*, « Ert ».

608CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, *Klaus Höfner et Fritz Elser contre Macrotron GmbH*.

609Cons. Conc. Déc., n°03-D-31, 28 juin 1994, relative à la situation de la concurrence dans le secteur de l'assurance ski ; CA Paris, 14 juin 1995.

publique est l'organisation à titre exclusif des compétitions des sports d'hiver, le Conseil de la concurrence s'est prononcé contre des pratiques de pressions qualifiées abusives exercées par la FFS sur les stations des remontés mécaniques et de ski, distributeurs de ses produits et services d'assurance liés à la pratique de ski. Ces pressions avaient pour but d'évincer les produits concurrents de la « *carte-neige* » commercialisée par la FFS. Jusqu'au 1986, cette dernière bénéficiait d'un monopole de services dans toutes les stations de services où elle proposait aux skieurs professionnels et non-professionnels différents produits et services d'assurance liés à la pratique du ski ; carte neige annuelle à destination des professionnels ; carte neige flache valable pour trois ou deux jours dans la semaine et carte neige WE valable pour le Week-end, à destination des amateurs.

**417.** À partir de 1986, deux autres produits et service d'assurance ont été mise en place et sont venus concurrencer les produits d'assurance proposés par la FFS. Il s'agit de deux assurances journalières. La vignette ski assurance et le ticket neige Orion. La vignette ski, créé par un courtier, est un produit d'assurance à la journée. Il permettait de souscrire un contrat d'assurance assistance pour un nombre de jours correspondant à la durée du séjour envisagé. Elle était commercialisée par les caisses des stations de services des remontées mécaniques. Le ticket neige Orion, crée à l'initiative de l'association Orion (groupement de certaines stations de remontées mécaniques), est un produit d'assurance journalière pour la pratique de ski. Le Ticket neige Orion était commercialisé par les caisses des stations des remontées mécaniques appartenant à l'association Orion.

**418.** Pour les saisons de 1987, 1988 et 1989, afin de manifester son mécontentement, la FFS a adressé plusieurs lettres aux stations de service des remontées mécaniques pour qu'elles cessent la commercialisation de ces produits d'assurance concurrents. Par celles-ci, la FFS a informé les stations de son intention d'arrêter toute organisation des compétitions de sports d'hiver sur leurs sites en cas de maintien de la commercialisation de ces deux nouveaux produits concurrents. Dans sa décision, le Conseil de la concurrence a estimé que cette pratique constituait un abus prohibé par l'article L. 420-2 du Code de commerce. Selon le Conseil, le contenu des lettres échangées montre que les pressions ont eu pour objet d'évincer les produits d'assurance concurrents du marché d'assurance du ski journalier. Les exploitants de la station ont été forcés à abandonner leur commercialisation.

**419.** À côté de ces quelques cadres conflictuels relatifs à l'abus de fonction, plusieurs avis du Conseil de la concurrence ont souligné que lorsqu'une entité, exerçant à la fois des activités liées à

la réalisation des services publics d'intérêt général et d'autres ouverts à la concurrence, bénéficie d'un monopole ou des droits exclusifs, le contrôle du caractère éventuellement abusif de son activité nécessite que soit opérée une séparation claire entre ces deux types d'activités. Cette séparation a pour but d'empêcher que l'activité concurrentielle ne puissent bénéficier pour son développement, au détriment des entreprises concurrentes, des conditions propres à l'exercice des missions d'intérêt général. Dans ce cas, la mise en place de comptes distincts par type d'activité, s'appuyant sur une comptabilité analytique aussi fiable et transparente que possible, constitue une condition nécessaire à l'exercice du contrôle du respect des règles de la concurrence<sup>610</sup>.

**420.** La Commission européenne a, à son égard, opté pour une directive<sup>611</sup> soumettant les entreprises publiques disposant de droits exclusifs à l'obligation de tenir des comptes séparant les activités pour lesquelles l'État leur a accordé des droits exclusifs pour l'accomplissement d'une mission d'intérêt général et les autres activités exercées dans un cadre concurrentiel.

**421.** Par ailleurs, selon le Conseil de la concurrence, en raison des difficultés qu'impliquent l'établissement d'une comptabilité analytique de qualité, cette condition n'est pas toujours suffisante pour permettre un contrôle effectif des comportements abusifs au regard des règles de concurrence. À cet effet, il peut être nécessaire d'opérer une séparation juridique entre les activités d'intérêt général et les activités concurrentielles. Cette séparation juridique peut éventuellement être effectuée par voie de filialisation, en isolant chaque type d'activité exercée dans une structure autonome fonctionnant de préférence avec un personnel et des moyens matériels propres<sup>612</sup>. À partir de ce moment, les coûts des opérations d'assurance ainsi identifiés pourraient être comparés à ceux des entreprises opérant sur les mêmes marchés de produits et disposant du même type de clientèle. Donc, si les autorités de concurrence et la doctrine en la matière sont unies sur la nécessité de séparer ces deux types d'activité, elles sont également unies sur l'idée que l'attribution d'un monopole ou des droits exclusifs à des entreprises d'assurances peut être justifiée lorsqu'il est montré que celles-ci exercent une activité d'intérêt général. Ce qui exclut, en conséquence, toute application de la prohibition des articles 102 TFUE et 420-2 du Code de commerce.

---

610Cons. Conc. Avis, n° 94-A-15, 10 mai 1994, relatif à une demande d'avis sur les problèmes soulevés par la diversification des activités d'EDF et de GDF au regard de la concurrence ; Avis, n°96-A-10, 25 juin 1996, relatif à une demande d'avis de l'association française des banques concernant le fonctionnement des services financiers de la Poste au regard de droit de la concurrence ; Avis, n° 98-A-03, 24 février 1998, préc.

611Comm. CE., Dir., 2000/52/C.E., 26 juillet 2000 modifiant la directive 80/723/C.E.E. du 25 juin 1980, relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques.

612Cons. Conc. Avis, n° 98-A-03, préc. p. 18.

**422.** Avant de terminer, il faut rappeler que le secteur des assurances constitue également un climat propice au développement des positions dominantes collectives. La Commission européenne a eu l'occasion de se prononcer, dans l'affaire relative au Groupe International des clubs de protection et d'indemnisation (GI), sur la position dominante détenue par les membres du GI sur le marché de l'assurance maritime directe « *protection et indemnisation* » (P&I). Selon la Commission les clubs, membres de Groupe international P&I détiennent ensemble une position dominante sur le marché mondial de l'assurance directe P&I, ainsi que sur celui de la réassurance P&I. La Commission a pu constater deux formes d'abus émanant des membres des clubs de GI, à savoir la limitation du niveau de couverture offert et la fourniture de réassurance à des conditions discriminatoires. Toutefois, après avoir précisé que les entreprises en cause ont modifié leurs accords afin de leur mettre en conformité avec les règles de concurrence, la commission, sans les condamner, a tout simplement constaté qu'elles étaient en mesure d'abuser de leur position dominante collective par leur comportement commercial<sup>613</sup>.

**423.** Dans le même ordre d'idées, le marché d'assurance emprunteur a été pendant longtemps contrôlé par les établissements de crédits. En effet, avant la réforme de 2010<sup>614</sup>, afin de garantir le remboursement des prêts accordés par les établissements de crédit à leurs clients emprunteurs, les articles L. 312-8 et L. 312-9 du code de la consommation prévoyaient la possibilité pour le prêteur de lier systématiquement l'octroi d'un prêt à l'adhésion de l'emprunteur à un contrat d'assurance collective qu'il a lui-même souscrit en vue de garantir le remboursement total ou partiel des échéances, en cas de survenance d'un risque défini par le contrat<sup>615</sup>. Ce contrat d'assurance était souvent souscrit auprès des filiales appartenant aux établissements de crédit. Les emprunteurs n'avaient pas le choix. Ils devaient adhérer aux conditions générales de leurs établissements de crédit à défaut, leurs demandes d'emprunt risquaient d'être refusées. Cette situation a pu pendant longtemps créer un monopole au profit de ces établissements et de leurs organismes assureurs sur le marché de l'assurance emprunteur immobilier. Bien que cette situation fût à l'origine d'une évolution jurisprudentielle devant les juridictions nationales<sup>616</sup>, elle n'a guère fait l'objet d'une condamnation

613Comm. CE., Déc., 12 avril 1999, relative à une procédure d'application des articles 85 et 86 du traité CE et des articles 53 et 54 de l'accord EEE, aff. IV/D-1/30.373- Clubs de protection et d'indemnisation : accord du Groupe international et affaire IV/D-137.143- Clubs de protection et d'indemnisation : accord de mise en commun.

614Loi n° 2010-737, 1 juillet 2010, portant réforme du crédit à la consommation. Cette loi a modifié les dispositions des articles L. 312-8 et L. 312-9 du Code de la consommation en rajoutant une obligation d'information sur la liberté de l'emprunteur de souscrire un contrat d'assurance crédit immobilier auprès d'un assureur de son choix dès lorsque celui-ci présente des garanties au moins équivalentes à celles proposées par le contrat d'assurance de groupe proposé par l'établissement de crédit.

615V., les dispositions des articles L.312-8 et L.312-9 avant la réforme de la loi n° 2010-737 portant réforme du crédit à la consommation.

616Cf. notamment l'évolution jurisprudentielle sur l'obligation de mise en garde de banquier à l'égard de ses clients emprunteur : Wassim Abou Nader, « L'obligation de mise en garde du banquier distributeur de crédit », Thèse de

particulière de la part des autorités de concurrence européenne et nationale. Toutefois, constatant que le cadre législatif avant la réforme de 2010 permettait aux établissements de crédit d'imposer à leurs clients d'adhérer au contrat d'assurance de groupe emprunteur qu'ils commercialisent et que souvent les banques exercent des pressions afin de dissuader les emprunteurs de faire jouer la concurrence, l'Union Fédérale des Consommateurs (UFC) a, en novembre 2008, sollicité l'Autorité pour qu'elle se prononce, d'une part, sur les effets de la législation du jeu de la concurrence, et d'autre part, sur les mesures propres à remédier aux dysfonctionnements constatés. Dans son avis l'Autorité de la concurrence, après avoir constaté la position dominante des établissements de crédit et de leurs filiales sur le marché concerné, a donné un avis favorable à la réforme législative en cours à l'époque et qui prévoyait l'amendement de l'article L. 312-9 du code de la consommation dans le sens de l'abrogation de la possibilité pour l'établissement prêteur d'imposer l'assurance emprunteur de son choix<sup>617</sup>. Dans le même avis, l'Autorité de la concurrence a également suggéré, d'une part, de renforcer l'information des emprunteurs, et d'autre part, d'encadrer la possibilité pour les établissements de crédit de refuser un contrat d'assurance emprunteur souscrit individuellement par son client emprunteur en cas du défaut de garanties équivalentes<sup>618</sup>.

**424.** Si l'application des règles relatives à la prohibition des abus manifeste une particularité liée à la spécificité de l'organisation et de fonctionnement du secteur des assurances, le contrôle des opérations de concentration dans le secteur se révèle tout aussi distinct.

---

doctorat, Droit privé, ss dir. France Drummond, Paris, Université Panthéon-Assas, 2009, 1 vol, p. 323.

617ADLC, avis, n° 09-A-49, 7 octobre 2009, relatif aux conditions de concurrence dans le secteur de l'assurance emprunteur pour le crédit immobilier.

618La perturbation à la concurrence sur le marché d'assurance emprunteur a été remédiée avec la réforme du 1 juillet 2010 qui a adopté dans son article 21 les préconisations de l'ADLC. Cette article est consacré aujourd'hui aux articles L. 312-8 et L. 312-9 du Code de la consommation.

## §2. Le contrôle antérieur des conséquences de l'abus

**425.** Depuis l'adoption des différentes générations des directives d'assurance, le secteur des assurances s'est montré plus favorable aux opérations de concentration qu'à l'exercice en libre prestation de service ou en liberté d'établissement mis en place par les rédacteurs des directives relatives à l'assurance. En effet, pour maintenir leurs activités sur un marché plusieurs causes incitent les différents assureurs à opérer des rapprochements. Parmi ces causes peuvent être cités la montée en puissance des grands assureurs, l'endurcissement des normes européennes relatives aux exigences de solvabilité, ainsi que l'accroissement des coûts liés à des systèmes d'information de plus en plus sophistiqués (du fait de la complexité croissante de la gestion des sinistres) et des coûts de réassurance. Ces rapprochements sont nécessaires dans la mesure où ils permettent aux assureurs d'accroître leur population d'assurés en favorisant ainsi une mutualisation des coûts et des compétences.

**426.** Les rapprochements entre entreprises ne sont pas uniquement transnationaux. L'importance des concentrations purement nationales traduit la conviction des assureurs qu'il importe d'atteindre une taille critique et de se donner du poids sur son propre marché avant d'envisager le développement d'activités par delà les frontières. Dans cette Europe de l'assurance, la stratégie des entreprises d'assurance pourrait finalement se traduire par un renforcement du phénomène de « conglomération », sous la forme de fusions, d'acquisitions ou de prises de participation dans des entreprises nationales et des filiales établies à l'étranger<sup>619</sup>. Pour les entreprises d'assurance, ces opérations présentent deux avantages optimaux. D'une part, elles constituent un moyen efficace de

---

619F. Loheac, « Le marché unique de l'assurance, opportunités, limites et perspectives », *RMC.*, n° 382, novembre 1994, p. 598.

protection et de maintien de la compétitivité face à la concurrence au niveau national et européen. D'autre part, elles sont considérées, avec la généralisation des mécanismes de libre prestation de service et liberté d'établissement, comme un moyen pratique et compétitif dans l'extension de leurs activités au niveau européen et mondial.

**427.** En outre, la saturation des marchés d'assurance, l'optimisation de la technique de mutualisation des risques au sein de la mutualité des assurés et la concentration des marchés nationaux et mondiaux d'assurance entre les mains des grandes entités multinationales, ont également été parmi les causes principales de rapprochements entre les entreprises d'assurance au niveau national et européen. Par cet instrument, ces dernières trouvent un moyen plus efficace et plus rapide dans la conquête de la population des assurés des autres pays de l'UE.

**428.** Les opérations de concentration sont actuellement soumises à un régime de contrôle particulier au sein de l'UE. Aujourd'hui, ce régime se trouve dans le Code de commerce en droit national<sup>620</sup> et dans le règlement n° 139/2004 en droit européen<sup>621</sup>. Le contrôle des opérations de concentration est un instrument utilisé par les autorités de concurrence nationale et européenne afin de maintenir une concurrence efficace au sein des marchés nationaux et européens. Les articles L. 430-2 du Code de commerce et 1<sup>er</sup> du règlement n° 139/2004 obligent les entreprises envisageant une opération qualifiée de concentration à la notifier à l'autorité de contrôle compétente. Ces mêmes articles déterminent si l'opération a une dimension géographique nationale ou européenne. Mais, ce ne sont pas toutes les opérations de concentration qui doivent être notifiées. Seules celles atteignant un certain seuil en terme du chiffre d'affaires sont soumises à l'obligation de notification<sup>622</sup>.

**429.** L'autorité compétente, au niveau national ou européen, procédera à l'analyse concurrentielle de l'opération envisagée afin de se prononcer sur la compatibilité ou non de l'opération à la

---

620Articles L. 430-1 à L. 430-10 du Titre III, quatrième livre, première partie du Code de commerce.

621Cons. CE, règlement n° 139/2004, 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises : ce règlement a été complété par le Règlement 802/2004 du 7 avril 2004 relatif à la mise en œuvre du précédent.

622Il existe deux seuils légaux de notification : un national indiqué à l'article L. 430-2 du Code de commerce et un européen cité dans les dispositions de l'article 1<sup>er</sup> du règlement n° 139/2004 ; « *La Commission a publié en 1998 quatre communications tendant à préciser certaines notions clés. Bien que relatives à l'interprétation de l'ancien règlement de 1989, ces communications fournissent des informations précieuses sur la manière dont on doit apprécier une opération de concentration. Elles constituent surtout une grille d'analyse à laquelle se réfèrent les instances nationales des divers États membres dans le cadre de l'examen des opérations de concentrations qui leur sont notifiées* », *JOCE* n° C/66, 2 mars 1998 : F. Xavier Testu, V. Thiré, « Concentration et entreprises d'assurance : l'exemple des fusions et partenariats impliquant des mutuelles santés », *JCP E*, 19 avril 2007, n° 16, p. 1490 ; Ces communications sont aujourd'hui remplacées par celle n° 2009/C relative à la communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *JOUE*, 21 février 2009, C 43/10.

concurrence. Dans cette étude concurrentielle, ces autorités analysent l'effet de telles opérations sur la concurrence. Dans cette phase, les parts de marché en cause jouent souvent un rôle essentiel dans toute appréciation. Sur ce point, le secteur des assurances affiche une particularité spécifique. En effet, dans presque toutes les décisions prises dans ce domaine, les autorités de concurrence ont souvent exclu les concentrations de toute interdiction. Ce sont souvent les faibles parts de marché détenues par les entités en cause<sup>623</sup> et la présence d'une pression concurrentielle sur la plupart des marchés d'assurance<sup>624</sup> qui justifiaient les permissions. En outre, dans certaines décisions, l'Autorité de la concurrence européenne a affirmé une tolérance spécifique concernant cet élément d'appréciation dans le secteur. Elle a ainsi considéré que des parts de marché de 40 à 50%, résultant d'une concentration entre deux acteurs majeurs du marché de l'assurance non vie, ne constituaient pas un indice sérieux de dominance, compte tenu de la pression concurrentielle sur le marché exercée par d'autres assureurs<sup>625</sup>. De même, dans une autre décision relative au marché de l'assurance crédit italien, elle a considéré que les parts de marché de 60 % à 70 % détenues par une partie à l'opération et la disparition d'un concurrent potentiel par l'opération n'était pas de nature à porter atteinte à la concurrence tant qu'un second concurrent sur le marché restait indépendant<sup>626</sup>.

**430.** À cet égard, il est tout à fait légitime de conclure que d'importantes parts de marché résultant des opérations de concentration dans le secteur ne signifient pas nécessairement que ces dernières soient de nature à porter atteinte à la concurrence. À l'instar de cette logique, les faibles parts de marché, caractérisant souvent le secteur, conduiraient à conclure à l'absence d'impact concurrentiel des concentrations dans le secteur<sup>627</sup>.

**431.** Par ailleurs, la soumission du secteur des assurances aux règles générales relatives aux concentrations n'a pas empêché de solliciter une adaptation particulière de certaines de ses règles au secteur des assurances. La singularité de l'activité d'assurance a montré que certaines règles particulières applicables aux concentrations devraient être adaptées au secteur (**B**). Mais avant, certaines opérations de regroupement autorisées par le législateur peuvent également solliciter une réflexion particulière sur leur compatibilité à la concurrence et leur soumission aux règles générales de concentration (**A**).

---

623V., Lettre ministérielle, 10 sept. 2008, *Imperio Assurances/Esca*, BOCCRF, 25 novembre 2008.

624Comm. CE, 27 juillet 2001, aff. COMP/M.2491, *SampoStorebrand*, points 33 et s ; V., également Comm. CE, 14 juillet 2008, aff. COMP/M.5010, *Berkshire Hathaway/Munich Re/GAUM*.

625Comm. CE, 3 décembre 2007, aff. COMP/M.4701, *Generali/PPF Insurance Business*.

626Comm. CE, 8 mai 1998, aff. COMP/M.1082, *Allianz/AGF*.

627L. Grynbaum, *op. cit.* p. 134.

## **A. Le contrôle des opérations de regroupement particulier au secteur des assurances**

**432.** Le législateur français a permis l'établissement de certaines formes particulières de groupement entre opérateurs d'assurance. En effet, les mutuelles, les institutions de prévoyance et les sociétés d'assurance mutuelle ont la possibilité de constituer entre elles des unions communes.

**433.** Ainsi, selon l'article L. 111-2 du Code de la mutualité, plusieurs mutuelles ou unions de mutuelles peuvent créer une union commune. L'union ainsi constituée peut accepter ultérieurement l'adhésion d'autres mutuelles ou unions. En vertu des dispositions de cet article, l'union ainsi constituée jouit d'une personnalité juridique distincte de celles de ses membres. De même, elle peut exercer les mêmes activités d'assurance reconnues à ses membres. Les personnes physiques ayant la volonté de bénéficier directement des prestations ou services proposés par l'union doivent adhérer à une mutuelle membre de l'union ou ayant passé une convention avec l'union.

**434.** De la même façon, en vertu des dispositions de l'article L. 931-2 du Code de la sécurité sociale, les institutions de prévoyance sont également autorisées à constituer une union commune. Celle-ci peut avoir pour objet soit de mutualiser les engagements entre les membres dans le cadre de l'union ou de couvrir des risques déterminés, soit de réassurer intégralement leurs opérations. Selon les dispositions du même article, l'union jouit d'une personnalité juridique distincte de celle de ses membres.

**435.** Les sociétés d'assurance mutuelle sont aussi autorisées par les dispositions de l'article L. 322-26-3 du Code des assurances à créer une union commune. Celle-ci a pour objet de réassurer intégralement les contrats souscrits par ses membres et de leur donner une caution solidaire. Comme les unions de mutuelles et les institutions de prévoyance, l'union des sociétés d'assurance mutuelle bénéficie d'une personnalité juridique distincte de celle de ses membres adhérents.

**436.** Ces unions, visant à renforcer la réalisation des objectifs sociaux de leurs membres, peuvent

constituer une menace pour la concurrence dans la mesure où elles permettraient aux entités ainsi constituées d'acquiescer une position dominante sur le marché sur lequel elles opèrent et d'abuser de leur position. Bien que ces unions particulières sont, d'une part, régies par des dispositions spécifiques inscrites aux différents codes concernés, et sont, d'autre part, soumises à l'agrément spécifique de l'Autorité du contrôle prudentiel (ACP)<sup>628</sup>, leur constitution peut être soumise au contrôle des autorités de concurrence, nationale ou européenne, lorsqu'elles sont dotées des moyens leur permettant d'exercer durablement et indépendamment leur activité<sup>629</sup>. À cet égard, l'ADLC a indiqué dans une communication sur le contrôle des concentrations que le rapprochement entre les organismes mutualistes par le biais des unions est analysé comme fusion<sup>630</sup>. Par conséquent, elles peuvent être, selon le cas, autorisées ou interdites.

**437.** Dans une décision très récente, l'ADLC a montré une tolérance particulière à l'égard de ces opérations<sup>631</sup>. En l'espèce, elle a considéré que la segmentation des parts de marchés entre les différentes entités d'assurance témoigne de la forte concurrence entre les différentes entités sur les marchés concernés. Donc, le partage des parts de marchés entre différentes structures concurrentielle permettrait aux différents opérateurs d'assurance de poursuivre la constitution et le développement de ces opérations spécifiques de concentration.

## **B. L'adaptation nécessaire de certaines règles de concentration au secteur des assurances**

**438.** L'application de la réglementation générale relative aux concentrations a révélé également une certaine inadéquation aux opérations qualifiées de concentration relevant du secteur des

---

628V., les articles L. 321-1 et suivants et L. 322-26-3, alinéa 4 du Code des assurances ; Les articles L. 211-7 et L. 113-1 et suivants du Code de la mutualité et les articles L. 931-2 et suivants du Code de la sécurité sociale.

629Il faut rappeler que certaines entreprises communes qui n'exercent pas de manière autonome sur le marché peuvent certes échapper au contrôle des concentrations, mais l'opération, dans ce cas, peut tomber sous le coup de l'article L. 420-1 du Code de commerce ou de l'article 101 du TFUE, qui prohibent les ententes susceptibles d'affecter le jeu du marché, si ces entreprises communes se trouvent être le lieu d'une coopération commerciale anormale entre les entreprises fondatrices : v., dans ce sens sur les unions des mutuelles de santé F. Xavier Testu, V. Thiré, *loc. cit.*, p. 1495.

630ADLC., Lignes directrices, 10 juillet 2013, relatives au contrôle des concentrations.

631ADLC., Déc., n° 15-DCC-16, 25 février 2015, relative à la création d'une Société de Groupe d'Assurance Mutuelle (« SGAM ») par le Groupe La Mutuelle Générale et le Groupe Malakoff Médéric.

assurances.

**439.** À cet égard, certaines règles générales n'étaient pas appropriées au secteur des assurances et ont dû être ajustées. C'est surtout le chiffre d'affaires pris en compte dans le calcul des seuils exigeant un contrôle et une notification que la méthode s'est avérée inadaptée. En effet, selon les règles générales, en droit interne comme en droit européen, le chiffre d'affaires du dernier exercice clos est pris en compte dans ce calcul. Si cette méthode convient aux secteurs d'activité où le cycle de production s'arrête au moment où le produit est vendu, dans le secteur des assurances, le contrat d'assurance, le support des produits et services d'assurance, dure dans le temps. Parallèlement, l'encaissement des primes ou des cotisations de certains contrats d'assurance demeure pendant toute la durée de la vie du contrat. Le terme peut varier selon le type du contrat. Il peut être lié à une date prédéterminée ou à la réalisation du sinistre. C'est l'effet logique du principe de cycle de production inversé. Par conséquent, dans le secteur, les primes ou les cotisations d'assurance ne reflètent le chiffre d'affaires exact qu'à la fin du terme des contrats.

**440.** Pour résoudre ce problème technique, le Conseil européen a dû intervenir, pour la première fois en 1989, et mettre en place des règles de calcul particulières au secteur des assurances. Il a précisé que pour le secteur des assurances, le chiffre d'affaires est remplacé par « *la valeur des primes brutes émises qui comprennent tous les montants reçus et à recevoir au titre de contrats d'assurance établis par elles ou pour leur compte, y compris les primes cédées aux réassureurs et après déduction des impôts ou des taxes parafiscales perçus sur la base du montant des primes ou du volume total de celui-ci* »<sup>632</sup>. Malgré cette précision, la notion de « valeur des primes brutes » a sollicité plusieurs interrogations sur les primes des contrats à prendre en compte. Est-ce uniquement les primes ou les cotisations des contrats conclus lors du dernier exercice qui sont prises en compte ? ou bien toutes les primes ou cotisations des contrats conclus pendant et avant la période d'exercice doivent-elles être prises en compte tant qu'elles sont versées au cours de cette période ? La Commission européenne a répondu dans sa communication de 1998 en précisant que la valeur des primes émises comporte à la fois les primes relatives aux contrats d'assurance conclus au cours de l'exercice comptable en question, et toutes les primes relatives aux anciens contrats qui continuent de courir pendant la période référencée<sup>633</sup>. En droit interne, pour résoudre cette question,

---

632 Cons. CE., Règlement, n° 4064 /89, 21 décembre 1989, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOCE*, 30 décembre 1989, n° L. 395/1 : v., l'article 5, paragraphe 3, b. Cette disposition a été reprise intégralement par l'article 5 du nouveau règlement n° 139/2004 relative au contrôle des concentrations entre entreprises : Consi. CE., Règlement, n° 139/2004, 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOCE*, 29 janvier 2004, n° L. 24/1.

633 Comm. CE., Comm., relative au calcul du chiffre d'affaires conformément au règlement du Conseil n° 4064/89

l'Autorité de la concurrence renvoie dans ses lignes directrices aux règles du droit européen<sup>634</sup>.

441. Une autre particularité du secteur avait également sollicité la réflexion des opérateurs du secteur des assurances. L'activité est, en effet, caractérisée par des opérations d'investissement financier. Dans ce domaine, les entreprises d'assurance effectuent des opérations de placement et ceci afin de renforcer leur solvabilité financière. Par conséquent, les revenus tirés de cette activité correspondent à une activité de prévention et non à celle des entreprises d'assurance. Pour cet raison, ces dernières se sont demandées s'ils devaient faire partie de l'assiette du chiffre d'affaires à prendre en considération, puisque la règle générale impose d'introduire dans l'assiette du chiffre d'affaires, non seulement les revenus de l'activité principale mais aussi ceux provenant d'activités annexes, comme celles financières<sup>635</sup>. La Commission européenne a considéré qu' « *en vue de constituer des réserves suffisantes pour assurer le règlement des sinistres, les entreprises d'assurance, qui sont aussi considérées comme des investisseurs institutionnels, détiennent généralement un gros portefeuille d'actions et de titres productifs d'intérêt, de terrains et constructions et autres actifs qui produisent un revenu annuel qui n'est pas considéré comme un chiffre d'affaires* »<sup>636</sup>.

442. Ces opérations de placement ont également sollicité une réflexion sur leur qualification. Lorsque les organismes d'assurances effectuent des opérations d'achat ou d'acquisition des titres auprès d'autres entreprises, cela entraîne-t-il la qualification de concentration selon les articles 3 du règlement n° 139/2004 et L. 430-1 du code de commerce, et en conséquence, l'application des dispositions relatives aux concentrations ? Ou au contraire, l'objet et la spécificité de cette activité dans le secteur excluent-ils tout contrôle des autorités de concurrence ? Pour lever toute ambiguïté, le Conseil européen avait introduit dans son règlement n° 4064/89, remplacé par celui n° 139/2004 une disposition spécifique au secteur des assurances. Il a ainsi indiqué qu' « *une concentration n'est pas réputée réalisée lorsque (...) des sociétés d'assurances, dont l'activité normale inclut la transaction et la négociation de titres pour compte propre ou pour compte d'autrui, détiennent, à titre temporaire, des participations qu'ils ont acquises dans une entreprise en vue de leur revente* ».

---

relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *JOCE*, 2 mars 1998, C 66, p. 25 : v., le paragraphe 2.2, Section III : remplacée par celle n° 2009/C relative à la communication juridictionnelle codifiée de la Commission concernant le règlement (CE) no 139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, préc. : v., section VII, 2.2.

634ADLC, 10 juillet 2013, lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, Paragraphe 105 : celles-ci ont remplacé les lignes directrices relatives au contrôle des concentrations publiée le 18 juillet 2005 par la DGCCRF.

635F. Xavier Testu, V. Thiré, *loc. cit.*, p. 1496.

636Comm. CE., Comm., relative au calcul du chiffre d'affaires conformément au règlement du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, préc. Paragraphe 57 ; v., aussi la Communication n° 2009/C, préc., Section VII, 2.2.

Toutefois, le Conseil européen exige que ces opérations n'entraînent pas une influence sur le comportement des entreprises en cause par l'exercice du droit de vote attaché aux participations<sup>637</sup>. Pour apporter encore plus de précision, la Commission, dans sa même communication de 1998, a fait une distinction fondamentale entre, d'une part, les placements purement financiers, où l'entreprise d'assurance ne participe pas à la gestion des entreprises objets des placements et, d'autre part, les placements entraînant l'acquisition d'une participation conférant un contrôle dans une entreprise donnée, qui lui permet d'exercer une influence déterminante sur la conduite des affaires de l'entreprise concernée. Selon la Commission, uniquement dans cette dernière hypothèse, l'opération est susceptible d'être qualifiée de concentration et soumise aux règles particulières relatives aux concentrations<sup>638</sup>.

### **Conclusion du chapitre :**

**443.** En analysant l'application des règles du droit de la concurrence relatives aux ententes et aux abus de position dominante dans le secteur des assurances, il s'avère bien que celle-ci comporte une démonstration des tempéraments pratiques d'ordre économique et juridique. La spécificité de l'activité et de son mode d'organisation ont conduit à consacrer deux niveaux de modération. D'une part, les autorités législatives et réglementaires responsables ont adopté certaines règles concurrentielles spécifiques au secteur des assurances garantissant l'exclusion de certains accords et comportements des interdictions des règles de la concurrence. Et d'autre part, les autorités de concurrence compétentes ont adapté les interdictions des ententes et abus de position dominante afin que celles-ci ne portent pas atteinte au bon fonctionnement du secteur ou de certains de ses marchés spécifiques.

**444.** Les effets de la particularité du secteur des assurances sur l'application du droit de la concurrence ne se manifestent pas seulement dans l'application des règles relatives aux ententes et aux abus de position dominante, ils s'illustrent également lors de l'application des règles relatives à l'interdiction des aides étatiques.

---

637V., l'article 3, paragraphe 5 du règlement n° 139/2004, préc.

638Comm. CE., Comm., relative au calcul du chiffre d'affaires conformément au règlement du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, préc., paragraphe 58.

## Chapitre 2-Le contrôle de comportements de l'État en matière d'assurance

445. Parmi les objectifs de la CE figurait l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur<sup>639</sup>. Après la signature du traité de Lisbonne, transformant la Communauté européenne en Union européenne, le principe d'une concurrence non faussée a été réindiqué au protocole n° 27 sur le marché intérieur et la concurrence, annexé au TFUE. Selon les termes dudit protocole, « *le marché intérieur tel qu'il est défini à l'article 3 du TUE comprend un système garantissant que la concurrence n'est pas faussée* ». Or, la concurrence peut être perturbée non seulement par des comportements émis par les entreprises (ententes, concentration et abus de position dominante) mais aussi par divers comportements qualifiés d'aides émises par les États ou ses organismes. Pour cette raison, l'article 107 TFUE interdit, sous quelque forme que ce soit, les aides accordées par l'État ou au moyen de ressources étatiques lorsqu'elles « *affectent les échanges entre les États-membres* » ou « *fausse ou menace de fausser la concurrence* ».

446. En raison de son organisation par l'État, le secteur des assurances peut être particulièrement influencé par des actes et comportements issus des organismes publics ou intermédiaires appartenant à l'État. Ainsi, par leurs actes et agissements, certains privilèges ou avantages peuvent être accordés à quelques opérateurs du marché au détriment de leurs concurrents.

447. En droit de la concurrence peuvent être distingués deux ordres de prohibition. L'un concerne les aides d'État et l'autre est lié aux monopoles et droits spéciaux qui peuvent être accordés par les

---

<sup>639</sup>L'article 3, 1, g de TCE disposait que la Communauté européenne a pour objectif l'établissement d'« un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur ». L'article 3, 1, CE a été abrogé par le traité de Lisbonne et remplacé en substance par les articles 3 à 6 du TFUE.

États membres à certaines entités ou activités économiques.

**448.** Ainsi, sera analysée l'application particulière de l'interdiction des aides d'État dans le secteur des assurances (**Section I**), avant de démontrer les autres formes du contrôle ayant pour objet d'éviter l'installation et la préservation de certaines situations monopolistiques de certains assureurs (**Section II**).

## **Section I-La prohibition des aides étatiques dans le secteur des assurances**

**449.** Les aides d'État sont en général interdites (**Paragraphe. 1**), mais, la spécificité de certains marchés a permis aux autorités compétentes d'exclure des mesures qualifiées d'aide du principe d'interdiction (**Paragraphe. 2**).

## **§1. L'annonce du principe de la prohibition des aides d'État et ses dérogations**

**450.** Le principe de l'incompatibilité des aides d'État avec le marché intérieur est affirmé à l'article 107 du TFUE. En vertu de l'article 108 de ce traité, seule la Commission européenne, sous le contrôle de la Cour de justice, est compétente pour apprécier la compatibilité d'une aide aux règles du droit européen. La jurisprudence a confirmé que les dispositions de l'article 107 ne sont pas d'application directe. Il en résulte qu'il n'appartient pas aux juridictions nationales d'apprécier la compatibilité ou l'incompatibilité avec le traité d'une aide nationale<sup>640</sup>. Par conséquent, le contrôle exercé par la Commission oblige les États membres à notifier à la Commission leur projet d'aides avant toute exécution. Au sens des articles 107 et 108 de TFUE, la Commission peut, après un examen approfondi, décider, soit de l'absence de la qualification d'aide, soit dans l'hypothèse contraire de sa compatibilité ou de son incompatibilité avec les règles de concurrence<sup>641</sup>.

**451.** Par ailleurs, l'article 108 a indiqué dans son paragraphe 2, alinéa 3 que le Conseil européen dispose d'une compétence exceptionnelle dans l'appréciation de la compatibilité des aides d'État à la concurrence. À cet égard, au sens de l'article 108, paragraphe 2 TFUE, en cas d'une demande adressée par un État membre, le Conseil européen peut décider, à l'unanimité en cas de circonstances exceptionnelles le justifiant, la compatibilité d'une aide avec les règles du marché intérieur.

---

640 CJCE, 20 février 1964, *Costa c/ ENEL*, Rec. C.J.C.E., p. 1141 ; 19 juin 1973, *Capolongo*, Rec. CJCE, p. 611 ; 22 mars 1977, *Iannelli et Volpi*, Rec. CJCE, p. 557 ; M. Sousse, « La situation du concurrent du bénéficiaire d'une aide d'État devant les juridictions nationales », *PA*, 1 août 2000, n° 152, p. 16.

641 Selon les dispositions des articles 107 et 108 TFUE, préc.

**452.** Le droit interne se trouve privé de textes équivalents. Cependant, les juridictions nationales sont devenues de véritables auxiliaires des institutions européennes en ce qui concerne le contrôle des aides d'État. Ainsi, incombe-t-il particulièrement aux juridictions nationales de garantir la prééminence des règles européennes<sup>642</sup>. À cet égard, si le Conseil d'État peut se référer volontiers aux dispositions européennes, il s'est montré jusqu'à présent assez réticent pour remettre en cause, sur le fondement de ces articles, la légalité des mesures limitant la liberté de la concurrence<sup>643</sup>.

**453.** En principe, selon le premier paragraphe de l'article 107, les aides d'État sous toutes leurs formes sont incompatibles avec les règles du traité relatives au marché commun. Le même article dispose que les aides d'État peuvent prendre plusieurs formes. Elles peuvent s'attribuer sous forme de subventions, d'apport en capital, de cession de biens, de prêts sans contrepartie ou de garanties de prêts mais aussi d'exonération ou d'avantages fiscaux. L'expérience pratique a démontré que ces différentes mesures procurent à leurs bénéficiaires des avantages discriminatoires en terme économique et financier lorsqu'elles favorisent une ou certaines entités sur le marché et sans aucune justification admissible. Dans ce cas, même si ces mesures discriminatoires n'ont pas un objet anticoncurrentiel, elles peuvent avoir pour effet d'affecter le commerce entre États membres ou au sein de l'État<sup>644</sup>.

**454.** Par ailleurs, des exemptions de plein droit ou facultatives peuvent être accordées en matière d'aides d'États. Ainsi, le paragraphe 2 de l'article 107 indique que sont compatibles, de plein droit avec le marché intérieur : les aides à caractère social non discriminatoires et octroyées aux consommateurs individuels ; les aides destinées à exclure les dommages causés par les catastrophes naturelles ou extraordinaires. Le paragraphe 3 du même article considère potentiellement compatible avec le marché intérieur : les aides destinées à favoriser le développement économique de certaines régions ; les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre ; les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun ; etc.

---

642 Cons. CE., Règlement, n° 659/1999, 22 mars 1999, Portant modalités d'application de l'article 108 du TFUE, *JO L*, 83, 27 mars 1999, V. art. 23.

643 M. Sousse, « La situation du concurrent du bénéficiaire d'une aide d'État devant les juridictions nationales », *PA*, 1 août 2000, n° 152, p. 11 et s.

644 *Cf.*, L. Arcelin, *Droit de la concurrence, les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*, Rennes, PUR, 2<sup>e</sup> éd. ; A. et G. Decocq, *Droit de la concurrence droit interne et de l'union européen*, L.G.D.J., 6<sup>e</sup> éd.

**455.** Outre ces dérogations, d'autres exemptions peuvent être accordées en se basant sur certains règlements généraux. Dans cette catégorie, peuvent être citées, d'une part, l'exemption prévue dans le règlement général d'exemption par catégorie concernant les PME, l'environnement, l'emploi et la formation, etc<sup>645</sup>. Et d'autre part, l'exemption relative aux aides de minimis qui n'excèdent pas un plafond de 200 000 euros sur une période de 3 ans<sup>646</sup>. Elles sont quasiment absentes les décisions d'exemption prise dans le secteur des assurances sur la base de ces règlements particuliers.

**456.** La spécificité du secteur des assurances et sa contribution au développement et à l'évolution sociale et économique des États-membres de l'UE peut constituer un instrument utile afin de solliciter ces exemptions précitées. Certains exemples témoignent de l'équilibre installé entre règles du droit de la concurrence et particularités de l'activité exercée dans le secteur des assurances.

---

645 Cons. CE, Règlement, n° 994/98, 7 mai 1998, relatif à l'application des articles 87 (ex-article 92) (107 TFUE) et 88 (ex-article 93) (108 TFUE) du traité instituant la Communauté européenne à certaines catégories d'aides d'État horizontales, *JOCE* L 142 du 14 mai 1998

646 Comm. CE, Règlement, n° 1998/2006, 15 décembre 2006, relative à l'application des articles 87 (107 TFUE) et 88 (108 TFUE) du traité aux aides de minimis, *JOCE* L 379/5, 28 décembre 2006

## **§2. L'application particulière du droit des aides d'État dans le secteur des assurances**

**457.** En assurance, certaines situations qualifiées d'aides d'État ont pu être soumises à la Commission européenne. Ces quelques exemples peuvent nous présenter la particularité de l'application du droit des aides d'État dans le secteur des assurances. L'exemple le plus commun à tous les pays de l'UE se manifeste dans le domaine de l'assurance crédit à l'exportation. Dans certains pays européens, des organismes publics officiels d'assurance crédit à l'exportation et d'autres organismes privés d'assurance soutenus par le secteur public et fonctionnant pour leur compte ou avec la garantie de l'État, ont manifesté un soutien avantageux au secteur de l'industrie manufacturière sous forme d'assurance crédit à l'exportation contre les risques politiques et commerciaux<sup>647</sup>. Ces aides étatiques visaient le soutien du secteur de l'industrie manufacturière. Toutefois, les travaux du groupe « *Crédit à l'exportation* » du Conseil européen et des différends portés devant la CJCE ont conclu que les avantages financiers dérivant de l'État permet à ces organismes assureurs de fournir avec les meilleures conditions des assurances de crédit à l'exportation. Ce qui peut constituer un impact sur la concurrence vis-à-vis d'autres assureurs privés fonctionnant sur le même marché et ne bénéficiant pas de la même aide<sup>648</sup>.

**458.** En conséquence, afin de supprimer les distorsions créées par ces aides et d'établir une égalité de traitement pour l'ensemble des opérateurs vis-à-vis des règles de la concurrence, la Commission européenne est intervenue pour la première fois en 1997 en publiant sa communication relative à

---

647Comm. CE., cinquième rapport sur les aides d'État dans le Communauté européenne, Bruxelles-Luxembourg 1997, P. 20.

648« L'assurance-crédit et le marché unique 1992 (court terme) », rapport présenté au groupe de coordination, rapporteur : Ph. Callut.

l'application des articles 92 et 93 du traité (désormais 107 et 108 du TFUE) à l'assurance crédit à l'exportation à court terme<sup>649</sup>. Elle a ainsi indiqué que les mesures d'aides à destination des risques commerciaux à court terme constituaient des aides d'État incompatibles avec l'article 92, 1 du traité (107, 1 du TFUE). Selon la Commission, ces mesures conféraient ou étaient susceptibles de conférer aux entreprises d'assurance-crédit à l'exportation qui en bénéficiaient un avantage financier par rapport à leurs concurrents, et par conséquent, de fausser la concurrence. Elle a également invité les États membres à cesser, dans un délai d'un an, ces pratiques, en modifiant les régimes d'aide dans le domaine de l'assurance crédit à l'exportation des risques commerciaux de façon à exclure les avantages consentis à certains opérateurs publics et privés actifs sur le marché au détriment de leur concurrents.

**459.** Toutefois, dans sa communication, la Commission a exclu de son champ d'application les aides d'État consenties pour soutenir le marché d'assurances-crédit à l'exportation couvrant les risques politiques et ceux à moyen et long terme. À cette occasion, il est important d'indiquer que la particularité de ce marché d'assurance a conduit la Commission européenne à faire la distinction entre, d'une part, les risques cessibles couverts par la communication, c'est-à-dire les risques commerciaux à court terme résultant de l'exportation, et d'autre part, les risques politiques et les risques à moyen et long terme dits non-cessibles exclus de l'application de la communication. Par cette exclusion, la Commission a voulu conserver les aides consenties par les pays membres de la Communauté afin de maintenir la couverture des risques politiques et à moyen et long terme. Ceux-ci n'étaient en effet pas pris en charge par les opérateurs privés sur le marché. De surcroît, elle a accepté que les aides d'État à destination des organismes publics ou bénéficiant du soutien de l'État opérant pour leur propre compte pour couvrir des risques cessibles soient exclus de l'interdiction de la communication lorsque les organismes d'assurance privés ne sont plus en mesure de proposer sur le marché d'assurance ou de réassurance une couverture suffisante pour ces risques<sup>650</sup>. À cet égard, faut-il indiquer que malgré sa mise en place par la commission, cette mesure demeure discriminatoire puisque l'aide serait accordée uniquement au profit de certains opérateurs sur le marché.

**460.** La communication de 1997, applicable initialement pour 5 ans à partir de sa date d'adoption, a été prolongée à plusieurs reprises par plusieurs communications modificatives ultérieures de 2005<sup>651</sup>

---

649Comm. CE. Comm., relative à l'application des articles 92 et 93 du traité à l'assurance-crédit à l'exportation à court terme, *JOCE* C 281/03, 17 septembre 1997.

650V., dans ce sens la section 4.4 de la Communication de la commission, préc.

651Comm. CE. Comm., modifiant la période d'application de la communication de la Commission aux États membres, faite conformément à l'article 93, 1 du traité CE, concernant l'application des articles 92 et 93 du traité à l'assurance-

et de 2010<sup>652</sup>. Par la communication de 2005, la Commission a modifié la définition des risques cessibles du point 2.5 de la communication de 1997. Selon cette modification, dans la mesure où il n'existe pas de marché d'assurance privée dans un pays de l'UE, les risques commerciaux et politiques afférents à des débiteurs publics et non publics établis dans l'un des pays énumérés en annexe de la communication de 1997 sont considérés comme temporairement non cessibles, s'ils sont encourus par des petites et moyennes entreprises relevant de la définition communautaire et dont le chiffre d'affaire annuel total à l'exportation n'excède pas 2 millions d'euros.

**461.** Suite à l'apparition de la crise financière actuelle, la Commission a considéré que le manque de capacité d'assurance et de réassurance ne se fait pas ressentir dans tous les pays membres, mais il ne peut être exclu que, dans certains pays, la couverture des risques cessibles puisse être indisponible<sup>653</sup>. Ainsi, selon la dernière modification de 2010, la Commission a indiqué qu'un manque de capacité d'assurance ou de réassurance des risques cessibles persiste suite à la crise financière actuelle. Par conséquent, une intervention publique pourra se justifier concernant ces risques. Donc, la défaillance du marché traditionnel d'assurance de prendre en charge les risques liés à l'exportation, résultant de la crise financière actuelle, a permis d'exonérer temporairement les aides d'État de l'interdiction de l'article 107, 1 du TFUE.

**462.** Très récemment, sur la base de cette communication, la Commission a pris deux décisions<sup>654</sup> contre des mesures d'aides octroyées à Ducroire et à SACE BT, deux organismes assureurs actifs respectivement sur les marchés d'assurance-crédit à l'exportation en Belgique et en Italie. Dans ces deux affaires, la Commission a estimé qu'une partie de l'aide était conforme aux règles de l'UE dès lors qu'elle avait été octroyée aux conditions du marché. Dans l'affaire Ducroire, la Commission a considéré qu'une partie de la mesure avait soutenu la couverture des risques qui n'était pas pris en charge sur le marché. En revanche, elle a considéré qu'une partie de l'intervention publique a été octroyée en violation des règles de l'UE, car elle avait servi à soutenir des produits et services d'assurance-crédit qui se trouvaient en concurrence sur le marché privé.

crédit à l'exportation à court terme, *JOUE C 325/11*, 22 décembre 2005.

652Comm. CE. Comm., modifiant la période d'application de la communication de la Commission aux États membres, faite conformément à l'article 93, 1 du traité CE, concernant l'application des articles 92 et 93 du traité à l'assurance-crédit à l'exportation à court terme, *JOUE C 329/06*, 7 décembre 2010.

653Comm., UE. Comm., relative au cadre communautaire temporaire pour les aides d'état destinées à favoriser l'accès au financement dans le contexte de la crise économique et financière actuelle, préc.

654Comm. UE., Déc., n°SA.23420 (2011/C), 23 février 2011, relative à une présomption d'aides illégales en faveur de la SA Ducroire sous forme d'allocation en capital, de transfert de l'avantage résultant d'une garantie et d'éventuels transferts internes de ressources en faveur des activités d'assurance des risques cessibles de l'ONDD, *JOUE C/163*, 1 juin 2011 ; Comm. UE., Déc., n°SA.23425 (2011/C), 23 février 2013, relative à une présomption d'aides octroyées en faveur de SACE BT, *JOUE C/177*, 17 juin 2011 ; V., la communiqué de presse disponible sur le lien : [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-13-253\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-253_fr.htm).

**463.** Dans un autre cas, en ce qui concerne le marché d'assurance maladie complémentaire, la France a été visée par plusieurs recours en raison des mesures qualifiées d'aides mises en place au profit des mutuelles et des institutions de prévoyance. En effet, en France, les contrats d'assurance sont soumis aux taxes sur les conventions d'assurance<sup>655</sup>. En revanche, les contrats d'assurance proposés par les mutuelles et les institutions de prévoyance étaient traditionnellement et pendant très longtemps exonérés de cette taxe<sup>656</sup>. La FFSA a, en 1990, vivement contesté cette différenciation du traitement en matière fiscale entre les sociétés d'assurance et les mutuelles et les institutions de prévoyance. Pour la FFSA, ce régime fiscal de faveur constituait une distorsion sensible de la concurrence au déterminent des sociétés traditionnelles d'assurance<sup>657</sup>.

**464.** Dans un premier temps et afin de remédier à cette distorsion concurrentielle sur le marché d'assurance maladie, la FFSA a déposé une plainte en 1992 devant la Commission européenne visant à supprimer cette différenciation fiscale non justifiée en vertu des règles de concurrence. Pour défendre leur régime devant la commission, les autorités françaises ont expliqué que le mode d'intervention des mutuelles et des institutions de prévoyance est fondamentalement différent de celui des assurances privées. Selon elles, ces opérateurs particuliers d'assurance sont gouvernées par le principe de gestion sans but lucratif et remplissent une mission d'intérêt économique général<sup>658</sup>.

**465.** Malgré ses arguments, la Commission a adressé à la France en 2001 une lettre afin de l'inciter à supprimer cette discrimination fiscale. Elle a suggéré aux autorités françaises soit d'assujettir les mutuelles et institutions de prévoyance à la même taxe à laquelle les sociétés d'assurance sont soumises, soit de veiller à ce que l'exonération ne dépasse pas les coûts afférents aux contraintes résultant de l'exercice des services d'intérêt économique général<sup>659</sup>. Par la suite, la France a modifié son régime fiscal en instaurant une distinction entre contrats d'assurance maladie complémentaire

---

655 Article 911 du Code général des impôts.

656 L'exonération en faveur des mutuelles résulte de la loi du 31 janvier 1944 qui a créé la taxe sur les conventions d'assurance et d'une loi du 1 avril 1898 qui prévoit l'exemption des droits de timbre et d'enregistrement pour les actes intéressant les mutuelles. En ce qui concerne les institutions de prévoyance la taxe ne leur a pas été appliquée dès l'origine. Cette situation a été entérinée par la loi n° 58-162 du 20 février 1958. Ainsi, l'exonération accordée aux institutions de prévoyance semble résulter de la combinaison de la loi de 1944 et de l'ordonnance du 4 octobre 1945 définissant le cadre législatif de ces organismes. Les dispositions de ces articles se trouvaient aux articles 995-2 et 1087 du Code général des impôts exemptaient les contrats d'assurance proposés par les mutuelles régies par le Code de la Mutualité de la taxe sur les conventions d'assurance. Et l'article 999-2 du même Code prévoyait une exemption analogue au profit des institutions de prévoyance.

657 V., dans ce sens les rapports annuels de 1995 et suivants de la FFSA.

658 Comm. CE., E 46/2001, relative à l'exonération de la taxe sur les contrats d'assurance maladie, Bruxelles, 2 juin 2004, consid. 5.

659 *Ibid.*, consid. 6.

« classiques » souscrits après examen médical et ceux « solidaires » souscrits sans examen médical. En vertu de cette distinction, seuls les contrats dits « solidaires » et qui pouvaient désormais être proposés par tous les opérateurs d'assurance, bénéficiaient de l'exonération de la taxe sur les conventions d'assurance<sup>660</sup>.

**466.** Dans sa décision en 2004<sup>661</sup> la Commission, a qualifié la mesure d'aide et constaté, en raison de la différenciation du bénéfice selon le type des contrats « classiques » et « *solidaires* », son caractère potentiellement anticoncurrentiel. Mais elle a considéré que l'aide au profit des contrats solidaires bénéficiait de l'exemption de l'article 87, paragraphe 2, a ( aujourd'hui 107, paragraphe 2, a du TFUE). Selon elle, la mesure est, d'une part, bénéfique aux consommateurs individuels qui payent un montant de primes plus réduit. Et d'autre part, elle a un caractère social, puisqu'elle exclut toute sélection des risques suite à un examen médical, ce qui contribue à la mise en œuvre du principe de solidarité<sup>662</sup>. Enfin, dès lors que la mesure est applicable à l'égard de toutes les sociétés d'assurance, aussi bien françaises qu'étrangères, la discrimination établie auparavant au profit des mutuelles et des institutions de prévoyance est exclue<sup>663</sup>.

**467.** Par ailleurs, bien que la France n'ait pas été privée de continuer à appliquer l'exonération attribuée aux contrats d'assurance maladie complémentaires, la Commission européenne a refusé d'admettre l'application d'un régime fiscal identique aux conventions d'assurance conclues avec les mutuelles et les institutions de prévoyance et couvrant les autres risques que la maladie. En effet, la FFSA a également adressé une plainte en date du 26 mars 1993 contre l'exonération des contrats d'assurance conclus avec les mutuelles et les institutions de prévoyance pour la couverture des risques autres que la maladie<sup>664</sup>. Elle a également estimé que cette exonération constituait une distorsion des conditions de concurrence entre les différents organismes assureurs. La Commission, après avoir analysé l'incompatibilité de la mesure avec les règles du marché<sup>665</sup>, a considéré que la

---

660Loi de financement rectificative pour 2001, n° 2001-1276, 28 décembre 2001, *JORF*, 29 décembre 2001.

661Comm. CE., E 46/2001, relative à l'exonération de la taxe sur les contrats d'assurance maladie, préc.

662*Ibid*, pt., 27 à 29.

663*Ibid*, pt., 30 ; Toutefois, une récente évolution est à signaler. En effet, pour faire face aux effets de la crise économique résultant de la crise financière, la loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 dite loi de finances pour 2011 a soumis les contrats d'assurance maladie complémentaire dits « *solidaires et responsables* », auparavant exonérés, à une taxe de 3,5 %, soit la moitié du taux normal. Cette mesure a été considérée par la Commission européenne comme une aide compatible avec le marché intérieur en vertu de l'article 107, paragraphe 2, a du TFUE : V., Comm. CE, N 401/2010, notification simplifiée d'un projet de modification du dispositif d'exonération de la taxe spéciale sur les contrats d'assurance maladie dits « *solidaires et responsables* », Bruxelles, 29 octobre 2010.

664À l'époque, les articles 995-2 et 1087 du Code général des impôts exemptaient les contrats d'assurance proposés par les mutuelles régies par le Code de la Mutualité de la taxe sur les conventions d'assurance. Et l'article 999-2 du même Code prévoyait une exemption analogue au profit des institutions de prévoyance.

665Comm. CE., aide d'État n° E 20/2004 – France, Proposition de mesures utiles concernant les dispositions fiscales applicables aux mutuelles et institutions de prévoyance, 2 mars 2004, C (2005) 434. pt., 15 à 20.

mesure constituait une aide interdite par l'article 87, paragraphe 1 du traité (107, 1 TFUE) dans la mesure où l'exonération sur les conventions d'assurance autres que les conventions d'assurance maladie est accordée de manière sélective<sup>666</sup>. La Commission a ainsi exigé de la France de prendre les mesures utiles et nécessaires afin de cesser, au plus tard au 1 janvier 2006, l'exonération fiscale spécifique accordée aux mutuelles et institutions de prévoyance<sup>667</sup>.

**468.** Avant de fermer la discussion sur les aides d'État en matière fiscale, il faut indiquer que la France a fait en 2011 l'objet d'une décision l'interdisant de mettre en place un régime d'exonération fiscale au profit des organismes d'assurance gérant des contrats d'assurance solidaires et responsables. En effet, par plusieurs lettres du 28 décembre 2006, du 26 février, 11 mai et 18 septembre 2007, la France avait notifié à la Commission son intention de mettre en place des régimes d'aide en faveur du développement des contrats d'assurance maladie dits « *solidaires et responsables* » envisagés dans un projet de loi de finances rectificative pour 2006. En vertu de ces régimes, la France a envisagé d'exonérer les organismes assureurs gérant un certain nombre des contrats d'assurance solidaires et responsables de l'impôt des sociétés et de contribution économique territoriale. Dans sa décision de 2011<sup>668</sup> la Commission a, malgré les arguments présentés par la France qui soutenait que la mesure bénéficiait indirectement aux consommateurs individuels, estimé que la mesure constituait une aide incompatible avec les règles du marché. Selon elle, le caractère indirect du bénéfice apporté aux consommateurs finaux est incertain<sup>669</sup>. En outre, le bénéfice de l'exonération est réservé aux seules organismes assureurs remplissant certaines conditions relatives au nombre d'assurés<sup>670</sup>. La solution admise par la Commission en l'espèce a été adoptée contre les espérances de la France qui souhaitait que son projet d'exonération fût soutenu par l'UE puisqu'il visait à encourager le secteur des assurances à s'investir dans le domaine des contrats d'assurance « *solidaires et responsables* ». La décision de la Commission peut paraître contraire à l'objectif soutenu par la France visant à la réalisation des objectifs d'intérêt général. Mais, le fait que le bénéfice de ce régime fût soumis à l'accumulation d'un nombre élevé d'assurés avait pour conséquence d'apporter un avantage fiscal au profit des opérateurs historiques, ce qui attribuait à cette mesure un caractère sélectif interdit par les règles de concurrence.

---

<sup>666</sup>*Ibid*, pt. 24.

<sup>667</sup>Depuis le 1 janvier 2006, l'article 57 de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie a restreint le champ d'application des exonérations fiscales de la taxe sur les conventions d'assurances aux seuls contrats d'assurance maladie « solidaires » également qualifiés de « responsables ».

<sup>668</sup>Comm. UE, C(2011) 267, 26 janvier 2011, concernant les régimes d'aide C 50/07 que la France envisage de mettre à exécution en faveur du développement des contrats d'assurance maladie solidaires et responsables et des contrats d'assurance complémentaires collectifs contre les risques de décès, incapacité et invalidité, *JOUE L.* 143/16, 31 avril 2011.

<sup>669</sup>*Ibid*, pt. 125.

<sup>670</sup>*Ibid*, pt. 129.

**469.** Dans un domaine plus particulier, la Commission européenne a pu intervenir sur le marché de la protection sociale complémentaire à destination des agents de l'État. En effet, par une ordonnance de 1945<sup>671</sup>, l'État français a établi un régime de subventions octroyées aux mutuelles et constituées entre les fonctionnaires, agents et employés de l'État et des établissements publics nationaux et regroupées à la Mutualité des fonctions publiques (MFP). Celui-ci visait le financement des garanties de protection sociale complémentaires fournies par la MFP et ses membres. En fait, la MFP gérait à la fois deux régimes d'assurance : l'assurance de base de sécurité sociale et celle complémentaire. Par une décision de 2004, la Commission européenne a estimé que le concours de l'État à la MFP et ses membres mutuelles était susceptible de constituer une aide d'État, incompatible avec le Traité. Ainsi, afin de rendre équitables les conditions d'activité des différents organismes sur ce marché, elle a invité la France à modifier ses mesures de support étatique de l'espèce. En application de l'article 18 du règlement n° 659/99<sup>672</sup>, la Commission a adressé à la France, le 20 juillet 2005, une recommandation proposant l'adoption de mesures utiles visant à rendre le régime d'assurance plus compatible avec le développement du marché commun au titre de l'article 87 du traité (désormais 107 du TFUE). Ces mesures consistent en ce que soit instaurée une comptabilité analytique permettant une affectation des coûts et des produits selon l'activité en cause ; en une limitation des remises de gestion aux coûts réels de gestion du régime de base de sécurité sociale ; en une suppression de toute aide sélective affectée à la gestion du régime d'assurance complémentaire des mutuelles ; en un découplage de l'assurance complémentaire et de l'accès aux œuvres sociales ; ainsi qu'en une évaluation et une identification comptable des mises à disposition de personnel et de locaux<sup>673</sup>. Cela permet d'éviter les financements étatiques discriminatoires et d'ouvrir l'accès aux œuvres sociales supportées par l'État aux fonctionnaires qui n'adhèrent pas forcément aux mutuelles de la MFP.

**470.** Par la suite, sans supprimer le régime d'aide étatique au profit de la mutualité des fonctionnaires, la France a modifié le cadre législatif et réglementaire de son régime relatif à la

---

671 Ordonnance n° 45-2456 du 19 octobre 1945 portant statut de la mutualité. Cette ordonnance a été complétée par une loi du 27 avril 1946. Ensuite les conditions de participations financières de l'État à la couverture des risques sociaux assurés par ces mutuelles ont été précisées par plusieurs arrêtés du 22 juin 1946, du 27 avril 1949 et 14 mars 1950, lesquels précisaient que la participation étatique ne pouvait excéder 25 % des cotisations versées aux mutuelles par leurs adhérents agents publics. Enfin, ces dispositions ont été reprises par deux arrêtés du 6 juillet 1962, codifiés à l'article R. 523-2 du Code de la mutualité, et du 19 septembre 1962.

672 Cons. CE, règlement n° 659/99 relative à l'application de l'article 93 du traité CE, *JOCE* L. 83/1, 27 mars 1999.

673 Comm. CE., aide d'État n° E 21/2004 – Aide à la Mutualité Fonction Publique et ses mutuelles membres, 20 juillet 2005, C(2005) 2712 ; Après avoir proposé des mesures utiles et demandé un délai supplémentaire de la mise en œuvre de celles-ci, la Commission européenne a accepté que cette dernière soit achevée au 1<sup>er</sup> Janvier 2007 : v., *JOCE*, C268, 4 novembre 2006, p. 5.

MFP<sup>674</sup>. Le projet de la modification a été concrétisé par un décret du Conseil d'État notifié à la Commission à la fin de l'année 2006<sup>675</sup>. Selon celui-ci, la désignation par l'employeur public d'un ou de plusieurs organismes de référence donnera lieu à la signature de conventions entre ces deux parties dont la durée est fixée à 7 ans<sup>676</sup>. Cette signature doit être précédée d'une mise en concurrence<sup>677</sup>. Dans celles-ci peuvent participer les mutuelles, les institutions de prévoyance et les entreprises d'assurances<sup>678</sup>. Par une décision rendue le 30 mai 2007<sup>679</sup>, malgré le fait que la Commission européenne ait déclaré que le dispositif de financement constituait une aide étatique, elle a précisé que son caractère social découlant des principes de solidarité définis aux articles 15 et suivants du projet de décret et du profit tiré par les consommateurs finaux le rend compatible avec le marché commun, au sens de l'article 87, paragraphe 2, sous a), du Traité (désormais 107, paragraphe 2, sous a)<sup>680</sup>.

**471.** À cette application du droit des aides dans le secteur des assurances, d'autres mécanismes peuvent se joindre pour contrôler des mesures dont l'effet est similaire à des aides.

---

674Article 39 de la loi n° 2007-148, du 2 février 2007, de modernisation de la fonction publique prévoit l'ajout d'un article 22 bis à la loi n° 83-634, du 13 juillet 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires.

675Cf., Comm. CE, aides d'État n° 911/2006, Protection sociale complémentaire des agents de l'État, Bruxelles 30 mai 2007, pt. 1.

676Article 10 du projet de décret.

677Article 5 du projet de décret.

678Article 3 du projet de décret.

679JO C 151 du 5 juillet 2007.

680Comm. CE, aides d'État n° 911/2006, préc., pt. 11, 28 à 36 et 55 ; V., dans ce sens également Comm. UE, aides d'État n° 495/2010, Aide relative à la protection sociale complémentaire des agents de la fonction publique territoriale.

## **Section II-L'interdiction des droits exclusifs et des privilèges propres au secteur des assurances**

**472.** En droit européen, plusieurs dispositions interdisent aux États membres de prendre des mesures ayant pour objet ou pour effet d'instaurer des droits exclusifs ou des privilèges à un ou plusieurs opérateurs économiques. L'article 106 du TFUE interdit aux États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques ou les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, d'édicter ou de maintenir des mesures contraires aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus du TFUE. Puis, l'interprétation combinée des articles 101 et 102 TFUE et 4, paragraphe 3 du TUE empêche un État membre de prendre ou maintenir en vigueur des mesures, de nature législative ou réglementaire, susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises. Tel est le cas lorsqu'un État membre, soit impose ou favorise la conclusion d'ententes contraires à l'article 101 TFUE ou renforce les effets de telles ententes, soit retire à sa propre réglementation son caractère étatique en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité de prendre des décisions d'intervention en matière économique<sup>681</sup>.

**473.** Plusieurs mesures particulières observées dans le secteur des assurances peuvent faire l'objet de l'application de ces dispositions. C'est notamment à l'égard de la clause de « désignation » insérée dans les accords et conventions collectives établissant des régimes d'assurance complémentaires au régime de sécurité sociale que les règles de concurrence sont intervenues (**Paragraphe 1**). En droit interne, malgré l'absence des dispositions équivalentes, l'analyse de la

---

<sup>681</sup>Cf., CJCE, 17 novembre 1993, aff. C-2/91, *Meng*, Rec. p. I-5751, pt. 14 ; aff. C-185/91, *Reiff*, Rec. p. I-5801, pt. 14 ; C-245/91, *Ohra Schadeverzekeringen*, Rec. p. I-5851, pt. 10 ; CJCE, 18 juin 1998, aff. C-35/96 *Commission/Italie*, Rec. p. I-3851, pt. 53 et 54 ; aff. C-266/96, *Corsica Ferries France*, Rec. p. I-3949, pt. 35, 36 et 49, ainsi que aff. C-67/96, *Albany*, préc., pt. 65.

compatibilité de la clause de désignation à la concurrence s'est établie sur d'autres règles juridiques  
**(Paragraphe 2).**

## **§1. La mise en cause de la compatibilité de la clause de désignation aux règles de concurrence en droit européen**

**474.** Dans l'UE, la gestion des régimes d'assurance complémentaires au régime obligatoire de sécurité sociale est souvent confiée à des organismes assureurs dans le cadre des négociations collectives de branche entre partenaires sociaux, représentants des employeurs et des salariés. Selon les dispositions des lois internes des États membres, les représentants professionnels peuvent dans le cadre de ces négociations désigner, par une clause dite de « désignation », un ou plusieurs organismes assureurs chargés de la gestion de ces régimes d'assurances collectives ainsi établis<sup>682</sup>. Ils peuvent également demander aux pouvoirs publics de rendre obligatoire l'affiliation auxdits régimes<sup>683</sup>.

**475.** Dans la très grande majorité des cas, ce sont les institutions de prévoyance qui sont désignées. Cette situation a laissé une part résiduelle du marché d'assurance complémentaire aux mutuelles et compagnies d'assurance. En outre, la clause a conduit à des restrictions à la liberté contractuelle et la libre concurrence<sup>684</sup>.

**476.** Si la conformité de la clause aux règles de concurrence n'a pas été contestée initialement par

---

<sup>682</sup>En droit français ce sont des articles dispersés dans le Code de la sécurité sociale et le Code du travail qui établissaient la légalité de tels conventions ou accords instaurant des régimes d'assurance collective dont la gestion est confiée à un organisme assureur via une clause de désignation : Voir avant la modification de 2014 les articles L.911-1, L.912-1 et L.931-1 du Code de la sécurité sociale et les articles L.2253-1 et ss du Code du travail.

<sup>683</sup>V., L.2261-15 du Code du travail.

<sup>684</sup>Le débat est ancien voir J-P. Chauchard, J-Y. Kerbourc'h et Ch. Willmann, *op. cit.*, p. 534 ; Sur les difficultés liées à la désignation d'une institution de prévoyance, v., notamment J. J. Duperyroux, « Les exigences de la solidarité », *Dr. Soc.* 1990, p. 741 ; V., aussi Cass. soc., 10 octobre 2007, *Dr. Soc.*, 2007, p. 131, obs., J. Barthélémy, le choix de l'organisme assureur par accord de branche postérieur s'impose à l'entreprise ; confirmation par Cass. soc., 21 novembre 2012, n° 10-21.254.

les sociétés classiques d'assurance, ce sont les assurés qui ont manifesté leur intérêt à la résolution de la question. Privé de leur liberté de choix en ce qui concerne l'organisme assureur avec lequel ils peuvent se contracter, les assurés ont exprimé leur opposition au monopole résultant de l'instauration de tels régimes. Selon eux, la création d'un cadre légal donnant la possibilité aux partenaires sociaux de désigner un seul organisme assureur pour gérer les régimes ainsi établis favorisait la mise en œuvre des accords et conventions contraires aux règles des traités relatives au marché intérieur. Lors de la contestation, les juridictions nationales, devant lesquelles a été soulevée la compatibilité de ces régimes aux règles du marché, ont posé à la CJUE la question préjudicielle de savoir si la décision des pouvoirs publics de rendre obligatoire, à la demande des organisations représentatives des employeurs et des salariés d'un secteur d'activité déterminé, un accord issu de négociations collectives qui prévoit l'affiliation à un régime de remboursement complémentaire [...] géré par un organisme désigné [...] est compatible avec le droit européen<sup>685</sup>.

**478.** Dans toutes ses décisions, la CJUE a, après avoir reconnu l'effet potentiellement anticoncurrentiel de tels régimes et décisions, considéré que la décision des pouvoirs publics de rendre obligatoire l'affiliation à un organisme assureur désigné afin de gérer un régime d'assurance complémentaire instauré dans le cadre des négociations collectives n'était pas contraire aux dispositions des traités en matière concurrentielle<sup>686</sup>. La Cour a justifié sa décision par le rôle initial de ces régimes d'assurance dans la réalisation des objectifs de politiques sociales que vise l'UE<sup>687</sup>.

**479.** Il faut souligner que si la clause ou la désignation justifiée par l'objectif social poursuivi par les accords et conventions collectives est conforme au droit européen, la réponse ne semble pas convaincante par rapport à la liberté accordée aux partenaires sociaux lors de la désignation d'un ou plusieurs organismes assureurs chargés de la gestion du régime. À cet effet, dans les affaires précitées, bien que les parties défenderesses Albany, Brentjen's et Drijvende ont fait illusion à

---

685V., par exemple CJCE, 21 septembre 1999, aff. C-67/96, *Albany international BV/Stichting Brdrijfspensiopnfonds*, préc. Pt. 2 et 46 ; CJCE, 21 septembre 1999, aff. C-115/97 à C-117/97, *Brentjens'Handelsonderneming BV*, préc., pt. 30 et 63 ; 21 septembre 1999, aff., C-219/97, *Drijvende Bokken*, préc., pt. 2, 34 (3 et (5, et 53 ; 12 septembre 2000, aff. C-180/98 à C-184/98, *Pavel Pavlov e.a et Stiching Pensioenfonds Medische Specialisten*, préc., pt. 2, 48 (2, et 57 ; CJUE 3 mars 2011, aff. C-437/09, *AG2R Prévoyance contre Beaudout Père et Fils SARL*, préc., pt. 22 et 23.

686CJCE, 21 septembre 1999, aff. C-67/96, *Albany international BV/Stichting Brdrijfspensiopnfonds*, préc. pt. 70 ; CJCE, 21 septembre 1999, aff. C-115/97 à C-117/97, *Brentjens'Handelsonderneming BV*, préc., pt. 70 ; 21 septembre 1999, aff., C-219/97, *Drijvende Bokken*, préc., pt. 60 ; La cour de cassation a également mise en évidence les éléments importants à prendre en compte pour valider cette désignation à savoir l'existence d'un accord qui institue des garanties dans le cadre des négociations collectives et une mutualisation des risques. Cass. ch. soc., 10 octobre 2007, n° 05-15.850.

687CJCE, 21 septembre 1999, aff. C-67/96, *Albany international BV/Stichting Brdrijfspensiopnfonds*, préc. pt. 54 à 64 ; CJCE, 21 septembre 1999, aff. C-115/97 à C-117/97, *Brentjens'Handelsonderneming BV*, préc., pt. 66 à 68 ; 21 septembre 1999, aff., C-219/97, *Drijvende Bokken*, préc., pt. 56 et 57.

l'incompatibilité de la mesure aux règles du marché<sup>688</sup>, la CJCE n'a pas abordé à l'époque la question de la compatibilité de la procédure suivie lors de la désignation d'un ou plusieurs organismes assureurs aux règles du droit de la concurrence. Elle a toujours justifié ses décisions par la possibilité ouverte aux partenaires sociaux, par les dispositions de l'article 4 en son paragraphe 2 de l'accord social, de demander la mise en œuvre des accords sociaux<sup>689</sup>. Pour la Cour, dès lors que les accords et conventions sont instaurés par les partenaires sociaux et dans le cadre des conventions collectives, ils ne sauraient être considérés comme imposant ou favorisant la conclusion d'ententes contraires aux dispositions de l'article 101 du TFUE.

**480.** Toutefois, la nécessité de résolution de cette problématique d'ordre concurrentiel a été soulevée pour la première fois, par la CJUE en 2013 dans l'affaire précitée *AG2R Prévoyance*. En l'espèce, il s'agissait d'un avenant du 24 avril 2006 de la convention collective nationale du 19 mars 1978, relatif à la mise en place d'un régime de remboursement complémentaire de frais de soins de santé dans le secteur de la boulangerie artisanale. Selon l'article 2 de celui-ci, les entreprises du secteur concernées sont obligées d'affilier leurs salariés auprès de l'institution AG2R Prévoyance désignée par l'article 13 du même avenant. À la demande des représentants professionnels, un arrêté du ministère de l'emploi et de la cohésion sociale a approuvé et étendu l'ensemble des dispositions de l'avenant au secteur concerné<sup>690</sup>. Devant les juridictions nationale et communautaire, Monsieur Beaudout a contesté la compatibilité de ce régime aux règles du droit européen.

**481.** Malgré le fait que les objectifs sociaux aient justifié la décision déclarant la compatibilité de l'avenant et de la décision des pouvoirs publics aux règles du droit de la concurrence<sup>691</sup>, la CJUE a

688V., les arguments des parties : CJCE, 21 septembre 1999, aff. C-67/96, *Albany international BV/Stichting Brdrijfspensioenfonds*, préc., pt. 48, 49 et 52 ; CJCE, 21 septembre 1999, aff. C-67/96, *Brentjens'Handelsonderneming BV*, aff. C-115/97 à C-117/97, préc., pt. 64 ; 21 septembre 1999, aff., C-219/97, *Drijvende Bokken*, préc., pt. 54.

689L'accord social qui avait été conclu lors de la conférence intergouvernementale sur l'Union politique en 1992 a été intégré dans les dispositions du Titre XI du traité instituant la Communauté européenne. Ces dispositions se trouvent aujourd'hui au titre X du Traité sur le fonctionnement de l'union européenne. Aujourd'hui, les dispositions de l'article 4 de l'accord social se trouve à l'article 139 du TFUE ; CJCE, 21 septembre 1999, aff. C-67/96, *Albany international BV/Stichting Brdrijfspensioenfonds*, préc., pt. 67 ; CJCE, 21 septembre 1999, aff. C-115/97 à C-117/97, *Brentjens'Handelsonderneming BV*, préc., pt. 67 ; 21 septembre 1999, aff., C-219/97, *Drijvende Bokken*, préc., pt. 57.

690Arrêté du 16 octobre 2006, portant extension d'un avenant à la convention collective nationale de la boulangerie-pâtisserie (entreprises artisanales) (n° 843), *JORF* n° 248, 25 octobre 2006, p. 15787.

691CJUE 3 mars 2011, aff. C-437/09, *AG2R Prévoyance contre Beaudout Père et Fils SARL*, préc., pt. 28 à 39 et 66 à 81 ; En droit national, plusieurs arrêts de Conseil d'État ont admis la compatibilité de la clause de désignation aux règles du droit de la concurrence. Dans ses décisions, il a considéré que les partenaires sociaux exercent la liberté normale de choix des demandeurs à l'égard des prestataires de service : V., CE, 7 juillet 2000, FFSA, n° 198564 et celui du 2 janvier 1995 ; la cour de cassation a dans le même sens, admis la licéité, au regard des règles du droit de la concurrence, des clauses de désignation accompagnées de stipulations de « migration » : Cass. ch. Soc., 10 octobre 2007, Capricel Prévoyance ; Le Conseil de la concurrence, interrogé par le Syndicat français des assureurs-conseils à propos de la désignation par une convention collective étendue de l'organisme chargé à titre exclusif de

incité la juridiction de renvoi, en l'occurrence le tribunal de Périgueux, de vérifier dans la mesure où l'institution de prévoyance AG2R serait qualifiée d'entreprise, les circonstances dans lesquelles cette dernière a été choisie parmi les différentes entreprises concurrentes<sup>692</sup>. Par déduction, la Cour de justice a voulu, bien que la clause ne soit pas contraire en en soi aux règles du marché, qu'il soit vérifié si le choix de l'organisme désigné a été déterminé en respectant une procédure de mise en concurrence. Le tribunal, puis la cour de cassation n'ont pas abordé cette question. Ils ont tout simplement exclu AG2R Prévoyance de la soumission aux règles de concurrence puisque cette dernière n'a pas été qualifiée d'entreprise<sup>693</sup>.

**482.** Bien que la Cour de justice ait délaissé la question de la compatibilité de la procédure de désignation aux règles de concurrence, sa recommandation dans l'arrêt *AG2R Prévoyance* aurait peut-être influencé la position des pouvoirs publics en droit interne.

---

gérer le système de prévoyance mis en place et auquel les entreprises assujetties à cette convention ont l'obligation d'être affiliées, a considéré qu'en procédant ainsi, les partenaires sociaux exercent la liberté de choix normale du demandeur à l'égard des prestations de services offreur. Il a cependant ajouté que « rien ne s'opposerait à ce que les parties à la convention fassent appel à différents offreurs soit avant d'adopter la clause relative au régime de prévoyance soit à l'occasion de la révision de celle-ci ». Cons. Conc., avis, n° 92-A-01, 21 janvier 1992.

<sup>692</sup>*Ibid*, pt. 65.

<sup>693</sup>*Supra*, n° 183.

## §2. L'inconstitutionnalité de la clause de désignation

### en droit interne

**483.** En droit interne, jusqu'au 1 janvier 2014, on a pu déplorer que la législation n'ait pas prévu d'encadrer les conditions dans lesquelles les partenaires sociaux pouvaient être amenés à choisir leurs interlocuteurs économiques en cas d'insertion des clauses de désignation et de migration<sup>694</sup> dans leurs accords collectifs. En effet, trois types d'organismes peuvent faire l'objet de la clause de désignation : les compagnies d'assurance, les mutuelles et les institutions de prévoyance. Or, ce sont les institutions de prévoyance qui étaient souvent désignées par les partenaires sociaux. La loi était muette sur les conditions de conclusion des accords ou le régime juridique des conventions préalables entre assureurs et représentants professionnels<sup>695</sup>. Le législateur n'a rien précisé dans les différents textes sur les modalités de désigner un ou plusieurs opérateurs d'assurance chargés de la gestion des régimes d'assurance complémentaire instaurés dans le cadre des négociations collectives. Cette question n'a, depuis l'insertion de la clause de désignation par le législateur à l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale, sollicité aucune analyse sérieuse en vertu du droit de la concurrence.

**484.** C'est avec le projet de la loi sur la sécurisation de l'emploi prévoyant la généralisation de la couverture complémentaire santé obligatoire pour l'ensemble des salariés et leurs ayant droits et

---

<sup>694</sup> La clause de migration est souvent insérée en complément de la clause de désignation. Par celle-ci les partenaires sociaux imposent à l'ensemble des entreprises concernées par la convention ou l'accord collectif de branche professionnelle d'adhérer au régime d'assurance complémentaire instauré par celui-ci et sans aucune possibilité de dispense. C'est-à-dire, les entreprises de la branche concernée par l'accord devront adhérer au régime géré par l'organisme assureur ainsi désigné et sans la possibilité de demander la dispense de cette obligation pour avoir souscrit un autre contrat auprès d'un autre organisme assureur : J-P. Chauchard, J-Y. Kerbourc'h et Ch. Willmann, *Droit de la sécurité sociale*, Paris, L.G.D.J. , 6<sup>e</sup> éd., 2013.

<sup>695</sup>V. Nicolas, *op. cit.*, p. 719.

issus de la signature de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013, que la question de l'effet anticoncurrentiel de la clause de désignation a été pour la première fois soulevée et analysée. Ainsi, suite à la demande de l'association de la promotion de la concurrence dans le secteur des assurances collectives, l'Autorité de la concurrence a donné un avis remarquable<sup>696</sup> sur l'effet anticoncurrentiel de la clause de désignation inscrite à l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale et prévue par le projet de la loi de sécurisation de l'emploi<sup>697</sup>. Dans son avis, l'ADLC a précisé que même si la clause de désignation n'est pas contraire, en elle-même, aux règles de concurrence, sa mise en œuvre doit être encadrée pour maintenir la concurrence sur le marché de l'assurance complémentaire santé. À cet égard, elle a émis plusieurs préconisations pour qu'une concurrence effective entre les différents opérateurs du secteur de la protection complémentaire collective des frais de santé puisse être instaurée. Parmi celles-ci, il a été privilégié que la clause de désignation soit remplacée par une clause de recommandation d'un ou plusieurs organismes assureurs, et que le choix de ceux-ci soit déterminé après une mise en concurrence entre les organismes susceptibles d'être recommandés ou désignés. À cette fin, l'ADLC a surtout préconisé que la procédure de mise en concurrence soit organisée par un organe ad-hoc et selon des règles strictes d'impartialité et de prévention des conflits d'intérêts.

**485.** Contre tout attente, et au lieu de modifier le texte de la loi relatif à la clause de désignation, en prenant en compte ces préconisations, la majorité des députés de l'assemblée nationale a préféré déférer le texte de la loi adoptée au Conseil constitutionnel. Dans leur recours, les députés ont contesté la conformité de la clause de désignation, consacrée par l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale et telle qu'elle est admise par la loi sur la sécurisation de l'emploi, aux principes de liberté contractuelle et d'entreprendre<sup>698</sup>. Il faut simplement préciser ici que les « clauses de désignation » ont sans aucun doute pour effet de limiter la concurrence entre organismes

---

696ADLC, Avis, n° 13-A-11, 29 mars 2013, relatif aux effets sur la concurrence de la généralisation de la couverture complémentaire collective des salariés en matière de prévoyance.

697La loi relative à la protection sociale complémentaire reconnaît aux partenaires sociaux le droit de désigner par accord collectif l'organisme assureur de leur choix (art. L. 912-1 CSS). Il a été renouvelé par la signature de l'accord interprofessionnel en date du 11 janvier 2013 portant sur « la sécurisation de l'emploi » qui, voulant généraliser par des négociations en cascade la couverture complémentaire des salariés avant le 1 janvier 2013, a paru laisser aux entreprises le libre choix de l'organisme assureur, écartant ainsi le jeu des clauses de désignation. Mais la loi n° 2013-504 du 14 mai 2013, portant sur la sécurisation de l'emploi, a réintroduit le principe des clauses de désignation, s'accompagnant d'une mise en concurrence préalable des organismes assureurs et de ses modalités : J-P. Chauchard, J-Y. Kerbourc'h et Ch. Willmann, *op. cit.*, p. 534.

698Les sénateurs et les députés n'ont pas eu un recours en se basant sur le principe de libre concurrence, puisqu'il ne pouvait être reçu par le Conseil constitutionnel. En effet, ce dernier n'a jamais reconnu une valeur constitutionnelle à la liberté de la concurrence : Cons. Const., 21 janvier 2011, n° 2010-89 QPC, *Société Chaud Colatine* ; Par contre, la libre concurrence peut être liée au principe d'égalité devant la loi. Le Conseil Constitutionnel reconnaît également à la libre concurrence un objectif d'intérêt général au côté de la liberté d'entreprendre : Cons. Const., 11 février 2011, n° 2010-102 QPC du *M. Pierre L. (Monopole des courtiers interprètes et conducteurs de navires)*, consid., 5.

complémentaires et comme cela a été précisé par l'ADLC, mais un tel grief ne pouvait prospérer constitutionnellement dès lors que le Conseil constitutionnel n'a jamais reconnu une valeur constitutionnelle à la liberté de la concurrence<sup>699</sup>. Dans sa décision de 2013<sup>700</sup>, le Conseil constitutionnel a, après avoir identifié l'atteinte disproportionnée que porte la clause de désignation aux principes de liberté contractuelle et d'entreprendre<sup>701</sup>, finalement déclaré l'inconstitutionnalité des dispositions de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale.

**486.** Dans le même sens, les principes de liberté d'entreprendre et de contracter ont été utilisés par l'Association diversité et proximité mutualiste (ADPM) afin de contester les dispositions d'un décret reformant le régime de l'aide à la complémentaire santé<sup>702</sup>. Ce texte prévoyait, d'une part, une procédure de sélection des contrats éligibles à cette aide financière destinée aux personnes dont les revenus dépassent légèrement le plafond pour l'accès à la couverture maladie universel complémentaire (CMU-C), et d'autre part, une procédure de mise en concurrence afin de choisir les organismes assureurs auprès desquels les bénéficiaires peuvent souscrire leurs contrats. Dans son recours, le président de l'ADPM a soutenu qu'en subordonnant l'octroi de l'aide à l'adhésion à un organisme sélectionné et même après une procédure de mise en concurrence, le décret porte atteinte à la liberté d'entreprendre et de contracter. Le Conseil d'État a, dans sa décision du 3 avril 2015, refusé le recours au motif que les procédures établies par les dispositions du décret visaient à garantir l'exercice des libertés d'entreprendre et de choix de l'assuré à des meilleures conditions en terme prix-qualité<sup>703</sup>. En reprenant le raisonnement de la décision déclarant l'inconstitutionnalité de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité social, il est regrettable que le Conseil d'État ne se soit pas interrogé sur la compatibilité de cette mesure à la constitution, puisqu'il s'agit de désigner des organismes bénéficiaires des contrats d'assurance aidés.

**487.** Suite à la décision du Conseil constitutionnel du 13 juin 2013, le contenu de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale a été modifié par l'article 14 de la loi du financement de la Sécurité

---

699Cons. Const., Déc., 21 janvier 2011, n° 2010-89 QPC, *Société Chaud Colatine (Arrêté de fermeture hebdomadaire de l'établissement)*.

700Cons. Const., Déc., 13 juin 2013, n° 2013-672.

701Dans la décision, si le Conseil constitutionnel n'a pas exclu que l'article L. 912-1 poursuive un objectif d'intérêt général (en garantissant l'accès de toutes les entreprises d'une même branche à une protection complémentaire et en assurant un régime de mutualisation des risques de toutes les entreprises de la branche), il a admis que cet objectif ne saurait justifier d'imposer aux entreprises d'une branche professionnelle qu'elles soient liées avec un cocontractant déjà désigné par un contrat négocié au niveau de la branche et au contenu totalement prédéfini : Cons. Const., 13 juin 2013, n° 2013-672, consid., 11 et 12.

702Décret, n° 2014-1144, 8 octobre 2014, relatif à la sélection des contrats d'assurance complémentaire de santé susceptibles de bénéficier du crédit d'impôt mentionné à l'article L. 863-1 du code de la sécurité sociale, *JORF* n°0234, 9 octobre 2014.

703CE., Déc., 3 avril 2015, n° 386336.

sociale pour 2014<sup>704</sup>. Celle-ci a remplacé la clause de désignation par une autre dite de « recommandation ». En outre, selon la nouvelle rédaction, le choix d'un ou de plusieurs organismes recommandés doit désormais résulter d'une procédure de mise en concurrence caractérisée par la transparence, l'impartialité et l'égalité vis-à-vis de tous les organismes assureurs.

**488.** Suite à cette évolution législative avancée par rapport aux autres pays membres de l'UE, les accords et conventions collectives établissant un régime de prévoyance ou de retraite complémentaire ne pourront plus désigner un ou plusieurs assureurs obligatoires. Tout assureur, même non-recommandé, peut désormais prendre en charge la couverture de tel ou tel régime ainsi instauré. Ce qui assure totalement le respect du principe de la libre concurrence. Cependant, il faut indiquer que ces opérateurs doivent répondre aux différentes exigences déterminées dans l'accord ou la convention négociés par les partenaires sociaux. À partir de ce constat une question légitime peut se poser : si les régimes d'assurance établis dans le cadre des négociations collectives sont basés sur un principe de solidarité par répartition, les différents opérateurs d'assurance seront-ils capables d'accepter la gestion de tel régime et sans être sûr qu'un certain nombre d'assurés souscrivent auprès d'eux leur contrat ? À cet égard, pour garantir la mise en œuvre de la solidarité entre l'ensemble des membres d'un tel régime, le législateur aurait dû seulement organiser les procédures de désignation sans aller jusqu'à l'annulation de la clause de désignation. À cet égard, il est tout à fait envisageable de voir ces régimes d'assurances établis dans le cadre des négociations collectives gérés par les seuls opérateurs d'assurance recommandés par les partenaires sociaux.

**489.** Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a déclaré dans sa décision que l'inconstitutionnalité de la clause de désignation est sans effet rétroactif. Les entreprises ayant adhéré avant le 13 juin 2013 à un organisme assureur désigné par un accord professionnel conserveront cette adhésion jusqu'à l'échéance quinquennale d'examen des comptes. À la plus prochaine échéance quinquennale, les désignations actuelles cesseront de produire effet et les parties concernées, assurés comme assureurs, exerceront leur liberté dans un climat concurrentiel sain et transparent sur l'ensemble du marché de l'assurance collective.

---

704Loi n° 2013-1203 du 23 décembre 2013 de financement de la Sécurité sociale pour 2014.

## Conclusion du chapitre :

**490.** Afin de garantir une concurrence saine, à l'instar des règles relatives aux comportements des entreprises, les règles relatives au contrôle des comportements étatiques sont intervenues et se sont adaptées à la spécificité du secteur des assurances. Si le secteur n'a pas sollicité un tempérament particulier lors de l'application des règles du droit des aides d'État, certains marchés spécifiques ont justifié l'adoption de quelques dérogations à la réglementation générale comme c'est le cas pour le marché d'assurance de crédit à l'exportation.

**491.** En droit national, bien que des règles directes interdisant des comportements étatiques anticoncurrentiels ne soient pas adoptées, d'autres mécanismes de contrôle ont pu être utilisés afin que le principe de libre concurrence soit respecté. Avec la déclaration de l'inconstitutionnalité de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale, le droit français se considère aujourd'hui plus soucieux de garantir le respect des règles du droit de la concurrence que le droit européen qui jusqu'à là a toujours validé les clauses dites de désignation et de migration. En faisant prévaloir les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales, le Conseil constitutionnel a nettement placé la prévoyance collective sur le terrain des assurances de personnes et non de la Sécurité sociale<sup>705</sup>. Ce positionnement concrétise également l'égalité du traitement en matière concurrentielle pour l'ensemble des opérateurs fonctionnant sur ce marché. Le juge constitutionnel, en censurant l'article L. 912-1 CSS, produit aussi des effets beaucoup plus drastiques que l'Autorité de la concurrence ne l'a pas imaginé. Elle avait alors privilégié la liberté des entreprises tout en laissant ouverte la possibilité de procéder à des recommandations de plusieurs assureurs et sous certaines conditions.

---

<sup>705</sup>J.-P. Chauchard, J.-Y. Kerbourc'h et Ch. Willmann, *op. cit.*, p. 534 ; V. également J.-P. Chauchard, « La prévoyance sociale complémentaire selon le Conseil constitutionnel », *RDSS* 2014 p. 601.

## **Conclusion du titre :**

**492.** La pratique décisionnelle et jurisprudentielle démontre que les prohibitions issues des règles du droit de la concurrence sont applicables au secteur des assurances. Sauf qu'à la différence de la plupart des autres secteurs économiques, cette application se révèle inadéquate par rapport aux caractéristiques particulières et à la spécificité du secteur.

**493.** La singularité du mode du fonctionnement de l'activité d'assurance a considérablement influencé la manière dont ces règles sont applicables. La structure spécifique des entreprises du secteur, les inconvénients de l'exercice liés au principe de cycle de production inversée et les défis liés à l'ouverture du marché ont rendu l'application des interdictions du droit de la concurrence inconciliables avec le bon fonctionnement de l'activité des entreprises à l'échelle nationale et européenne mais aussi mondiale.

**494.** L'adoption par la Commission européenne du règlement d'exemption par catégorie particulier au secteur des assurances et qui témoigne de la nécessité de l'exclusion de certaines catégories d'accords et de conventions nécessaires à l'exercice de l'activité des entreprises d'assurances ne signifie pas forcément que les pratiques non couvertes par ce règlement particulier ne peuvent pas bénéficier d'une exemption spécifique. Le recours aux règles générales d'exemption du droit de la concurrence peut favoriser, au cas par cas, leur exclusion des prohibitions de ce droit. À cet égard, la pratique décisionnelle et jurisprudentielle des autorités de la concurrence européenne et nationale ont montré des situations d'entente, de domination et d'aide sur le marché qui en raison de leur nécessité au bon fonctionnement sur les marchés ont échappé aux interdictions du droit de la concurrence.

**495.** Dans son objectif de faire respecter le principe d'économie de libre marché, les autorités de concurrence européenne et nationale ont su prendre en compte les caractéristiques distinctes liées à l'exercice de l'activité d'assurance et l'effet de celles-ci sur les comportements des entreprises et adapter les règles de portée générale à la spécificité de ce secteur. Malgré cette application modérée, il n'en demeure pas moins que l'application des règles de concurrence au secteur des assurances reste toujours contestable.

## **Titre II- Une contestation persistante de l'application du droit de la concurrence au secteur des assurances**

**496.** La science économique exerce une influence sur l'existence même d'une politique de la concurrence. En effet, le droit de la concurrence ne se conçoit que dans une économie de marché (ou libérale) par rapport à l'économie dirigée (ou administrée)<sup>706</sup>. Il ne se conçoit pas non plus de la même manière dans une économie soumise à la réglementation. À cet égard, l'applicabilité des règles du droit de la concurrence trouve sa limite dès lors que le comportement anticoncurrentiel ne résulte pas d'une liberté de choix des entreprises en cause, mais directement de leur soumission à une obligation légale ou réglementaire. Cette hypothèse a été envisagée très tôt par la Cour de justice dans certaines affaires<sup>707</sup>.

**497.** Le secteur des assurances se distingue par rapport aux autres secteurs économiques par sa réglementation. Celle-ci se justifie par le fait qu'elle vise à protéger les intéressés « assurés, bénéficiaires et assureurs » des dangers et des risques résultant de la nature de l'activité d'assurance. Dès lors, les textes qui réglementent cette activité sont souvent d'ordre public. Les opérateurs fonctionnant dans ce domaine doivent les respecter tout en faisant face à des contraintes particulières liées à l'activité.

**498.** En outre, les différents caractères spécifiques du secteur des assurances, comme l'aléa et le cycle de production inversée, ont conduit les assureurs dès la naissance de leurs activités à adopter des méthodes particulières pour faire face aux dangers qui en résultent. Mais tous tournent autour de

<sup>706</sup>V. Pironon, *Droit de la concurrence*, Gualino, lextenso éditions, 2009, p. 35.

<sup>707</sup>CJCE, 16 décembre 1975, 40/73, *Suiker Unie e.a.c. Commission*, pts. 65, 66, 71 et 72 : C. Prieto et D. Bosco, *op. cit.*, p.400

la mutualisation des risques entre la communauté des assurés qui créent une sorte de solidarité. Cette dernière est renforcée au sein de certains opérateurs comme c'est le cas pour les mutuelles et les institutions de prévoyance.

**499.** Ces différentes spécificités de l'activité d'assurance ont eu une grande influence sur l'application des règles du droit de la concurrence. Comme on l'a vu précédemment, dès les premières applications, les opérateurs d'assurance ont contesté leur soumission à ces règles. Ainsi, ils ont invoqué l'ensemble des caractéristiques de l'activité pour dénier toute qualification économique de leur activité et leur soumission aux règles de concurrence.

**500.** Cette contestation a suscité une grande évolution décisionnelle et jurisprudentielle concernant la position des autorités compétentes françaises et européennes de la concurrence. Cependant, avec l'arrêt *AG2R Prévoyance*<sup>708</sup>, la CJUE a précisé que les différentes caractéristiques du secteur des assurances n'ont aucune influence sur sa soumission aux règles de la concurrence. La concurrence existant sur le marché entre les opérateurs d'assurance est suffisante pour que le secteur soit soumis à ces règles. Toutefois, l'application de ces règles peut apparaître inadaptée et nuisible au bon fonctionnement du secteur et à son rôle dans la société contemporaine.

**501.** Si le secteur des assurances est aujourd'hui soumis au droit de la concurrence, les restrictions à la liberté des assureurs dans l'exercice de leurs activités (**Chapitre 1**), et l'effet de celle-ci sur la réalisation des objectifs particuliers liés au secteur (**Chapitre 2**) mettent toujours en cause l'application des règles de concurrence dans ce secteur.

---

708CJUE., 3 mars 2011, aff. c-437/09, AG2R préc.

## **Chapitre 1-Les restrictions réglementaires et structurelles à la liberté économique des opérateurs d'assurance**

**502.** Dans le cadre des activités économiques, le droit intervient généralement pour organiser leur bon fonctionnement et adapter au même moment ses règles à leur évolution. Toutefois, cette intervention ne peut, dans tous les cas, fausser la liberté des acteurs économiques dans l'exercice et le développement de leur activité que si elle est proportionnée et justifiée par la réalisation ou la protection d'objectifs d'intérêt général.

**503.** Lorsque les opérateurs économiques agissent en respectant les règles légales, le droit de la concurrence ne pourra pas intervenir pour empêcher ces entreprises de fonctionner conformément à la loi. Ces dernières n'ont en effet le choix que d'obéir à la loi. Cet argument, s'il est utilisé dans la plupart des activités économiques le sera davantage, en raison de la rigueur législative imposée, dans le secteur des assurances.

**504.** Historiquement, l'activité d'assurance était considérée comme malsaine dans l'esprit de la société et son exercice était interdit par les pouvoirs publics et religieux<sup>709</sup>. Cette réalité a, dès le début, dessiné le moule réglementaire dans l'enclave duquel l'assurance est orientée. Après l'admission de l'activité d'assurance en droit national et européen au sein de la société, d'autres réglementations et objectifs visant la protection des assurés comme des assureurs, sont venues imposer différentes règles préventives.

**505.** Jusqu'à l'adoption de la loi de 1930 sur le contrat d'assurance, l'apparition et le développement

---

<sup>709</sup>*Supra*, n° 12 et s. ; Cf., V. Nicolas, *Droit des contrats d'assurance*, ECONOMICA, Paris, 2012, p. 13.

des sociétés d'assurances et leurs produits et services restèrent figés pendant très longtemps. Depuis, en raison de la rigueur législative, l'apparition et le développement des contrats et produits d'assurance ont été soumis à un processus assez long. Cela a fortement limité les possibilités commerciales ouvertes aux compagnies d'assurances, les a confinées à des marchés nationaux restreints, et a privé les entreprises et les consommateurs des avantages de marchés plus larges et d'une concurrence effective<sup>710</sup>.

**506.** Avec la création de l'Union Européenne, on a assisté à une certaine créativité dans ce domaine avec l'apparition de nouveaux services et produits d'assurance comme l'assurance assistance<sup>711</sup> ou encore l'assurance protection juridique<sup>712</sup>. Cette timide innovation liée à la rigueur réglementaire, caractérisant le secteur des assurances, peut avoir des répercussions importantes sur l'activité concernée et sur l'applicabilité même des règles du droit de la concurrence.

**507.** Sachant que l'assurance consiste à vendre de la sécurité mais également à fournir des produits financiers<sup>713</sup>, les États de l'UE ont considérablement encadré l'activité des sociétés d'assurance. Cela se vérifie dès la constitution « agrément », pendant l'exercice « solvabilité » et à l'occasion de la liquidation. Quand on aura ajouté l'importance des régimes d'assurances obligatoires, et le poids des organismes de prévoyance ou de sécurité sociale complémentaires, on comprendra pourquoi le marché, dans ce secteur plus que dans d'autres, était et reste extrêmement cloisonné<sup>714</sup>.

**508.** La nécessaire prise en compte des intérêts légitimes des assurés a conduit à impliquer un contrôle « sécuritaire » de l'accès à cette activité et de son exercice<sup>715</sup>. Celui-ci aurait pour effet d'affecter le comportement de différents opérateurs dans le secteur, et donc de limiter leur liberté dans l'exercice de leurs activités.

---

710Comm., UE, Rapport annuel 1991, office des publications officielles des communautés européennes 1992, p. 37.

711S. Beaugendre, *Contrat d'assistance et activité d'assurance*, ss dir. F. Collart Dutilleul, Université de Nantes, Paris, LGDJ, 2000.

712Par l'adoption d'une directive 87/344/CEE du Conseil du 22 juin 1987 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance protection juridique, *JOCE* L. 185, 4 juillet 1987, p. 77.

713J. Bigot, J-I Bellando, M. Hagopian, J. Moreau, G. Parleani, *Traité du Droit des assurances, Entreprises et Organisations d'Assurance*, Tome 1, Paris, L.G.D.J. 2<sup>e</sup> éd., 1996, p. 591 : « Il faut souligner que l'assurance n'est pas seulement un service particulier en ce qu'il consiste à vendre de la sécurité à terme. L'activité d'assurance est aussi, et sans doute plus qu'hier, un service financier. Cela se vérifie si l'on considère l'assurance vie. Cette forme d'assureur s'adresse à l'épargne publique, et propose souvent des produits qui sont directement concurrents de ceux que proposent les banques à leur clientèle ».

714Ibid., p. 590.

715Ibid., p. 585.

**509.** Il est incontestable aujourd'hui que la liberté économique des opérateurs d'assurance est soumise à une réglementation rigoureuse, réduisant significativement leurs marges économiques lors de la pénétration des marchés ou de l'exercice de leur activité.

**510.** En droit de la concurrence, cette liberté est atteinte par une double restriction, une liée à l'accès à l'activité d'assurance et son exercice (**section I**) et l'autre portant sur la création et l'innovation des produits et services d'assurance (**section II**).

## Section I-Les contraintes de l'exercice de l'activité d'assurance

**511.** Dès la première phase d'exercice de l'activité d'assurance, la liberté économique des opérateurs d'assurance se heurte de plein fouet à des exigences réglementaires mais aussi structurelles liées au secteur. Il faut souligner que la réglementation du secteur des assurances ne se situe pas seulement dans le Code des assurances. En prenant en compte la définition du secteur des assurances du point de vue du droit de la concurrence, « point de vue économique »<sup>716</sup>, d'autres réglementations particulières du Code de la sécurité sociale et du Code de la mutualité interviennent dans l'organisation de nombreuses branches d'assurance. C'est pour cette raison que les restrictions réglementaires des opérateurs d'assurance se dispersent dans ces diverses sources.

**512.** La satisfaction aux différentes exigences réglementaires commande la jouissance d'une importante capacité économique et financière. Ainsi, cette nécessité aurait-elle encouragé un large mouvement de concentration des efforts financiers pour l'ensemble des opérateurs d'assurance. Ce qui aboutirait bien évidemment à l'apparition d'opérateurs puissants sur le marché.

**513.** Ces diverses barrières d'ordre réglementaire (§1) ou structurel (§2) particulières au secteur des assurances peuvent être invoquées par les différents opérateurs d'assurance afin de justifier des comportements contraires aux exigences du droit de la concurrence.

---

<sup>716</sup>*Supra*, n° 48 et s.

## §1. Les contraintes réglementaires à l'entrée et à l'exercice de l'activité d'assurance

**514.** En droit de la concurrence, français et européen, la distinction du secteur des assurances par rapport aux autres secteurs économiques se trouve dans son organisation réglementaire spécifique. L'accès et l'exercice de façon permanente de cette activité sont soumis à la réglementation<sup>717</sup>. Dans ce secteur, la liberté des opérateurs désirant y pénétrer et y exercer leur activité est ainsi restreinte. À cet égard, avant même de pouvoir exercer une activité d'assurance, le législateur exige, non seulement d'avoir informé les autorités compétentes, mais également, d'en obtenir une autorisation<sup>718</sup> (**A**), dont les conditions sont très lourdes (**B**). En France, cette mission est actuellement confiée à l'autorité de contrôle prudentiel.

---

717Le droit européen ne se trouve pas distingué sur ces points du droit français ou d'autres droits nationaux. Car dans ce domaine, le droit européen joue un rôle d'organisateur de l'harmonisation des lois nationales. Il faut souligner qu'en droit européen se distinguent trois directives d'harmonisation ; Les premières directives relatives à l'assurance non-vie n° 73/ 239 du 24 juillet 1973, préc., et vie 79/ 267 du 5 mars 1979, préc. ; Les deuxièmes directives non vie n° 88/357 du 22 juin 1988, préc., et vie n° 90/ 619 du 8 novembre 1990, préc. ; Les troisièmes directives non vie n° 92/49 du 18 juin 1992, préc., et vie n° 92/96 du 10 novembre 1992, préc.

718V., Article L. 321-1 et R. 321-1 du Code des assurances, Article L. 211-7 et R. 211-2 du Code de la mutualité et Article L. 931-4, L. 931-4-1 et R. 931-2-1 du Code de la sécurité sociale.

## A-L'agrément : une limitation à la liberté

### économique des assureurs

**515.** En établissant le régime de la licence unique « *Home country control* », le droit européen<sup>719</sup>, a supprimé les frontières entre les États membres de l'Union Européenne mais aussi au sein de l'espace économique européen (EEE) au profit des entreprises d'assurances nationales désirant s'aventurer dans les marchés des autres États membre de l'UE ou de l'EEE. Cependant, pour pouvoir accéder et exercer leurs activités au niveau national et même européen, les opérateurs d'assurance ne se trouvent pas libérés de toute restriction ou astreinte réglementaire. Ils restent soumis à une autorisation et à un contrôle de leur État d'origine où se trouve leur siège social<sup>720</sup>. En outre, à côté du contrôle exercé par l'État d'origine, les États membres de l'UE ont également la possibilité d'exercer un contrôle permanent, sur leur territoire, de la conformité de l'activité de ces opérateurs à leur textes juridiques et du respect de leurs impératifs d'intérêt général<sup>721</sup>. Ainsi, chaque opérateur, national ou européen, doit solliciter les autorités compétentes pour obtenir un agrément lui permettant d'entamer son activité d'assurance<sup>722</sup>. Par conséquent, la liberté économique des opérateurs potentiels est restreinte à cette condition.

**516.** Dans ce sens, il faut également évoquer les assurances complémentaires relevant de la protection sociale. Depuis la loi Evin n° 89-1009 du 31 décembre 1989, l'exercice de cette activité est devenue accessible à tous les opérateurs d'assurance, « institutions de prévoyance, mutuelles, et

---

719 Cons. CE. Dir., (non vie) n° 73/239 Préc. : n° 88/357/CEE, préc. : n°92/49, préc. ; Cons. Directives (assurance vie) n° 79/267 préc. : n° 90/619, préc. : n° 92/96, 18 juin 1992, préci. Les deux dernières modifications du Parlement Européen et du Conseil ont eu lieu le 5 mars 2002 qui concernent l'exigence d'une marge de solvabilité des entreprises d'assurance non vie et d'assurance vie, *JOCE* n° L 77 du 20 mars 2002.

720V., Art., 6, troisième directive n° 92/49/CEE, 18 juin 1992, Portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE, préc. ; Et Art., 3, troisième directive, n° 92/96/CEE, 10 novembre 1992, Portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et modifiant les directives 79/267/CEE et 90/619/CEE. préc.

721V., Art., 40 du troisième directive, n° 92/49/CEE, préc. et Art., 40 du troisième directive, n° 92/96/CEE, préc.

722V., Art. L. 321-1 du Code des assurances relatif à la condition de l'agrément : A. 321-1 du Code des assurances relatif aux documents à fournir pour avoir un agrément ; A. 211-1 du Code de la mutualité : L. 211-7 du Code de la mutualité pour les activité d'assurance et L. 211-7-2 pour les activités de réassurance ; Art. L. 931-4 du Code de la sécurité sociale pose la condition de l'obtention d'un agrément, Art. A. 931-2-1 du Code de la sécurité sociale sur les documents à fournir pour obtenir l'agrément.

sociétés d'assurance »<sup>723</sup>. Depuis cette loi, il est tout à fait légal pour tout opérateur de pénétrer les marchés relevant de ces assurances et d'y exercer son activité. Mais, en raison des monopoles légalement établis dans ce secteur, la réalité a montré que l'accès à cette activité est resté pendant longtemps réservé à certains opérateurs. En effet, afin d'améliorer la protection sociale de leurs membres, les entreprises, les représentants des employeurs et des salariés, ou les syndicats professionnels sont autorisés à négocier entre eux des accords ou conventions collectives dans lesquelles ils peuvent prévoir de mettre en place un régime d'assurance complémentaire aux régimes de base de sécurité sociale. À cette fin, et comme on a pu le constater, ils pouvaient prévoir de créer ou de désigner un ou plusieurs organismes assureurs pour gérer ce régime. Par conséquent, les opérateurs d'assurance, non désignés (souvent des entreprises relevant du Code des assurances), désirant proposer des contrats d'assurance complémentaire se trouvaient écartés de ce marché ou au moins ne pouvaient assurer l'ensemble des assurés intéressés liés par l'accord ou la convention collective. Cette exclusion de ce marché a été levée avec la décision du Conseil constitutionnel du 13 juin 2013<sup>724</sup>. Depuis la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale et la substitution depuis la réforme de 2014 de la clause de désignation à celle de recommandation, il est devenu possible pour tout opérateur d'assurance fonctionnant sur le marché d'assurance complémentaire d'une part, de proposer ses produits auprès de la communauté des assurés concernés par un accord ou une convention collective établissant un régime d'assurance complémentaire et obligatoire et d'autre part, pour tout assuré concerné par cet accord ou convention collective de contracter auprès de tout opérateur d'assurance qu'il aura choisi. Toutefois, cette ouverture du marché demeure cloisonnée à l'égard des assureurs ou assurés liés par une assurance complémentaire obligatoire établie par un accord ou une convention collective avant la date de la décision du Conseil constitutionnel. En effet, dans sa décision du 13 juin 2013, ce dernier a expressément déclaré la non-rétroactivité de l'effet de sa décision. À cet égard, l'entrée en vigueur du nouvel article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale ne remet pas en cause la période transitoire dont bénéficient les désignations des opérateurs d'assurance antérieures à la décision du Conseil constitutionnel. À l'issue de cette période transitoire, qui s'achèvera au plus tard le 15 juin 2018 (5 ans maximum à compter du 16 juin 2013, date de publication au journal officiel de la décision du Conseil constitutionnel), toutes les clauses de désignation devraient donc devenir nulles et non avenues au plus tard cinq ans après leur date de mise en place et tous les assureurs comme les assurés recouvreront leur liberté dans ce domaine.

---

723V., Art. 1°, Loi n° 89-1009, du 31 décembre 1989, loi renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques. Avant cette loi les mutuelles et institutions de prévoyance avaient un monopole absolu dans ce domaine.

724*Supra*, n° 390.

**517.** Par ailleurs, afin de protéger les intérêts des assurés et des assureurs, le législateur est intervenu et a imposé aux opérateurs, désirant intervenir dans ce secteur, de satisfaire à diverses exigences financières. Ces dernières constitueraient, pour les différents opérateurs un vrai défi lors de l'accès aux marchés d'assurances et pendant toute la vie de leurs activités. En effet, postérieurement à la demande d'agrément, les opérateurs potentiels doivent présenter tout un arsenal financier pour justifier leur capacité à exercer l'activité d'assurance et à protéger les intérêts de leur clientèle assuré.

### **B-La solvabilité : une exigence restrictive de la liberté économique**

**518.** Le souci de protection des assurés de même que la sécurité financière des assureurs ont justifié la mise en place d'un contrôle financier, en amont et en aval, lourd de conséquences sur le choix des différents opérateurs d'assurance. Ce contrôle est d'autant plus important que l'assurance est le seul secteur économique dans lequel il y a une inversion du cycle de production : l'assureur fixe en effet le prix de vente de sa prestation (la prime ou la cotisation ) alors que le prix de revient de cette dernière lui est encore inconnu<sup>725</sup>. Ainsi l'article 19 de la directive européenne n° 92/96 du 10 novembre 1992 souligne qu'un tarif insuffisant met à terme l'entreprise en péril.

**519.** Afin d'éviter toute défaillance potentielle due à une sous-estimation ou à une erreur de calcul de leurs tarifs et de leurs futures obligations, les opérateurs candidats ou pratiquants doivent satisfaire à un niveau minimum de solvabilité exigé par les différentes sources de droit du secteur des assurances. En effet, celles-ci exigent de chaque opérateur, candidat ou pratiquant, afin qu'il ait son autorisation ou qu'il la conserve, d'établir, à côté de son capital social ou de son fonds

---

<sup>725</sup>FFSA, « *La concurrence en assurance est-elle originale ?* », Atelier 4 organisé par la FFSA, les entretiens de l'assurance – 2002, p. 44.

d'établissement minimal<sup>726</sup> selon le cas, des provisions techniques<sup>727</sup>, une marge de solvabilité<sup>728</sup> et un fonds de garantie<sup>729</sup>.

**520.** La satisfaction à ces différentes exigences financières demande la jouissance de ressources financières assez élevées pour lesquelles de nombreux acteurs potentiels ne peuvent aisément y répondre. Par exemple, pour honorer leurs engagements, les opérateurs d'assurance doivent constituer des provisions techniques<sup>730</sup> ou mathématiques<sup>731</sup>, selon qu'il s'agit des opérations d'assurance non-vie ou vie. À cette fin, les primes ou les cotisations des contrats d'assurance qui constituent la source principale de financement des opérateurs d'assurance sont gelées. Les divers textes du secteur des assurances empêchent ces opérateurs d'en disposer librement lors de leur encaissement tant que les contrats d'assurance sont toujours en cours et n'ont pas été échelonnés ou arrivés à terme.

---

726V. Art., R. 322-5 du Code des assurances pour le Capital social ou fonds d'établissement pour les entreprises d'assurance soumises au code des assurances ; Art., R. 931-1-6 du Code de la sécurité sociale pour le fonds d'établissement des institutions de prévoyance soumises au Code de la sécurité sociale ; Art., R. 212-1 du Code de la mutualité pour le fonds d'établissement des mutuelles soumises au Code de la mutualité.

727V., Pour les sociétés d'assurance du Code des assurances Art., R. 331-1, 1° sur le principe de la constitution des provisions techniques ou mathématiques ; Pour les institutions de prévoyance du Code de la sécurité sociale Art., L. 931-31 sur le principe de la constitution des provisions techniques ; Pour les mutuelles du Code de la mutualité Art., L. 212-1, 1° sur le principe de la constitution des provisions techniques.

728V., Pour les entreprises d'assurance du Code des assurances Art., L. 334-1 Sur le principe de la constitution de marge de solvabilité, R. 334-3 concernant les éléments constitutifs de la marge de solvabilité pour les opérations d'assurances de dommages, Art., R. 334-11 concernant les éléments constitutifs de la marge de solvabilité pour les opérations d'assurance sur la vie, Art., R. 334-17 concernant les éléments constitutifs de la marge de solvabilité des entreprises d'assurance mixtes, Art., R. 334-26 concernant la marge de solvabilité pour les entreprises de réassurance ; Pour les institutions de prévoyance du Code de la sécurité sociale Art., L. 931-31 et R. 931-10-1 sur le principe de la constitution de marge de solvabilité, Art., R. 931-10-3 sur les éléments constituant de marge de solvabilité pour les opérations d'assurance non vie, Art., R. 931-10-6 sur les éléments constituant de marge de solvabilité des opérations d'assurance sur la vie, Art., R. 931-10-9 sur la marge de solvabilité des institutions de prévoyance mixtes, Et Art., R. 931-10-11-1 et s. sur la marge de solvabilité des institutions de prévoyance et unions institutions de prévoyance de réassurance ; Pour les mutuelles de code de la mutualité Art., L. 212-1, et R. 212-10 sur le principe de la constitution des provisions techniques, Art., R. 212-11 sur les éléments constituant de marge de solvabilité des opérations d'assurance non vie, Art., Art., 212-16 sur les éléments constituant de marge de solvabilité des opérations d'assurance sur la vie,

729 V., pour les sociétés d'assurance du Code des assurances Art., R. 334-7 pour l'assurance non-vie, Art., R. 334-15 pour l'assurance vie, Art., R. 334-21 pour les entreprises mixtes, et Art., R. 334-9 exception et dispense pour les sociétés d'assurance mutuelles ; Pour les institutions de prévoyance du Code de la sécurité sociale Art., R. 931-10-5 concernant l'assurance non-vie, Art. R. 931-10-8 pour les autres vie, et Art., R. 931-10-11-3 pour les IP et Unions IP de réassurance ; Pour les mutuelles du Code de la mutualité Art., R. 212-13 concernant l'assurance non-vie, Art., R. 212-14 « exception et dispense », Et Art., R. 212-17 pour l'assurance vie.

730 V., Art., R. 331-6 du Code des assurances concernant les éléments constitutifs des provisions techniques des opérations d'assurances non-vie, et Art., R. 331-36 concernant les éléments constitutifs des provisions techniques des opérations de réassurance ; Art., R. 931-10-14 du Code de la sécurité sociale concernant les éléments constitutifs des Provisions techniques des opérations d'assurance non vie ; Art., R. 212-23 du Code de la mutualité concernant les éléments constitutifs des provisions techniques des opérations d'assurance non-vie.

731 V., Art., R. 331-3 du Code des assurances concernant les éléments constitutifs des provisions mathématiques des opérations d'assurance vie ; Art., R. 931-10-17 du Code de la sécurité sociale Concernant les éléments constitutifs des provisions techniques des IP vie ; Art. R. 212-26 du Code de la mutualité concernant les éléments constitutifs des provisions techniques des opérations d'assurance vie.

**521.** De plus, les divers textes des Codes des assurances, de la mutualité et de la sécurité sociale mettent une exigence minimale des sommes à établir par les différents opérateurs d'assurance pour respecter leurs divers obligations financières vis-à-vis de leurs clients assurés en cas de défaillances financières ou organiques imprévues. En fait, en ce qui concerne l'exigence de marge de solvabilité ou celle de fonds de garantie, les opérateurs d'assurance doivent établir un montant minimal après avoir recouru à des méthodes de calcul particulières<sup>732</sup>. Les montants de celles-ci peuvent dépasser de 400 % à 600 % le montant minimal du capital social (pour les sociétés d'assurance) ou du fonds d'établissement (pour les mutuelles). De surcroît, plus l'activité d'un opérateur est importante, plus le montant doit être proportionné au volume des activités et des engagements de l'opérateur. Il est important de souligner enfin que toutes ces sommes doivent être conservées pendant toute la vie de l'opérateur d'assurance.

**522.** Pour faire face à ces nombreuses exigences réglementaires, les opérateurs d'assurance pourraient recourir à des comportements nécessaires mais qui pourraient être contraires aux règles de concurrence.

---

732V., Art., R. 334-5 du Code des assurances sur l'exigence minimale de marge de solvabilité pour les opérations d'assurances de dommages, Art., R. 334-13 sur l'exigence minimal de marge de solvabilité pour les opérations d'assurance sur la vie, Art. R. 334-19 sur l'exigence minimale de marge de solvabilité des entreprises mixtes, Et Art., R. 334-27 pour l'exigence minimale de la marge de solvabilité des sociétés de réassurance ; Pour les institutions de prévoyance Art., 931-10-4 concernant l'exigence minimale de marge de solvabilité des opérations d'assurance non vie, Art., R. 931-10-7 concernant l'exigence minimale de marge de solvabilité des opérations d'assurance sur la vie ; pour les mutuelles du Code de la mutualité R. 212-12 sur l'exigence minimale de marge de solvabilité non-vie, Art., 212-20 sur l'exigence minimale de marge de solvabilité vie.

## **§2. Les contraintes structurelles à l'entrée et à l'exercice de l'activité d'assurance**

**523.** Dès la première phase de l'exercice de l'activité d'assurance, on assiste à une restructuration permanente de ses différents opérateurs. Tous les ans, tandis que de nombreux assureurs apparaissent et se retirent, d'autres se regroupent dans des structures variées et dominantes. Le secteur des assurances se distingue aujourd'hui par l'existence et le rétablissement de divers opérateurs dominants.

**524.** Plusieurs facteurs relatifs à la nature mutualiste de l'activité d'assurance (**A**) et à l'ouverture de marchés d'assurances (**B**) ont participé mutuellement à l'apparition des grandes structures monopolistiques ou au moins dominantes.

### **A-Restrictions liées à la loi des grands nombres**

**525.** En assurance, il est nécessaire que, d'une part, les assurés soient protégés contre les aléas que comporte l'activité d'une entreprise d'assurance, et que, d'autre part, l'assureur soit protégé contre les risques particuliers de son activité. Il est intéressant de rappeler que les tarifs sont préétablis sur la base de l'expérience du passé et avant que l'assureur ne soit en mesure de connaître le prix de

revient de ses services<sup>733</sup>. Par conséquent, il résulte de cette nature une double incertitude : d'une part, une liée au niveau des risques qui peut varier dans le temps, et d'autre part, une liée à l'écart qui peut exister entre les résultats expérimentaux et les prévisions de ces résultats. Cet écart peut être d'autant plus considérable que l'activité de l'entreprise est plus réduite<sup>734</sup>.

**526.** En économie, selon les analyses empiriques, la taille d'une entreprise ne joue qu'un rôle très marginal par rapport à sa compétitivité<sup>735</sup>. Toutefois, la spécificité de la nature de l'activité d'assurance évoque une réflexion plus nuancée. Ainsi, la technique de la mutualité, le socle principal des activités dans le secteur des assurances, s'appuyant principalement sur la loi des grands nombres, nécessite, pour que l'activité d'assurances soit efficace et rentable, le rassemblement ou la réunion au sein de la mutualité d'un nombre important d'assurés. En temps normal, plus le nombre des assurés est important plus la compensation des sinistres au sein de la mutualité est effective et efficace. Par conséquent, moins l'assureur supportera les conséquences financières des sinistres subis par ses membres assurés et moins il se retrouvera dans des situations déficitaires<sup>736</sup>.

**527.** Ainsi, dans le secteur des assurances, plus le nombre d'assurés est important, plus le risque est dilué pour l'assureur. En effet, si une compagnie d'assurances a très peu d'assurés, au cas où une portion importante des assurés sont victimes d'un sinistre, la compagnie ne pourra guère les indemniser avec les fonds des autres assurés. Si au contraire, elle a un grand nombre d'assurés, elle ne devrait pas être en difficulté pour indemniser certains assurés sinistrés<sup>737</sup>.

**528.** À partir de ce constat, et afin d'amortir le plus possible les risques liés au caractère aléatoire de leurs activités, les différents opérateurs d'assurance auraient un intérêt et une légitime raison

---

733 *Supra*, n° 518.

734 J. Bigot ss dir., J-L Bellando, M. Hagopian, J. Moreau, G. Parleani, *op. cit.*, p. 383.

735 S. Ben Mlouka et J-M Sahut, « La taille est-elle un facteur déterminant de la compétitivité de l'entreprise », *RSG, Direction et Gestion*, n° 233, 10 novembre 2008, p. 77-86.

736 Certains auteurs ne trouvent pas que la mutualisation est la seule technique de l'activité des assurances puisque, d'une part, certaines activités d'assurance vie utilisent la technique de la capitalisation. Et d'autre part, lorsque les primes ne suffisent pas pour compenser tous les sinistres intervenus pour un exercice, l'assureur peut recourir à la technique de réassurance. V. A. Charpentier, le vendredi 1 mai 2009, Mutualisation et la loi des grands nombres, extrait le 28 octobre 2013 du site [<http://blogperso.univ-rennes1.fr/arthur.charpentier/index.php/post/2009/06/23/Mutualisation-et-loi-des-grands-nombres>]; La Jaune et La Rouge, *La Revue de la communauté polytechnicienne*, Alain Tosetti, « *La loi des grands nombres en assurance : ni nécessaire ni suffisante* », n° 560/ décembre 2000, article consulté le 28 octobre 2013 sur le lien : [<http://www.lajauneetlarouge.com/article/la-loi-des-grands-nombres-en-assurance-ni-necessaire-ni-suffisante>].

737 « Conformément à la loi des grands nombres, l'on sait que plus les données statistiques sont nombreuses, plus le calcul de probabilité sera fiable. C'est pourquoi les compagnies d'assurances sont réunies au sein de groupements et associations techniques de branches, pour exploiter en commun leurs statistiques » : J. Bonnard, 1<sup>er</sup> éd., 1997, p. 17.

d'établir une mutualisation entre un grand nombre d'assurés, ayant des risques identiques ou au moins homogènes. Cela explique également l'importance accordée par certains opérateurs d'assurance, à la différence de leur statut juridique, à établir une mutualisation de taille ou au moins d'avoir un grand nombre d'assurés. La loi des grands nombres reste également primordiale dans les assurances basées sur le principe de capitalisation car cela joue un rôle important dans l'établissement d'un portefeuille d'investissement, en augmentant les chances de tirer profit de ces sommes qui permettraient d'avoir plus de placements financiers sur le marché. Cette constatation aurait été à l'origine ou la cause principale de la plupart des opérations de concentration réalisées depuis l'établissement de l'activité d'assurance.

**529.** À côté de cet effet lié à la nature de l'activité d'assurance favorable à l'établissement de grandes structures, d'autres facteurs liés au développement du marché peuvent intervenir et solliciter la restructuration et le renforcement de la position organique et financière des opérateurs d'assurance.

## **B-Restrictions consécutives à l'ouverture européenne et mondiale**

**530.** Avec le processus d'eupéanisation et de mondialisation, on assiste à une réduction et à une uniformisation des agents économiques dans les différents secteurs économiques et les zones géographiques. Cela a pu renforcer les facteurs qui contribuent à la création d'une dominance collective dans certains secteurs de l'économie<sup>738</sup>.

**531.** N'oublions pas que le secteur des assurances présente certaines particularités dans ce domaine. Il n'est en rien surprenant que l'on assiste à une réorganisation du secteur, à des rapprochements, fusions et acquisitions. Ces évolutions sont dictées par l'élargissement des marchés, l'approfondissement du marché européen d'assurance, les changements technologiques, la croissance et l'apparition de nouveaux risques à couvrir, la concentration des entreprises industrielles et commerciales, etc<sup>739</sup>. À tout cela nous rajoutons le repli qu'a subi l'activité

<sup>738</sup>J-F Pons, « Nouveaux enjeux et réformes de la politique européenne de concurrence », *PA*, 5 novembre 2001, n° 220, p. 25.

<sup>739</sup>FFSA, Rapport annuel 1998, 7 juin 1999.

d'assurances à la fin des années 90. En retraçant toutes les opérations de concentration qui ont été autorisées après notification aux autorités compétentes nationales ou européennes, on remarque que la plupart de ces opérations ont eu lieu dans les années 90 avec l'adoption de la licence unique, début des années 2000 après l'adoption de l'Euro comme une monnaie unique pour 17 pays membres et finalement après l'adoption du règlement dit « *solvabilité II*<sup>740</sup> ».

**532.** Tout d'abord, dans le cadre de l'intégration des marchés européens et particulièrement la constitution d'un marché intérieur propre à l'assurance dans les années 80, couronnée par la constitution du système de la licence unique, adopté au début des années 90 par les troisièmes directives relatives à l'assurance vie et non-vie, les structures des opérateurs d'assurance ont été profondément modifiées<sup>741</sup>. En effet, afin de faire face à la dimension compétitive des différents opérateurs européens potentiels, plusieurs opérateurs d'assurance des pays membres de l'UE ont été astreints de modifier leurs volumes et capacités structurelles et financières dans les années 90<sup>742</sup>.

**533.** À l'aube de la mise en place de l'euro à la fin des années 1990, certains opérateurs ont réagi à la concrétisation de l'ouverture du marché européen d'assurance, en constituant des structures adaptées à cette évolution importante, soit sous forme de groupements communs d'assurance, soit en se réunissant dans une seule structure par le biais des opérations de concentrations<sup>743</sup>, autorisés par le droit national et européen. Ce mouvement a abouti à l'apparition de nouvelles structures géantes et dominantes au niveau national et européen mais aussi mondial<sup>744</sup>. Ainsi, a-t-on constaté le premier mouvement de concentrations entre un nombre non négligeable d'opérateurs dans le secteur des assurances<sup>745</sup>. Il est important de signaler que ces restructuration et concentrations ont renforcé la

740 Directive, n° 2009/139 du parlement et du Conseil de l'Union Européenne du 25 novembre 2009 sur l'accès à l'activité de l'assurance et de réassurance et leur exercice (solvabilité II), JOUE L 335/1, 17/12/2009.

741 Il faut également indiquer qu' « à partir de 1986, après le mouvement de nationalisation de la plupart des entreprises d'assurances à la fin de la deuxième guerre mondiale, le secteur est progressivement privatisé. Commence alors un grand mouvement de regroupements, illustré notamment par la fusion AXA et UAP en 1996, la reprise du GAN par Groupama en 1998 » : M. Chagny, L. Perdrix, *Droit des assurances*, Paris, L.G.D.J. Lextensoéditions, 2° éd., 2013, p. 26.

742 « Le marché connaît en 1996 de nouveaux mouvements de concentration qui accentuent la place éminente de l'assurance française dans le concert des grands groupes mondiaux. » : FFSA, Rapport annuel 1996, 5 juin 1997 ; V., les rapports annuels des années 90 de la Commission Européenne dans lesquels il est expliqué les différents facteurs contributeurs à l'encouragement du mouvement de concentrations et qui sont anonyme pour tout secteur économique.

743 Les opérations de concentrations constituent la solution essentielle pour écarter les difficultés qui surgissent de la divergence dans les législations affectant le contrat d'assurance dans les différents États-membres de l'Union Européenne : v., dans ce sens G. de la Martinière, « Marché européen de l'assurance, les défis de l'après 2005 », *Rev. Éco. Fin.*, n° 80, 2005, p. 5

744 C'est surtout sur le marché de réassurance que ce phénomène a été marqué sur tous les niveaux, national, européen et mondial : v., dans ce sens J. Blondeau et Ch. Partrat ss dir., *La Réassurance : approche technique*, ECONOMICA, Paris, 2003, p. 8, 22, 23 et 27.

745 Avec la consécration de la monnaie unique dans le cadre de l'union économique et monétaire on a constaté l'augmentation de nombre des demandes des opérations de concentration dans le cadre des différents secteurs

position des opérateurs d'assurance sur leurs marchés nationaux tout en ayant l'ambition de conquérir ceux des autres États membres.

**534.** Puis, une deuxième vague de concentration a eu lieu à la fin des années 2007 et début des années 2008 et elle continue jusqu'à nos jours. Suite au séisme de la crise financière, et l'adoption de la directive « *solvabilité II* »<sup>746</sup>, dont la date de l'entrée en vigueur était fixée à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2016<sup>747</sup>, les différents opérateurs d'assurance auraient préféré recentrer leurs efforts en rétablissant des structures capables d'amortir les défis financiers résultant des exigences de cette directive. Ainsi, le secteur s'est-il à nouveau marqué par l'apparition de nouveaux opérateurs géants et dominants et le renforcement de la position économique des autres déjà établis sur le marché. Face à cette vague de concentrations, les opérateurs d'assurance qui n'auront pas opté pour cette solution seront évidemment obligés à terme, soit de concentrer leurs efforts financiers dans des groupements économiques ou juridiques soit de céder leurs places au sein du marché aux opérateurs présentant une puissance structurelle et financière capable de faire face à la compétitivité nationale, européenne et mondiale.

**535.** À la suite de ces mouvements, on a ainsi assisté à l'apparition et à la naissance des grands assureurs qui sont en situation monopolistique ou au moins dans une situation de position dominante collective. Les études montrent bien comment les grandes parts des marchés du secteur des assurances se concentrent entre les mains de certains opérateurs. Ainsi, en France depuis le début des années 90 jusqu'à nos jours, la part la plus importante des marchés d'assurance, en l'occurrence entre 60 et 70%, est concentrée entre les mains des dix premiers opérateurs. Les premiers trois opérateurs jouissent, la plupart du temps, d'entre 45 et 50 % des parts du marché<sup>748</sup>.

---

économique : Cf., J-F Pons, op.cit, p. 21-29.

746 Directive (CE) n° 2009/139 du parlement et du Conseil de l'Union Européenne du 25 novembre 2009 sur l'accès à l'activité de l'assurance et de réassurance et leur exercice (solvabilité II), *JOUE* L 335/1, 17/12/2009 ; Les dispositions de cette directive ont été transposées en droit français en 2015 par deux actes législatif et réglementaire : Ordonnance n° 2015-378, 2 avril 2015, transposant la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (Solvabilité II), *JORF* n°0079, 3 avril 2015, p. 6141 ; Décret n° 2015-513, 7 mai 2015, pris pour l'application de l'ordonnance n° 2015-378 du 2 avril 2015 transposant la directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II), *JORF* n° 0108, 10 mai 2015, p. 7986.

747 News-Assurances, Actualité AFP, 3 octobre 2013, *réglementation : solvabilité II reportée jusqu'à 1 janvier 2016*, extrait le 04 novembre 2013 du site [<http://www.newsassurancespro.com/reglementation-solvabilite-ii-reportee-au-1er-janvier-2016/0169276910>] ; L'effet que cette directive pourrait apporter sur les activités des opérateurs d'assurance et leur compétitivité met la pression sur les décideurs européens concernés par la mise en œuvre de cette directive.

748 V., FFSA, Rapports annuels, 1990 à 2013, site officiel [<http://www.ffsa.fr/>].

**536.** Il est donc incontestable pour qu'un nouvel entrant ou un opérateur déjà établi de petite ou moyenne taille puissent s'installer ou trouver une prospérité financière et active, qu'un certain nombre d'assurés doit être réuni. Dans cette circonstance, la loi des grands nombres trouverait son efficacité et l'activité de l'opérateur serait plus compétitive, rentable et efficace financièrement vis-à-vis de ses concurrents. Or, le nombre de la population d'assurés est limité et ceux qui bénéficient de l'avantage de la « loi des grands nombres » sont les opérateurs historiques du marché d'assurances. Cette réalité pose, au niveau européen et national, des difficultés relatives à la compétitivité de nouveaux entrants ou des opérateurs de petite ou moyenne taille. Ceux-ci se heurtent, lors de leur établissement ou exercice, à la difficulté de conquérir une population d'assurés attirées par les offres des grandes structures compétitives déjà existantes<sup>749</sup>. À cela s'ajoute le fait que les opérations d'assurance sont souvent par nature des opérations à long et moyen terme. Pour certaines opérations, la relation contractuelle peut durer un an renouvelable par tacite reconduction, comme c'est le cas pour l'assurance responsabilité civile automobile, transport ou l'assurance multirisques habitation. Pour d'autres opérations, la durée des relations contractuelles peut se prolonger pendant toute la vie de l'assuré, du souscripteur ou de l'objet assuré, comme c'est le cas pour les assurances vie et décès. Cette réalité participe ainsi à la protection de la position économique des opérateurs historiques sur les différents marchés d'assurance.

**537.** En effet, en regardant la division des parts du marché d'assurance, on observe qu'elles reflètent clairement le partage de la population des assurés entre l'ensemble des premiers grands opérateurs historiques. Ainsi, les avantages de la « loi des grands nombres » sont réalisés au maximum au sein de ces opérateurs. Par conséquent, les autres moins importants ou les opérateurs potentiels désirant pratiquer des activités d'assurance auraient peu de chance de jouir des mêmes avantages que leurs concurrents historiques.

**538.** Cette réalité pourrait-elle être condamnée par le droit de la concurrence malgré le fait qu'elle soit la conséquence de la nature aléatoire de l'activité d'assurance et de la réglementation qui visent la protection financière des assureurs, mais avant tout, la protection des assurés ?

**539.** Pour l'instant, les analyses économiques enseignent bien que malgré cette forte concentration des parts des marchés d'assurance entre les mains de dix premiers assureurs historiques, les marchés

---

<sup>749</sup>Au niveau européen « *la plupart des assurés européens ne connaissent pas l'offre d'assurance à laquelle ils pourraient avoir accès au-delà des frontières de leur pays, et ne ressentent souvent pas le besoin de la connaître. Tant qu'ils n'ont pas eu de réelles difficultés avec leur compagnie d'assurance, ils n'ont a priori aucune raison d'en changer et encore moins pour faire appel à une compagnie étrangère.* » : G. de la Martinière, *loc. cit.*, p. 221-233.

restent concurrentiels et ces parts n'attribuent pas à leur titulaire une position dominante<sup>750</sup>. Par contre, la position dominante collective établie dans le secteur des assurances n'a jamais fait l'objet d'une critique juridique ou au moins doctrinale. Mais l'on peut légitimement se poser la question de savoir si le droit de la concurrence pouvait empêcher un nouveau mouvement de concentration entre certains opérateurs oligopolistiques ?<sup>751</sup>. Ou au contraire, les avantages et les bénéfices tirés de la loi des grands nombres, devraient-ils écarter toute qualification anticoncurrentielle ? La réponse à cette question dépendra de l'effet de telles concentrations. Mais la deuxième option pourrait être préférée si la loi des grands nombres garantit aux consommateurs des offres plus avantageuses en terme de qualité et de prix résultant de l'amortissement des effets économiques de sinistres et même en cas de catastrophes naturelles.

**540.** Finalement, on peut conclure qu'en l'état actuel des marchés d'assurance, ces exigences constituent une barrière assez épaisse et évidemment infranchissable pour de nombreuses structures potentielles<sup>752</sup>. Par conséquent, ces dernières sont souvent, soit dissuadées même avant de réfléchir pour y accéder, soit, dans le cas contraire, obligées de consolider leurs efforts et capacités financières, en s'approchant d'autres opérateurs potentiels ou déjà implantés sur les marchés.

**541.** La nature de l'activité résultant de ses caractères particuliers et son organisation favoriseraient le maintien et l'agrandissement des grandes mutualisations ou structures. Les règles du droit de la concurrence ne devraient pas porter d'interdictions vis-à-vis de ces opérateurs qui militent afin de s'adapter à l'environnement juridique et économique particulier qui encadre leurs activités.

**542.** La contestation de l'application des règles de concurrence au secteur des assurances ne se réduit pas à la référence à l'organisation et à la réglementation de l'accès et de l'exercice de l'activité mais elle peut trouver également ses justifications dans l'organisation et la réglementation stricte des produits et services d'assurances commercialisés dans ce secteur.

---

<sup>750</sup>*supra* n° 429.

<sup>751</sup>*Cf.*, CJCE, aff. C-68/94 et C-30/95, 31 mars 1998, *France contre Commission et SCPA et EMC contre Commission*.

<sup>752</sup>La difficulté de satisfaction et la répartition de la population assurée entre les opérateurs d'assurance déjà implantés empêche les opérateurs potentiels de procurer de nouveaux clients. Ce qui affaiblit la mutualisation des risques entre l'ensemble des assurés et oblige l'assureur à subir des coûts très importants de quelques sinistres. En regardant les parts des marchés dans le secteur des assurances, on remarque que la répartition de la population des assurés entre les premiers 10 opérateurs historiques et l'état actuelle des exigences financières réglementaires constituent une cause pratique qui empêchent de nouveaux opérateurs d'accéder dans le secteur des assurances : FFSA, Rapport annuel de 1990 à 2013, disponible sur le lien : [[http://www.ffsa.fr/sites/jcms/fp\\_8800/le-rapport-annuel-ffsa](http://www.ffsa.fr/sites/jcms/fp_8800/le-rapport-annuel-ffsa)].

## Section II-Les contraintes réglementaires et structurelles des produits d'assurance

**543.** Historiquement, la mise en place et la commercialisation des produits d'assurances sont liées à la volonté des pouvoirs publics. Comme cela a été constaté, ce sont les catastrophes liées au grand incendie de Londres en 1666 qui ont poussé les autorités royales de l'époque, en Angleterre, à créer la première société d'assurances pour prévenir et anticiper les effets préjudiciables de ces risques déterminés. Le regard porté par les pouvoirs publics, qui représentait la volonté de l'Église à l'époque<sup>753</sup>, sur le caractère immoral de cette activité, empêcha pendant plusieurs siècles le développement de cette activité pour couvrir d'autres risques<sup>754</sup>.

**544.** La révolution industrielle et scientifique débutant depuis le XIX<sup>e</sup> siècle obligea les pouvoirs publics à recourir à la technique de l'assurance pour prévenir et anticiper les risques liés à cette évolution. Ensuite, dès la première loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurances jusqu'à l'adoption du code des assurances à la fin des années 70 et l'installation du marché unique de l'assurance au début des années 90, on constate un lien très étroit entre l'évolution des produits et services d'assurances et la volonté des pouvoirs publics<sup>755</sup>.

---

753V., notamment l'interdiction légale et morale de l'assurance vie : M. Chagny, L. Perdrix, *op. cit.*, p. 20,

754*supra*, n° 9 et s.

755« En affirmant le principe de la responsabilité de plein droit de l'employeur en cas d'accidents du travail, la loi du 9 avril 1898 a suscité de la part des employeurs des souscriptions massives d'assurances pour se protéger contre cette obligation d'indemnisation. Plus généralement l'apparition et la généralisation des produits et services d'assurance ont suivi les lois instituant des assurances obligatoires comme l'assurance des véhicules terrestres à moteur de la loi du 27 février 1958, l'assurance des engins de remontée mécanique de la loi du 18 juillet 1963, l'assurance des travaux de construction de la loi du 4 janvier 1978 et l'assurance de responsabilité civile médicale de la loi du 4 mars 2002 » ; M. Chagny, L. Perdrix, *op. cit.*, p. 25.

**545.** Il est également remarquable de préciser que l'encadrement légal des relations contractuelles conduit à une certaine standardisation des contrats concernant les produits et services d'assurance<sup>756</sup>. En outre, les caractères particuliers de cette activité ont conduit à adopter des pratiques homologues entre l'ensemble des opérateurs. Ainsi, l'encadrement réglementaire de l'assurance pourrait constituer un frein, mais aussi, parfois, un argument afin d'écarter l'application des règles de la concurrence dans ce domaine<sup>757</sup>.

**546.** En règle générale, lors de la détermination du contenu de contrats d'assurance, la liberté des opérateurs d'assurance se voit restreinte par les règles du droit des assurances. Celle-ci peut quelquefois être remplacée par la volonté du législateur comme c'est le cas des assurances obligatoires ou par celle des représentants professionnels lorsqu'il s'agit des assurances de groupe pour lesquelles les assureurs doivent respecter des obligations plus particulières<sup>758</sup>.

**547.** Aujourd'hui, deux ordres de restrictions particulières limitent la liberté des opérateurs d'assurance dans l'exercice de leurs activités. Si les impératifs généraux du droit des assurances imposent des restrictions à la liberté des assureurs dans la mise en œuvre des produits et services d'assurance (§ 1), d'autres impératifs d'ordre particulier aboutissent à une standardisation des produits et services d'assurances sur certains marchés (§ 2).

---

756FFSA, « *La concurrence en assurance est-elle originale ?* », Atelier 4 organisé par la FFSA, les entretiens de l'assurance – 2002, p. 44.

757Pôle de compétitivité mondiale, Finance innovation, Premier livre blanc « L'innovation dans l'assurance », 2010, p. 5.

758J. Bigot ss dir., J. Beauchard, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayeux, V. Nicolas, *op. cit.*, p. 847.

## **§1. Impératifs de la réglementation générale**

**548.** Dans le secteur des assurances, la réglementation constitue la colonne vertébrale de l'exercice de l'activité. Aucun contrat, support des produits et services d'assurances, ne peut être fourni ou commercialisé dans ce secteur si sa base juridique n'est pas prévue en droit des assurances. À partir de cette réalité et de ce point de vue, le droit des assurances constitue la première restriction à la liberté des opérateurs d'assurance dans la mise en place des différentes gammes de produits et services d'assurances.

**549.** Les restrictions à la liberté des opérateurs d'assurance dans la commercialisation des produits et services d'assurances se manifestent dans le choix des produits et services d'assurances à commercialiser (**A**) et puis dans le contenu de ceux-ci (**B**).

### **A-Restrictions relatives au choix des produits et services d'assurances**

**550.** Lorsqu'un opérateur est autorisé à proposer des produits et services d'assurances, seuls les produits et services pour lesquels un agrément a été accordé peuvent être commercialisés<sup>759</sup>. Mais accessoirement, il est possible de proposer des produits ou services liés à ceux qui ont été à l'origine

---

<sup>759</sup>Article L. 321-1 Alinéa 2 du code des assurances.

de l'autorisation<sup>760</sup>. En outre, en raison de la différence dans leurs modes de gestion, la réglementation française interdit à une même entreprise de cumuler des opérations d'assurances IARD (Incendie, Accidents et Risques Divers) et des opérations d'assurance vie<sup>761</sup>. Par ailleurs, certains opérateurs particuliers d'assurances, comme les mutuelles et les institutions de prévoyance, sont seulement autorisés à proposer des produits et services d'assurance vie et d'autres risques de dommages corporels liés aux accidents et à la maladie<sup>762</sup>. À cette occasion, il faut indiquer que les sociétés mutuelles d'assurance soumises au Code des assurances ne sont habilitées qu'à exercer les opérations d'assurance non-vie. Les cotisations versées sous mode de cotisations variables interdisent à ces sociétés de pratiquer les opérations de la branche assurance vie<sup>763</sup>.

**551.** Cette organisation du secteur, dans la majorité des États-membres de l'Union Européenne, fait l'objet d'une réglementation impérative<sup>764</sup>, à laquelle les parties ne peuvent en principe pas déroger par des conventions contraires. Il n'est pas rare non plus que la majorité des dispositions des lois relatives au secteur des assurances, dans tous les États membres dont la France, participent à l'ordre public au sens du droit interne<sup>765</sup>. Les différents opérateurs d'assurance doivent ainsi se conformer et satisfaire à ces impératifs juridiques. Cette réalité législative du secteur des assurances influence vraisemblablement les caractéristiques des produits et services d'assurances.

## **B-Restrictions relatives au contenu des produits et services d'assurances**

**552.** Dans les différentes sources du droit des assurances, comme le Code des assurances, de la sécurité sociale, de la mutualité et d'autres sources particulières<sup>766</sup>, le législateur dessine les

760Article R. 321-3 du Code des assurances.

761Article L. 321-1 Alinéa 3 du Code des assurances.

762Article L. 931-1 Alinéa 2 du Code de la sécurité sociale ; Article L. 111-1 du Code de la mutualité.

763L. Grynbaum, *Assurances, Acteurs, Contrats, Risques des consommations, Risques des entreprises*, L'ARGUS éd., 2013-2014, p. 38.

764L'article L. 111-2 du Code des assurances, cite le caractère impératif des règles du code des assurances.

765B. Dubuisson, Dépôt Institutionnel de l'Académie « Luvain », Le droit applicable au contrat d'assurance dans un espace européen intégré, p. 366, disponible sur le lien : [[http://dial.academielouvain.be/downloader/downloader.py?pid=boreal:4696&datastream=PDF\\_06](http://dial.academielouvain.be/downloader/downloader.py?pid=boreal:4696&datastream=PDF_06)].

766D'autres sources du droit peuvent imposer des obligations d'assurances. Comme c'est le cas de l'article L. 1222-9 du Code de la santé publique relatif à l'obligation d'assurance des établissements français de sang ; Les dispositions de l'article L.5125-17 du Code de la santé publique relatif au pharmacien ; Les dispositions de l'article L. 423-3 du

différents « moules » juridiques des produits et services d'assurances pouvant être proposés et commercialisés dans ce secteur. Le degré de restriction à la liberté économique résultant de cette réglementation est relativement plus ou moins important selon les produits et services d'assurance en cause<sup>767</sup>.

**553.** Pour certaines gammes de produits et services d'assurance, la volonté de l'opérateur d'assurance dans la détermination du contenu de ses contrats d'assurance ainsi que leurs caractéristiques est étroitement liée aux textes législatifs et réglementaires relatifs au secteur. La manifestation la plus extrême de l'intervention du législateur sur le marché s'illustre dans les assurances obligatoires<sup>768</sup>. Concernant ces produits et services d'assurance, le législateur ne s'est seulement pas contenté d'imposer une couverture obligatoire des risques qu'elles contiennent comme la garantie à prendre en charge mais son intervention se prolonge dans l'établissement même du contenu de la garantie que devraient offrir cette couverture<sup>769</sup>.

**554.** Ainsi, les principes du libéralisme juridique et de la liberté des conventions (liberté de contracter et liberté du contenu du contrat) dans ce domaine sont entravés par de multiples restrictions justifiées par des motifs d'ordre social<sup>770</sup> ou économique<sup>771</sup>. Dans ce cas, les parties contractantes ne sont toujours pas libres pour définir le contenu et la forme du contrat puisque la loi – ou son règlement d'exécution – délimite précisément ce contenu. À cet égard, les textes régissant les conditions de la garantie obligatoire, étendent parfois minutieusement et de manière impérative le champ de la protection voulue par l'État et énumèrent ainsi limitativement les seules causes

---

Code de l'environnement relatif à la chasse maritime ; Les dispositions des articles L. 227-5, R. 227-27 à R. 227-30 du Code de l'action sociale des familles relatif à l'accueil des mineurs dans un centre de vacances et de loisirs qui obligent les organisateurs de ces centres de souscrire un contrat d'assurance garantissant les conséquences pécuniaires de leur responsabilité civile ainsi de celle de leurs préposés et des participants aux activités qu'elles proposent ; Les dispositions de l'article L. 321-1 du Code du sport relatif à l'assurance obligatoire des associations, sociétés et fédérations sportives obligeant celles-ci à souscrire une assurance couvrant leur responsabilité civile de celle de leurs préposés et de celle des pratiquant ; Les dispositions de l'article L. 3253-6 c. trav. imposant une assurance à l'employeur pour garantir les salariés des risques de non-paiement ; Les dispositions de l'article L. 211-14 du Code rural relatif aux chiens dangereux.

767Selon MM. Lambert-Faivre et L. Leveneur « *si la loi ne saurait édicter en dispositions impératives que des garde-fous qui limitent le champ d'une liberté contractuelle excessive ; en revanche elle doit sauvegarder l'essence même de la liberté contractuelle qui permet d'adapter le contrat aux besoins concrets des parties : à cet égard l'équilibre est délicat entre une réglementation sclérosante et une liberté sans limite : c'est tout le problème du contrat dirigé* » : Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *op. cit.*, p. 120

768Ibid., p. 12 : « *actuellement on peut dénombrer près de cent vingt obligations d'assurances notamment en matière de responsabilité civile, dans les domaines des moyens de transports, des responsabilités professionnelles et des loisirs* ».

769V., par exemple : Article A. 220-3 du Code des assurances en ce qui concerne l'assurance des engins de remontée mécanique ; Article A. 243-3 du Code des assurances en ce qui concerne l'assurance des travaux de construction ; Article R. 1142-4 du Code de la santé publique.

770Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, Paris, Dalloz, 13<sup>e</sup> éd., 2011, p. 20

771Cf., également dans ce sens : M. Chagny, L. Perdrix, *op. cit.*, p. 112-120.

d'exclusion admissibles à la convention. L'opérateur d'assurance est alors contraint de garantir toutes les conséquences de l'événement que la loi prévoit et ne peut éventuellement exclure telle circonstance du champ contractuel de l'assurance obligatoire que si la loi le lui permet expressément<sup>772</sup>.

**556.** Cette atteinte à la liberté économique dans le secteur des assurances ne sera condamnée ni par le droit de la concurrence européen ni par le droit national. De son point de vue, le droit européen ne méconnaît pas aux États membres de l'Union européenne le droit de constituer le contenu du contrat d'assurance. Les directives européennes énoncent, d'une part, que lorsqu'un État membre impose une obligation d'assurance, le contrat doit être conforme aux dispositions spécifiques qu'il prévoit<sup>773</sup>, d'autre part, que l'État peut exiger la communication à son autorité compétente des conditions générales et spéciales des assurances obligatoires préalablement à leur utilisation<sup>774</sup>. En droit interne, la liberté d'entreprendre, bien que reconnue par le Conseil constitutionnel comme ayant une valeur constitutionnelle, n'est autant considérée que comme principe constitutionnel d'organisation économique. Le législateur est donc autorisé à encadrer l'exercice de la liberté contractuelle et de la liberté d'entreprise uniquement dans le seul but de maintenir l'ordre public<sup>775</sup>. Dans ces circonstances, le droit de la concurrence ne peut pas empêcher et porter atteinte à la réalisation des objectifs voulus par cette organisation.

**557.** À côté de l'assurance obligatoire, se distinguent également les garanties obligatoires liées à une assurance facultative ou obligatoire. À celles-ci se rattachent la garantie des catastrophes naturelles, la garantie tempête et la garantie des actes de terrorisme<sup>776</sup>. À cet égard, lors de la souscription d'un contrat d'assurance dommages relatif aux biens ou aux véhicules terrestres par exemple, tous les opérateurs d'assurance sont obligés de couvrir les dommages résultants de ces événements, selon les modalités et dispositions et les clauses types prévues par les lois et les règlements<sup>777</sup>.

---

772A. Thibault, « Réflexion générale sur le droit commun de l'assurance obligatoire », *RGDA*, 01 avril 2001, n° 2011-02, p. 423.

773V., article 8, 2, deuxième directive d'assurance non-vie, préc ; Article, 179, 2, Directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil, 25 novembre 2009, relative à l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (Solvabilité II), *JOUE*, 17 décembre 2009, L. 335/1.

774V., article 8, 4, b, deuxième directive d'assurance non-vie, préc ; Article 207, Directive 2009/138/CE (Solvabilité II), préc. ; Y. Lambert-Faivre et Laurent Leveneur, *op. cit.*, p. 121.

775A. Thibault-Lemasson, « Réflexion générale sur le droit commun des assurances obligatoires », *RGDA*, 01.04.2011, n° 2011-02, note 63, p. 425.

776J. Bigot ss dir., J. Beauchard, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayeux, V. Nicolas, *op. cit.*, p. 142

777V., les articles L. 125-1 du Code des assurances concernant les garanties contre les catastrophes naturelles ; L. 126-2 du Code des assurances concernant la garantie contre les actes du terrorisme ; L. 122-7 du Code des assurances concernant la garantie des tempêtes.

**558.** Dans cet ordre, pour l'assurance de dommages obligatoire, on peut même parler de véritable contrat-type, tant les clauses sont détaillées et comportent la plupart des rubriques que l'on retrouve généralement dans un contrat d'assurance<sup>778</sup>. Par conséquent, ce dernier relève assurément d'un ordre public contractuel manifesté notamment par la standardisation des clauses types<sup>779</sup>. L'exemple le plus répandu se dévoile dans l'assurance obligatoire de responsabilité civile automobile. À partir de 1958 avec la loi du 29 février, le législateur est intervenu pour déterminer le contenu des garanties qui couvrent tous les dommages subis par un tiers, résultant d'atteintes aux personnes ou aux biens dans la réalisation desquels un véhicule est impliqué<sup>780</sup>. Avec cette loi, les assureurs se trouvent dans l'obligation de couvrir les dommages corporels et matériels résultant des accidents, incendies ou explosions causés par les véhicules, les accessoires et produits servant à leur utilisation, les objets et substances qu'ils transportent et la chute de ces accessoires, objet, substance ou produits<sup>781</sup>. De surcroît, l'intervention des pouvoirs administratifs s'étend à la fixation du montant de la garantie. Le Conseil d'État, dans son décret du 7 janvier 1986, édicte que l'assureur doit garantir sans limitation de somme en ce qui concerne les dommages corporels et pour une somme au moins égale à celle fixée par arrêté du ministre chargé de l'économie<sup>782</sup>, sous réserve que cette somme ne pourra être inférieure à 1 million d'euros par sinistre en ce qui concerne les dommages aux biens<sup>783</sup>. Le législateur précise également les personnes dont cette assurance doit couvrir la responsabilité<sup>784</sup> et les garanties minimums à prendre en charge par les assureurs<sup>785</sup>.

**559.** Par ailleurs, le principe de la liberté de tarification dans ce domaine est altéré avec les diverses réglementations de la réduction-majoration dite « bonus-malus »<sup>786</sup>, de la surprime pour conducteurs novices<sup>787</sup>, et des majorations pour certains risques aggravés<sup>788</sup>. En effet, l'ensemble des clauses types dictées par la législation dans ce domaine conduiraient à établir des pistes de tarification identiques suivies par l'ensemble des opérateurs sur ce marché. Ainsi, le cumul des dispositions légales impératives sur le contenu du contrat d'assurance et des clauses types imposées par le

---

778J. Bigot ss dir., J. Beauchard, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayeux, V. Nicolas, *op. cit.*, p. 246.

779B. Beignier, *Droit des assurances*, Paris, Lextenso éditions, 2011, p. 48.

780Article L. 211-1 du Code des assurances.

781Article R. 211-5 du Code des assurances.

782Article A. 211-1-3 du Code des assurances : « en ce qui concerne les dommages aux biens, l'assurance doit être souscrite pour une somme, par sinistre et quel que soit le nombre de victimes, au moins égale à 1 120 000 € »

783Article R. 211-7 du Code des assurances.

784Articles L. 211-1, Alinéa 2 et R. 211-2 du Code des assurances.

785Article L. 211-5, Alinéa 2 tout contrat d'assurance souscrit par une personne assujettie à l'obligation instituée à l'article L. 211-1 est, nonobstant toutes clauses contraires, réputé comporter des garanties au moins équivalentes à celles fixées dans le décret en Conseil d'État.

786Article A. 121-1 du Code des assurances.

787Article A. 335-9-1 du Code des assurances.

788Article A. 335-9-2 du Code des assurances.

pouvoir réglementaire restreignent corrélativement la liberté contractuelle nécessaire à l'adaptation souple du contrat.

**560.** À tous ces exemples, on rajoute le cas concernant les assurances de groupe ou collectives complémentaires aux assurances obligatoires relevant des régimes de sécurité sociale. Sans doute parce que ces contrats d'assurance sont souvent des compléments aux assurances de base obligatoires, le législateur veille à ce que les grands principes gouvernant celle-ci s'appliquent dans celles-là. À ce titre, ces assurances ont donné lieu à une intervention ponctuelle du législateur<sup>789</sup>. Parmi les règles directrices dans ce domaine se situe la possibilité ouverte ou non à l'assureur de refuser ou d'exclure tel ou tel adhérent pour des raisons relevant de l'état de santé de l'assuré<sup>790</sup> ou le non paiement de ses cotisations. Concernant ce dernier cas, par exemple, la CJUE a indiqué dans l'arrêt *AG2R Prévoyance* qu'en vertu de l'article L. 932-9 Code de la sécurité sociale un assureur gérant un système d'assurance collectif et obligatoire de branche ne peut rompre ce dernier au motif du non-paiement des cotisations par l'un de ses adhérents<sup>791</sup>. Cette obligation figurant aussi dans le Code de la mutualité<sup>792</sup> s'impose à l'égard de tout opérateur d'assurance gérant un régime

---

789On peut ainsi citer la loi Bérégovoy du 31 décembre 1989 ; La loi Evin n° 89-1009, également du 31 décembre 1989, renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques ; La loi Madelin n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle ; Et une loi n° 94-678 du 8 août 1994 relative à la protection sociale complémentaire des salariés, elle-même plusieurs fois modifiée.

790« Selon la loi Evin lorsque des salariés adhèrent à une assurance de groupe obligatoire mise en place dans leur entreprise, l'assureur doit prendre en charge "les suites des états pathologiques survenus antérieurement à la souscription du contrat ou de la convention ou à l'adhésion à ceux-ci" (art. 2, al. 1er). L'assureur ne peut donc opérer une sélection individuelle des risques et refuser l'adhésion de l'un des salariés de l'entreprise en raison de son état de santé. Il doit alors garantir des maladies qui sont déjà nées, sans même pouvoir imposer aux adhérents concernés une surtarification ou surtarification collective plus élevée de ce qui est prévue dans l'accord cadre de l'assurance de groupe. Plus encore, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 2 de la loi Evin l'assureur ne peut exclure de sa garantie, notamment au moyen d'une clause d'exécution, "une pathologie ou affection qui ouvre droit au service des prestations en nature de l'assurance maladie du régime général de sécurité sociale".

Une autre disposition originale prévoit la conservation par l'adhérent qui quitte son entreprise du bénéfice de la couverture des dépenses de maladie, de maternité ou d'accident, sans condition de période probatoire ni d'examen ou de questionnaire médicaux, sous réserve que l'intéressé en fasse la demande dans les six mois qui suivent la rupture du contrat de travail (art. 4 al. 1er).

De même, lorsqu'une personne souscrit facultativement une assurance de prévoyance complémentaire, soit à titre individuel, soit en adhérent spontanément à une assurance de groupe mise en place dans l'entreprise, la loi Evin comporte encore des dispositions originales par rapport au droit des assurances. En effet, l'assureur doit « prendre en charge les suites d'états pathologiques survenus antérieurement à l'adhésion de l'intéressé ou à la souscription du contrat ou de la convention sous deux conditions (art. 3, al. 2).

l'article 6 de la loi Evin prévoit le maintien de la garantie de l'adhérent, quelle que soit l'évolution de son état de santé, et sans pouvoir augmenter le montant de sa prime. L'assureur est simplement autorisé à augmenter uniformément les primes de l'ensemble des adhérents.

Maintien de la garantie décès en cas d'incapacité de travail ou invalidité. Une loi n° 20016624 DU 17 JUILLET 2001 a introduit dans la loi Evin un nouvel article 7-1 aux termes duquel, lorsque des assurés ou adhérents sont garantis collectivement, dans les conditions prévues à l'article 2, pour la couverture des risques décès, incapacité de travail et invalidité, la couverture du risques décès doit inclure une clause de maintien de la garantie décès, en cas d'incapacité de travail ou d'invalidité » : V. J. Bonnard, *op. cit.*, 2012, p. 320 ; V. aussi dans ce sens V. Nicolas, *op. cit.* p. 740 et 741 ; J-P. Chauchard, J-Y. Kerbourc'h et Ch. Willmann, *op. cit.*, p. 535.

791CJUE, 3 mars 2011, aff. C. 437/09, AG2R, préc. pt. 9.

792V. art. L. 112-3 du Code de la mutualité.

d'assurance collectif et obligatoire. En effet, lorsqu'un assureur est désigné ou recommandé dans une convention de branche afin de gérer un régime d'assurance complémentaire, un seul contrat d'assurance est conclu avec la profession. Les entreprises concernées ne peuvent qu'y adhérer, du fait de l'autorité du texte conventionnel. En contrepartie, l'assureur ne peut pas exclure telle entreprise au motif qu'elle n'aurait pas acquitté ses cotisations. Cette question est importante. L'impossibilité pour l'assureur de ne pas verser les prestations au motif du non-encaissement des cotisations a été soulignée dans l'affaire *Albany* comme un élément déterminant de la validité de la position dominante non abusive<sup>793</sup>.

**561.** Au regard de ces développements, on peut légitimement conclure que la réglementation dans l'assurance constitue une restriction importante à la liberté des opérateurs d'assurance. La manière ou la façon dont les opérateurs du secteur proposent des contrats d'assurance, constituant le support des produits et services d'assurances, ne suit, à vrai dire, pas les règles du marché. Au contraire, l'évolution juridique et jurisprudentielle dans la matière restent l'instrument fondamental dans la détermination des caractéristiques des produits et services d'assurances. Autrement dit, la liberté des assureurs dans leurs relations avec les assurés actuels ou potentiels se trouve dans une situation délimitée par la réglementation ayant organisée cette activité.

**562.** À cette rigueur réglementaire, certaines organisations ou institutions peuvent avoir un effet profond sur l'activité et la liberté des assureurs et la concurrence. Tel est le cas dans l'organisation des assurances collectifs ou de groupe.

---

<sup>793</sup>J. Barthélémy et F. Wismer, Regards croisés sur les clauses de désignation et de migration, *Les Cahiers du DRH*, Interview réalisée par Jean-René le Meur, 2012, n° 185.

## §2. Restrictions d'impératif particulier

**563.** L'organisation et la détermination du contenu de contrats d'assurance, support des produits et services d'assurance, n'est pas l'apanage des pouvoirs publics. Dans certains domaines particuliers du secteur, d'autres agents peuvent intervenir pour déterminer le contenu du contrat en restreignant la liberté des opérateurs d'assurance.

**564.** Les risques dits « de prévoyance » comme les risques décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité, des risques d'inaptitude et des risques dits « sur la vie » comme le risque chômage ainsi que la constitution des avantages sous forme de pensions de retraite, d'indemnités ou de primes de départ en retraite ou de fin de carrière sont souvent assurés sous l'angle des régimes particuliers institués légalement par les pouvoirs publics et complémentirement par les intéressés assurés<sup>794</sup>.

**565.** En général, la couverture de base de ces risques est assumée par le régime de sécurité sociale dont son exclusion des règles du droit de la concurrence est confirmée, et ce à plusieurs occasions, par le législateur et par la pratique décisionnelle et jurisprudentielle<sup>795</sup>. Par ailleurs, le régime d'assurance de base de sécurité sociale ne fournit pas une couverture complète concernant ces risques. Par conséquent, les parts restantes non couvertes par le régime de base seront supportées par les assurés.

---

<sup>794</sup>*Supra*, n° 14, 272 et s. et 474 et s.

<sup>795</sup>Le droit européen laisse à chaque État membre la compétence de l'organisation de son régime de sécurité sociale. « *Il appartient à la législation de chaque État membre de déterminer le droit ou l'obligation de s'affilier à un régime de sécurité sociale et les conditions qui donnent droit à des prestations.* » : arrêt du 7 février 1984, *DUPHAR*, C-238/82, préc., pt. 16 ; Arrêts du 17 février 1993, *POUCET et PISTRE*, C-159/91 et C-160/91, préc., pt. 6 ; et du 12 juillet 2001, *SMITS et PEERBOOMS* C-157/99, préc., pt. 44 à 46 ; V., *supra* p. 127 et s.

**566.** Dans cet objectif, pour garantir une couverture complémentaire des risques concernés, les sociétés d'assurance interviennent, dans ce domaine, afin d'en assumer la prise en charge<sup>796</sup>. À ce propos, il faut signaler qu'en prenant en compte les dispositions générales du droit applicable au secteur des assurances, la couverture de ces risques peut être envisagée par des contrats d'assurances individuels ou collectifs. En revanche, leur couverture est généralement prévue via des régimes d'assurance de groupe ou collectifs. Les conventions individuelles ne représentent plus, sur le plan économique, une part majoritaire du marché<sup>797</sup>. L'assurance collective ou de groupe est aujourd'hui prédominante du fait de sa souscription par des entreprises ou des associations auprès des différents opérateurs d'assurance<sup>798</sup>.

**567.** Si le Code des assurances dans son titre quatrième du livre premier définit à l'article L. 141-1 le contrat d'assurance de groupe comme « *le contrat souscrit par une personne morale ou un chef d'entreprise en vue de l'adhésion d'un ensemble de personnes répondant à des conditions définies au contrat, pour la couverture des risques dépendant de la durée de la vie humaine, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité ou du risque de chômage* », l'article 2 de la loi n° 89-1009 nous indique que les garanties collectives peuvent être inscrites soit sur la base d'une convention ou d'un accord collectif, soit à la suite de la ratification par la majorité des intéressés d'un projet d'accord proposé par le chef d'entreprise, soit par décision unilatérale de l'employeur. À cette occasion, lorsque sur la base de l'accord ou de la convention collective instaurant un régime d'assurance collective, un contrat d'assurance sera conclu entre un assuré concerné et un opérateur d'assurance en vue de fournir une couverture complémentaire à la garantie de la Sécurité sociale, l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale<sup>799</sup> précise que « *les garanties collectives complémentaires à la garantie de la Sécurité sociale sont déterminées soit par des conventions ou accords collectifs, soit suite à la*

---

<sup>796</sup>Selon l'article 1 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 dans ce marché peuvent intervenir les sociétés d'assurance, les mutuelles et les institutions de prévoyance.

<sup>797</sup>« *L'état du droit de l'assurance de groupe n'est pas sans répercussion sur le sort des assurances individuelles, et réciproquement. Certains contrats individuels relevant du champ de la prévoyance complémentaire sont assimilés aux contrats collectifs, ce qui impose d'avoir à leurs égard au mode d'adhésion des assurés concernés. Le risque de santé contribue encore à ordonner, en matière de prévoyance complémentaire, la distinction entre les variétés d'assurance collectives, obligatoires ou facultatives. Pour ces dernières, la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 édicte ainsi un certain nombre de dispositions qui englobent également les conventions individuelles* » : H. Groutel, F. Leduc, Ph. Pierre, et M. Asselain, *op. cit.*, p. 1720 ; V., également, « Assimilation du contrat individuel aux contrats d'assurance de groupe », *Idem.*, p. 1729.

<sup>798</sup>*Idem.*, p. 1728 ; Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *op. cit.*, p. 403.

<sup>799</sup>Les dispositions de cet article sont issues des dispositions de l'article 1 de la loi n° 94-678 du 8 août 1994 relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92-49 et n° 92-96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil des communautés européennes .

*ratification d'un projet d'accord proposé par le chef d'entreprise, soit par une décision unilatérale du chef d'entreprise* ». Ainsi, lors de la souscription des contrats d'assurances de groupe ou collectives complémentaires pour couvrir les risques mentionnées à l'article L. 141-1 du code des assurances<sup>800</sup>, le contenu de la garantie sera déterminé par d'autres acteurs que les opérateurs d'assurance<sup>801</sup>. Ce même régime est également applicable à la protection sociale complémentaire des travailleurs non salariés<sup>802</sup>.

**568.** Pour déterminer le contenu de la garantie, les opérateurs d'assurance peuvent jouer un rôle actif dans la phase de négociation des accords collectifs ou lors de la ratification d'un projet ou de la décision du chef d'entreprise d'instaurer un régime d'assurance collective. Toutefois, les règles relatives à l'instauration des régimes d'assurance de groupe ou collectives ne décrivent pas le rôle que peuvent jouer les opérateurs d'assurance dans cette phase de négociation. Le régime juridique des assurances de groupe ou collectives cite implicitement et simplement les seuls partenaires sociaux, assurés et chefs d'entreprises. Le rôle de l'opérateur d'assurance se limite, dans ce cas de figure, à la gestion de ces régimes collectifs complémentaires ainsi instaurés. À cet égard, les organismes assureurs gestionnaires de ces régimes, désignés par une clause de désignation avant la réforme de 2013 et recommandés ou non depuis celle-ci<sup>803</sup>, n'ont le choix que d'accepter ou de refuser la gestion du régime et selon les conditions prédéterminées. De surcroît, la faculté de l'opérateur d'assurance de fixer les primes ou cotisations des adhérents ou d'exclure certains risques de la garantie est déterminée et encadrée par le régime ainsi instauré<sup>804</sup>.

**569.** En outre, les opérateurs d'assurance désignés ou désormais recommandés ou qui choisissent de prendre en charge la gestion de ces régimes n'ont le droit d'apporter aucune modification au contenu de la garantie déterminée. L'acceptation par l'opérateur d'assurance de la gestion de régimes lui interdit d'opérer une sélection individualisée ou d'inclure des clauses contraires aux termes de l'accord ou de la convention<sup>805</sup>. En effet, certaines clauses conventionnelles sont obligatoires. Pour toute modification ou révision du régime, ce sont les clauses mentionnées dans l'accord ou la

800 Sur la conclusion du contrat d'assurance collective V. H. Groutel, F. Leduc, Ph. Pierre, et M. Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Paris, LiexisNexis Litec, 2008, p. 1747 et s.

801 *Ibid*, p. 1774

802 Article L. 961-1 du code de la sécurité sociale.

803 Loi n° 2013-1203 du 23 décembre 2013 de financement de la sécurité sociale pour 2014 : cette loi a remplacé la clause dite de désignation par celle dite de recommandation.

804 Il faut signaler à cette occasion que l'article 2 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 précise que « *l'organisme qui délivre sa garantie prend en charge les suites des états pathologiques survenus antérieurement à la souscription du contrat ou de la convention ou à l'adhésion à ceux-ci. Aucune pathologie ou affection qui ouvre droit au service des prestations en nature de l'assurance maladie du régime général de sécurité sociale ne peut être exclue du champ d'application des contrats ou conventions* ».

805 V., H. Groutel, F. Leduc, Ph. Pierre, et M. Asselain, *op. cit.*, p. 1740.

convention instaurant le régime qui déterminent les modalités et les périodicités de réexamen. C'est le cas des conditions de révision de la mutualisation des risques, par accord professionnel et interprofessionnel<sup>806</sup> ou accord ratifié dans l'entreprise<sup>807</sup> « accord d'entreprise, référendum ou décision unilatérale de l'employeur »<sup>808</sup>. De même, le choix de l'opérateur d'assurance désigné et désormais recommandé pour gérer le régime sera réexaminé en respectant les conditions et les périodicités indiquées dans l'accord collectif ou la décision du chef d'entreprise<sup>809</sup>. Néanmoins les opérateurs d'assurance qui décident de prendre en charge des assurés couverts par accords ou conventions collectives établissant un régime particulier d'assurance complémentaire doivent respecter les dispositions de ces accords ou conventions collectives.

### **Conclusion du chapitre :**

**570.** Pour conclure il faut dire que dans l'hypothèse où la législation laisse une marge de manœuvre à l'entreprise, l'applicabilité des règles de concurrence est certes acquise mais il est tout de même permis d'envisager une circonstance atténuante prenant en compte l'incitation ou la permissivité engendrée par le cadre juridique national et européen. En 2004, la jurisprudence est allée plus loin et a accepté, dans l'affaire *AOK*, d'exclure les caisses d'assurance en cause de toute qualification économique malgré le fait que ces caisses gérant des régimes complémentaires d'assurance maladie et accident de travail conservaient une marge de liberté dans l'exercice de leur activité<sup>810</sup>. Aujourd'hui, si cette exclusion pure et simple de la qualification économique de l'activité des assureurs n'est plus admise selon la jurisprudence actuelle<sup>811</sup>, les contraintes issues d'une législation ou d'une structure pourront être utilisées comme moyen de défense important pour les entreprises d'assurance afin de contester l'application des règles de concurrence à leur égard<sup>812</sup>.

**571.** La contestation de l'application des règles du droit de la concurrence dans le secteur des assurances ne se résume pas seulement à des restrictions résultant de la réglementation et de l'organisation particulières du secteur. Certains caractères inhérents à la nature de l'activité d'assurances vont dans ce sens.

---

806Article L. 912-1, III du Code de la sécurité sociale.

807Article L. 912-2 du Code de la sécurité sociale.

808J-P Chauchard, *Droit de la sécurité sociale*, 5e édition, L.G.D.J. 2010, p. 600.

809Articles L. 912-1 et L. 912-2 du Code de la sécurité sociale.

810CJCE, 16 mars 2004, aff. Jtes C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, *AOK Bundesverband e.a.*, préc., pt. 41, 42 et 43.

811*Supra*, n° 173 et s.

812Selon certains les critères restent rigoureux pour un tel type d'argumentation : v., dans ce sens C. Prieto et D. Bosco, *op. cit.*, p. 402.

## Chapitre 2-L'effet restrictif du droit de la concurrence à la réalisation des objectifs d'intérêt général relevant du secteur des assurances

572. En droit contemporain, l'intérêt général constitue l'une des notions clefs du droit et particulièrement du droit de la concurrence<sup>813</sup>. Si en droit public c'est une condition primordiale d'existence et de spécificité juridique du service public<sup>814</sup>, en droit de la concurrence c'est une condition d'application ou d'exemption de certaines activités d'entreprises. En droit de la concurrence, l'intérêt général déborde largement la notion de service public, à deux points de vue. Tout d'abord, l'intérêt général n'est nullement un monopole de l'État. L'activité privée qu'elle soit à but lucratif ou non-lucratif peut concourir à la réalisation d'un intérêt général dès lors qu'elle a une utilité publique. Puis, la prise en charge de certaines activités par des personnes publiques peut ne pas recevoir le statut de service public d'intérêt général, soit parce qu'elles ne répondent pas à un intérêt général suffisamment caractérisé, soit parce qu'elles ne satisfont pas à des besoins qualifiés d'intérêt général<sup>815</sup>. Dans cet ordre d'idées, l'évolution contemporaine semble bien aller dans le sens d'un rôle croissant des initiatives privées dans la satisfaction de besoins d'intérêt général<sup>816</sup>.

---

813M. G. Clamour évoque même dans sa thèse la notion d'intérêt général concurrentiel qui signifie que l'application du droit de la concurrence vise finalement à réaliser des préoccupations relevant de l'intérêt général : v., G. Clamour, *Intérêt général et concurrence, Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris, Dalloz, 2013 : v., particulièrement p. 755.

814« *En effet, si toute activité sociale est d'intérêt collectif, elle pourrait être qualifiée de service public. Il faut donc déterminer, au cas par cas, dans une approche pragmatique, ce que la collectivité publique estime être un intérêt général digne d'être protégé par l'octroi de certains moyens juridiques dérogatoires et éventuellement par des prérogatives de puissance publique. Ceci étant, on peut observer que le juge administratif reconnaît l'existence d'activités d'intérêt général à l'égard des services ne correspondant pas pour autant à des services publics (cinéma par exemple)* » : F. Colin, *Droit public économique*, Cualion, Lextensoéditions, 5<sup>e</sup> éd., 2015, p. 214.

815J.C. Douence, *Encyclopédie des collectivités locales*, mars 2007, document consultable sur Dalloz.fr., V., Chapitre 1, la notion du service public local,.

816*Ibid.*, Paragraphe 33.

**573.** Malgré son importance au niveau national et européen, cette notion illustre aujourd'hui une signification floue, insaisissable, mais fonctionnelle<sup>817</sup>. Selon le vocabulaire juridique de Gérard Cornu, l'intérêt général est « *ce qui est pour le bien public* »<sup>818</sup>. L'intérêt général peut avoir deux significations. Il peut exiger le sacrifice de certains intérêts particuliers et il peut consister dans la satisfaction d'une collection de besoins privés légitimes. Le choix est fondamentalement politique et relève pour l'instant de la compétence des États membres de l'UE<sup>819</sup>. Si l'analyse juridique ne peut point expliquer ce choix, la notion renvoie à une conception volontariste des autorités publiques. Les services relevant de l'intérêt général, qu'ils soient marchands ou non-marchands, sont des services que l'État considère comme satisfaisant à un besoin d'intérêt général et soumis à des obligations particulières. La conception d'intérêt général peut être subjective ou objective<sup>820</sup>. Mais, dans ce cadre, la CJUE peut intervenir pour sanctionner les abus éventuels, lorsque les États membres portent atteinte aux intérêts de l'UE. C'est ainsi que l'article 106, paragraphe 2 du TFUE vise à concilier l'intérêt des États membres à utiliser certaines entreprises en tant qu'instrument de leur politique économique, fiscale, ou sociale avec l'intérêt de l'Union au respect des règles de la concurrence<sup>821</sup>.

**574.** L'expression « *intérêt général* » ne se trouve pas dans les traités mais dérive dans la pratique de l'expression « *service d'intérêt économique général* » et « *service non économique d'intérêt général* ». Ces deux notions, fruits du droit européen, figurent successivement aux articles 14 et 106 du TFUE et 1 et 2 de son protocole annexé n° 26 sur les services d'intérêt général.

**575.** Les services d'intérêt économique général sont définis par la jurisprudence comme des services de nature économique que les États membres ou l'UE soumettent à des obligations spécifiques de service public en vertu d'un critère d'intérêt général<sup>822</sup>. Ainsi, ils sont soumis aux lois du marché et de la concurrence à conditions que ces lois ne portent pas atteinte à l'accomplissement de leur

---

817En doctrine cette notion est appréhendée de manière fonctionnelle sans préjudice d'une remarquable évolution conceptuelle : v., G. Clamour, *Intérêt général et concurrence, Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, préc., p. 17 et s.

818G. Cornu (dir.), H. Capitant (asso.), *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses universitaires de France, coo. « *Quadrige* », 2005, 7<sup>e</sup> éd., p. 970 et 996.

819V., Livre vert de la Commission européenne sur les services d'intérêt général, 21 mai 2003, *Dr. Adm.* 2003, comm. N° 159 : Certains auteurs s'interrogent sur la construction progressive d'un intérêt général européen : J. Ph. Colson et P. Idoux, *Droit public économique*, L.G.D.J Lextensoédition, 6<sup>e</sup> éd., 2012.

820Selon Gaston Jèze : « *sont uniquement, exclusivement services publics les besoins d'intérêt général que les gouvernants d'un pays donné, à un moment donné, ont décidé de satisfaire par le procédé du service public. L'intention des gouvernants est seule à considérer* » : C. Jèze, *Principes généraux du droit administratif*, T. II, Paris, D. 2005, p. 16.

821L. Rapp, Ph. Terneyre, N. Symchowicz, M. Baillat-Devers, U. Chauvin, *op. cit.*, paragraphe 1519.

822F. Colin, *Droit public économique, op. cit.*, p. 207.

mission d'intérêt général<sup>823</sup>. Les autres, c'est-à-dire ceux non-économiques d'intérêt général, ne sont, contrairement aux services d'intérêt économique général, pas définis par la loi mais ils sont exclus du champ d'application du droit de la concurrence puisqu'ils n'appartiennent pas à un marché et sont fondés sur une logique de solidarité et de redistribution<sup>824</sup>. Cela explique, d'ailleurs, l'exclusion de l'assurance relevant de la Sécurité sociale de la soumission au droit de la concurrence.

**576.** La Commission européenne a fait également référence aux « *services sociaux d'intérêt général* ». Cette expression est apparue en 2004 dans le livre blanc de la Commission européenne sur les « *services d'intérêt général* »<sup>825</sup>. Selon le rapport du Conseil économique et social, ces services « *répondent à des besoins économiques et sociaux, qui sont assujettis à des obligations de service public, l'identité des opérateurs pouvant être publique ou privée, à but lucratif ou non lucratif* »<sup>826</sup>. Ces services englobent à la fois les services d'intérêt économique général et les services non économiques d'intérêt général. Ils correspondent aux services à la personne, conçus pour répondre aux besoins vitaux de l'homme en particulier à ceux des usagers en situation vulnérable. Ils sont considérés comme jouant un rôle crucial dans l'amélioration de la qualité de la vie et l'accès à la protection sociale. Donc, la Commission inclut dans la définition les services liés à la santé, aux soins, à l'accès et à l'insertion sur le marché du travail, etc<sup>827</sup>.

**577.** En droit de la concurrence européen et national, selon les cas, ces services peuvent bénéficier d'un traitement particulier de la part des autorités de concurrence. La Cour de justice des Communautés européennes admet en général une restriction de concurrence dès lors qu'elle est justifiée par un objectif légitime relevant d'un intérêt général<sup>828</sup>. La Cour de justice a qualifié d'intérêt général les activités des caisses publiques d'assurance maladie relevant de la Sécurité sociale au motif qu'elles ont été « *créées par la loi afin de satisfaire spécifiquement des besoins liés à la santé public, lesquels sont des besoins d'intérêt général, (ayant) un caractère autre qu'industriel ou commercial, dans la mesure où les prestations sont fournies par lesdites caisses dans un but non lucratif* »<sup>829</sup>. Selon la jurisprudence, la délégation des pouvoirs publics n'est pas

823V., Article 106, § 2 TFUE.

824La notion du service non-économique d'intérêt général contrairement aux services d'intérêt économique général n'est pas définie par la loi : V., Article 2 du protocole n° 26 sur les services d'intérêt général, annexé au TFUE.

825Commis. UE., commun., Livre blanc sur les services d'intérêt général, Bruxelles 12 mai 2004, Document disponible en ligne sur le lien : [<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004DC0374&from=FR>]

826Avis et Rapport, Conseil économique et social (CES), présenté par M. Frédéric Pascal, « Quel cadre juridique européen pour les services sociaux d'intérêt général ? », 9 avril 2008, document consulté le 04 juillet 2016, disponible sur le lien : [[http://www.lecese.fr/sites/default/files/pdf/Avis/2008/2008\\_12\\_frederic\\_pascal.pdf](http://www.lecese.fr/sites/default/files/pdf/Avis/2008/2008_12_frederic_pascal.pdf)]

827F. Colin, *op. cit.*, p. 214, p. 206.

828Il en a ainsi, par exemple, de la lutte antidopage : CJCE., aff. C-519/04P, 18 juillet 2006, *Meca-Medina, Dr. adm.* 2006, comm. 147, *Bulletin d'actualité Lamy Droit du sport*, 2006, n° 37, note Rizzo F.

829CJCE., 11 juin 2009, aff. C-300/07, *Oymanns Orthopädie Schuhtechnik*, BJCP 2009, p. 497.

nécessaire pour soulever le caractère d'intérêt général d'un service. Afin de caractériser des services d'intérêt général, la jurisprudence a abandonné l'exigence d'un acte formel de délégation. Le fait que des services soient exécutés par des entités privées et sans délégation des pouvoirs publics était suffisant pour accepter une exclusion ou une modération des interdictions du droit de la concurrence. En premier lieu, la Cour de justice a considéré que l'exercice des services économiques d'intérêt général n'exigeait pas nécessairement un acte législatif ou parlementaire de la part de l'État. L'acte des autorités publiques peut ainsi consister en une simple concession de droit public ou en des « *concessions qui ont été accordées en vue de concrétiser les obligations imposées à des entreprises qui, par la loi, ont été chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général* ». Dans l'affaire *Albany*, la Cour de justice a implicitement jugé que le seul fait, pour des partenaires sociaux, de créer un fonds sectoriel de pensions et de demander aux pouvoirs publics de rendre obligatoire l'affiliation à ce fonds était suffisant pour considérer que le fonds constitue une entreprise chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général au sens de l'article 86 § 2 ce (désormais l'article 106 § 2)<sup>830</sup>. De manière générale, il n'est pas nécessaire de se baser sur des éléments liés aux statuts, à la forme et à l'objet social de l'entité en cause. En effet, la CJCE a bien précisé que « *l'existence ou l'absence de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial s'apprécie objectivement, la forme des dispositions dans lesquelles de tels besoins sont exprimés étant, à cet égard, indifférente* »<sup>831</sup>.

**578.** Cette notion d'intérêt général attachée à la concurrence n'admet pas encore d'être rattachée à la notion d'intérêt général du droit public<sup>832</sup>. Dans ce schéma, il ne s'agit pas de déterminer ici la place et le rôle du droit public dans la détermination de la notion d'intérêt général dans le secteur des assurances mais seulement de préciser l'intérêt général que le secteur des assurances garantit à la société contemporaine et la nécessaire préservation de celui-ci. Si la jurisprudence s'est montrée rigoureuse en édictant des conditions nécessaires à l'identification des services publics d'intérêt général<sup>833</sup>, en matière concurrentielle, elle apparaît, semble-t-il, au fil de temps, plus souple lors de

---

830L. Rapp, Ph. Terneyre, N. Symchowicz, M. Baillat-Devers, U. Chauvin, *Le Lamy Droit Public des Affaires*, 2016, paragraphe 1518, document disponible sur le site : [lamyline.lamy.fr](http://lamyline.lamy.fr).

831CJCE., 10 novembre 1998, aff. 360/98, *BFI Holding*, Rec. CJCE, I, p. 6821, BJCP 1999, no 2, p. 155, concl. La Pergola A., Rev. marchés publ. 1998, p. 28.

832« *En effet, l'on assiste aujourd'hui à un regain de contestation de la distinction droit public-droit privé, non pas tant pour supprimer le premier au profit d'une universalité du second que pour substituer au droit public, dans la summa divisio traditionnelle, une nouvelle branche du droit. Après l'échec en ce sens de la notion de (droit économique), c'est au tour du (droit de la régulation) ou du (droit humaniste du marché) d'être théorisé en branche du droit susceptible de mettre en œuvre l'intérêt général contemporain* » : G. Clamour, *Intérêt général et concurrence, Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, préc., p. 39.

833V., les quatre conditions édictées par l'Arrêt *Altmark* 2003. Cet arrêt régit l'attribution des aides d'État versées en compensation de la réalisation d'un service public par une entreprise privée. La Cour confirme que le droit européen ne s'oppose pas à la subvention de services d'intérêt économique général dès lors que quatre conditions sont

l'application des interdictions de concurrence aux différentes entités économiques<sup>834</sup>.

**579.** Aujourd'hui avec le désengagement du système de la Sécurité sociale de la couverture de certains risques et le prolongement de la crise économique résultant de la crise financière, le secteur des assurances acquiert, de plus en plus, un statut protecteur de la population et de l'économie du pays. Si actuellement les bienfaits économiques et sociaux du secteur ne suffisent pas à le faire échapper à la soumission au droit de la concurrence, en revanche, une opposition de l'application du droit de la concurrence dans ce secteur ne cesse pas de prendre de l'ampleur. Cette contestation est soutenue par le caractère nuisible de la concurrence à la solidarité (**Section I**) et à la réalisation des services d'intérêt général relevant du secteur des assurances (**Section II**).

---

remplies : 1-il faut une entreprise chargée de l'exécution d'obligations de service public clairement définies ; 2-que les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation soient préalablement établis de façon objective et transparente ; 3-que la compensation se limite à ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de services public et ; 4-que l'analyse des coûts soit effectuée au regard du comportement normal d'une entreprise en situation concurrentielle : CJCE, 24 juillet 2003, aff. C-280/00, *Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg, Nabverkehesgesellschaft Altmark GmbH* : Rec. I-7747 ; *AJDA* 2003. 1739, note Rodrigues ; *JCP A* 2003, 1822, note Boudier.

834V., L. Rapp, Ph. Terneyre, N. Symchowicz, M. Baillat-Devers, U. Chauvin, *op. cit.*, paragraphe 1516 et s.

## Section I-L'atteinte du droit de la concurrence à la solidarité établie dans le secteur des assurances

**580.** Le vocable « solidarité » est difficile à expliquer. Selon P. Lehingue, la solidarité serait un mot devenu asémantique par sur-sollicitation<sup>835</sup>. La solidarité est aussi définie comme une notion fuyante, rebelle à toute tentative de clarification conceptuelle<sup>836</sup>. La notion est bien floue, susceptible de degrés et laisse une grande part à la subjectivité. Plusieurs critères ont été utilisés, ils sont toutefois d'inégale valeur<sup>837</sup>.

**581.** Il est évident que cette terminologie est loin d'être considérée comme économique puisqu'elle retient l'attention sur son caractère social. C'est ainsi que certains auteurs ont fait la distinction entre solidarité et assurance<sup>838</sup>. Cependant, les moyens économiques peuvent jouer un rôle crucial dans la mise en place des différents mécanismes de solidarité comme c'est le cas en assurance. À cet égard, il faut rappeler que le déclin de la solidarité familiale a, sous l'influence de l'urbanisation et l'expansion de l'individualisme à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, favorisé le développement de la solidarité

---

835P. Lehingue, *Le social dans les débats politiques locaux, le social transfiguré*, D. Gaxie (dir.), PUF, Paris, 1990.

836J. Chevallier, La résurgence du thème de la solidarité, in *La solidarité, un sentiment républicain*, CURAPP, PUF, 1992, p. 111 ; V. *Supra*, n° 136.

837L. Arcelin, *L'entreprise en droit de la concurrence française et communautaire*, Paris, Litec, 2003, p.146.

838Pour certains, la solidarité n'existe pas dans l'assurance dès lors que les indemnités payées par un assureur à un assuré représentent la contrepartie du paiement des primes ou des cotisations. Par contre pour eux, la solidarité existe lorsqu'on continue à toucher des indemnités malgré qu'on n'a pas payé soit des primes et cotisations suffisantes, soit pas de tout : Vie Publique.fr, « *Assistance Assurance et Protection sociale* », mise en ligne le 30 mai 2006, Page consulté le 27 février 2014, disponible sur le site [<http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/finances-publiques/approfondissements/assistance-assurance-protection-sociale.html>] ; elle est, par nature, le domaine du hors marchand, des transferts sociaux, de la redistribution et, finalement, de l'État : P. Picard, *Marché d'assurance et solidarité*, FFSA, disponible sur le lien suivant : [[http://www.ffsa.fr/webffsa/risques.nsf/b724c3eb326a8defc12572290050915b/422db7b8cf38a09fc12573e60050f9a3/\\$FILE/Risques\\_45\\_0014.htm](http://www.ffsa.fr/webffsa/risques.nsf/b724c3eb326a8defc12572290050915b/422db7b8cf38a09fc12573e60050f9a3/$FILE/Risques_45_0014.htm)]

institutionnelle et en particulier de l'assurance<sup>839</sup>.

**582.** L'idée de solidarité est à la base de la technique de l'assurance. Un groupement de personnes mettant en commun les risques répartissent ceux-ci entre elles de façon insensible. Si tous contribuent au règlement des sinistres, la participation de chacun est très réduite. En diluant le risque, la solidarité élimine le hasard et crée une certaine sécurité. La technique de la mutualité apparaît aussi bien dans les assurances mutuelles que dans les sociétés d'assurances qui n'ont le choix que d'opter pour ce mécanisme. De même, la technique de capitalisation, en ce qu'elle correspond à une sollicitation de l'épargne d'individus, suppose un groupement de personnes, ce qui rappelle la mutualisation des assurances<sup>840</sup>. Dès lors, par cette technique le secteur s'identifie par l'établissement d'une solidarité entre l'ensemble des membres de communautés mutualistes puisque plusieurs personnes s'obligent les unes pour les autres et chacune pour toutes.

**583.** Pour certains opérateurs du secteur<sup>841</sup>, le lien existant entre la solidarité et la technique de la mutualité utilisée au sein de leur groupe mutualiste les a exclus de la soumission même aux règles du droit de la concurrence. Dans ces contentieux concurrentiels, afin de préserver la solidarité établie au sein de certains groupes mutualistes et les avantages que l'on peut en retirer, la pratique décisionnelle et jurisprudentielle européenne et nationale a écarté le droit de la concurrence<sup>842</sup>. Toutefois, lorsque celle-là s'est basée sur la solidarité, elle a retenu la solidarité tarifaire « *subsidiante* »<sup>843</sup>, c'est-à-dire celle basée sur la redistribution des revenus<sup>844</sup>. C'est autour des différences tarifaires que s'est exprimé le débat entre assurances commerciales, assurances mutuelles et mutuelles de la mutualité. Selon certains, tandis que la tarification d'assurance pure tend à être proportionnelle au risque « *désolidarisante* », la tarification mutualiste tend à être plus « *solidarisante* » et à moins segmenter les populations assurées<sup>845</sup>.

**584.** Par ailleurs, la solidarité retenue par les autorités compétentes est celle tarifaire et non

---

839V., M. Chagny, L. Perdrix, *op. cit.*, p. 23

840V., Nicolas, *Droit des contrats d'assurance*, Paris, ECONOMICA, 2012, p. 512.

841*Supra*, n° 136.

842V., par exemple : CJCE., 17 février 1993, aff., 159/91 et 160/91, Christian Poucet contre Assurances générales de France et Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon, préc. ; CJCE, 26 mars 1996, aff. c.238/94, Garcia c/Mutuelle de prévoyance sociale d'Aquitaine, préc. ; Cass. soc., 10 mars 1994, D. 1994, somm. p. 302, obs. P. Langlois.

843Cette terminologie de la solidarité subsidiante est utilisée par B. Dubuisson, *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Bigot*, LGDJ, Lextenso édition, 2010 : « solidarité, segmentation et discrimination en assurances : Nouveau débat, Nouvelles questions », p.105 à 123.

844Sur la notion V. *supra*, n° 136 et s.

845Doc., Sénat, Commission des finances, Rapport d'information n° 45, La situation et les perspectives du secteur des assurances en France, préc.

nationale puisque les régimes exclus de l'application du droit de la concurrence ne sont pas étendus sur l'ensemble de la nation mais seulement sur une catégorie de la population. Ce qui peut être utilisé comme critique de la notion de solidarité retenue par les autorités de concurrence. La motivation des solutions adoptées par la pratique décisionnelle et jurisprudentielle européenne et nationale nous fait interroger sur plusieurs questions dont la réponse ne sera pas évidente à établir.

**585.** Lorsque la solidarité n'est pas tarifaire mais réciproque et proportionnelle, c'est-à-dire mutuelle, cela justifie-t-il l'exclusion de l'application des règles du droit de la concurrence ou au moins la modération de celles-ci à l'instar des solutions adoptées vis-à-vis des mutuelles ? La solidarité n'est-elle vraiment que l'apport de cotisations de personnes moins directement concernées par le risque assuré ? Ou au contraire, existe-t-il une solidarité entre les assurés qui représentent le moins de sinistres et qui payent pour ceux qui en représentent davantage ? Le mot solidarité comprend bien la notion d'aide face à un risque ou à une difficulté mais à quel moment cette aide est-elle la plus judicieuse ? Est-ce avant la survenance du risque pour tenter de le minimiser, tenter d'améliorer les mesures de prévention du risque ? Où est-ce après la survenance du risque lorsqu'il faut organiser la solidarité des payeurs de « pots cassés » ?

**586.** Les autorités de concurrence européenne et nationale ne se sont encore pas expressément prononcées sur les atteintes que les règles du droit de la concurrence pourraient porter à la solidarité établie dans les différents marchés d'assurance. Toutefois, il est incontestable que la solidarité mise en place dans les différents marchés du secteur (§1), et plus particulièrement celle subsidiante (§2) peut être compromise lors de l'application des règles de concurrence.

## §1. Préjudice des règles de concurrence à la solidarité assurantielle

**587.** L'idée reçue selon laquelle il existe un antagonisme entre les logiques de solidarité et celles du marché est un phénomène récent. En vérité, l'ancienneté du pôle marchand dans le domaine de l'indemnisation des risques sociaux n'est pas moindre que celle du pôle solidaire<sup>846</sup>.

**588.** L'exercice de l'activité d'assurance par les différents opérateurs, à la différence de leur forme juridique et leur but lucratif ou non-lucratif, n'a pas empêché que la technique de la mutualisation des risques utilisée au sein de celle-ci ne l'entache d'un caractère inconscient de solidarité établie au sein de la mutualité des assurés. Selon le Conseil de la concurrence dans son avis daté du 1998<sup>847</sup> l'opération d'assurance ne peut exister que parce qu'elle est incluse dans un ensemble d'opérations de même nature, l'assureur ne pouvant exécuter ses obligations que lorsque s'opère une mutualisation des risques sur l'ensemble des assurés.

**589.** Avec la soumission de l'assurance aux règles de concurrence, la solidarité constituée entre l'ensemble des assurés **(A)** et des opérateurs d'assurance **(B)** peut se voir subir une atteinte importante à son bon fonctionnement.

---

<sup>846</sup>B. Gibaud, *Mutualité, Assurances (1850-1914) Les enjeux*, Paris, ECONOMICA, 1998, p. 1.  
<sup>847</sup>98-A-03 du 24 février 1998, préc., p. 3.

## A-Le dysfonctionnement porté à la solidarité établie entre

### l'ensemble des assurés

590. Bien qu'elle se trouve aux sources mêmes de l'assurance, la mutualisation des risques est probablement une forme de solidarité. Dès le début de l'exercice de l'activité d'assurance, les différents opérateurs d'assurance ont bâti leur activité sur la technique de la mutualisation des risques entre les assurés. Plus précisément, la technique de l'assurance repose sur l'existence d'une mutualité organisée suivant les lois de la statistique : groupement de personnes exposées à un même risque cherchant à se prémunir contre celui-ci en constituant un fonds commun de primes qui servira à indemniser celles d'entre elles qui seront victimes d'un sinistre. C'est ainsi que la technique de la mutualité constitue une solidarité entre l'ensemble des assurés. Selon certains auteurs, l'assurance est une technique « *la technique de la solidarité par la mutualité* »<sup>848</sup>.

591. Il est bien évident que, contrairement à certaines pensées<sup>849</sup>, le recours des opérateurs d'assurance à la technique de sélection des risques n'exclurait pas, tout simplement, la solidarité existante entre les assurés. Il établirait, bien au contraire, une véritable solidarité entre l'ensemble des assurés et même pour un risque précisément défini<sup>850</sup>. La solidarité est par conséquent celle qui existe entre toutes les personnes conscientes d'être menacées d'un même risque et qui se réunissent dans un seul groupe de sorte que chaque membre accepte que les versements qu'il effectue contribuent, lorsqu'il n'a subi aucun sinistre durant une période déterminée, à indemniser ceux qui en ont subi durant la même période. Techniquement, ce groupe ainsi constitué peut aussi être dénommé « mutualité »<sup>851</sup>.

---

848 H. Groutel, F. Leduc, Ph. Pierre et M. Asselain, op., cit., p. 93.

849D. Lenoir, « Protection complémentaire : les dangers de développement concurrentiel », *Dr. Soc.*, n° 9 et 10 septembre 1995, p. 753 : selon lui « *La sélection des risques a des effets désastreux sur les techniques fondées sur la solidarité, dans la mesure où elle conduit, à la limite, à en nier la notion même. Elle est, comme on commence à le pressentir au travers des enquêtes de l'INSEE ou du CREDES à la source d'un développement des inégalités dans la couverture des risques. En outre, si la prévisibilité était totale – ce qui est hautement improbable – cela conduirait à remettre en cause (le voile d'ignorance) qui, selon P. Rosanvallon, est à la base même de la mutualisation.* » ; Ch. Gollier, *La Solidarité sous l'angle économique*, *RGDA.*, n° 3, 2002, p. 826.

850H. Groutel, F. Leduc, Ph. Pierre, et M. Asselain, op. cit., p. 94.

851B. Dubuisson, loc. cit., note n° 105, p. 107.

**592.** Il faut se rappeler que historiquement l'assurance a vu le jour comme une expression de la solidarité entre les membres d'une communauté exposée à des risques identiques<sup>852</sup>. La présence d'un « organisme », d'un ensemble formé par deux ou plusieurs personnes disposant d'un intérêt commun, quelle qu'en soit la nature (social, familial, financier, etc.) suppose une véritable solidarité comme rançon du profit que tire l'organisme de sa nature même<sup>853</sup>. Sur le plan social, cela veut dire qu'effectivement la solidarité a des chances de mieux fonctionner entre des assurés qui sont plus proches au sens technique de terme<sup>854</sup>.

**593.** Contrairement à la solidarité tarifaire retenue par la CJUE, la solidarité n'intervient pas uniquement au moment de la répartition des richesses. Elle n'a rien à voir avec un niveau d'organisation de la charité. Ainsi, au travers d'une société d'assurance, les individus ou les entreprises échangent des risques entre eux, les mutualisent de façon à ne pas supprimer l'incertitude mais à minorer ses effets négatifs<sup>855</sup>. La solidarité intervient tout au long de processus, à chaque fois qu'un groupe possède une connaissance ou un savoir-faire qui est capable d'aider un autre groupe dans le besoin. La solidarité peut être matérielle, intellectuelle, spirituelle et financière. Elle tient de la recherche et du partage des connaissances intellectuelles et des moyens technologiques pour minimiser les conséquences d'un risque<sup>856</sup>.

**594.** Cette solidarité serait-elle brisée ou influencée par sa soumission au droit de la concurrence ? Autrement dit, son efficacité serait-elle compromise par les contraintes imposées par le droit de la concurrence ? Ou au contraire, le droit de la concurrence favoriserait-il une mise en œuvre plus efficace de la solidarité entre risques identiques ? La réponse à ces différentes interrogations paraît elle assez difficile. Le caractère aléatoire de l'activité et la différence des objectifs d'une mutualité à une autre rendent cette tâche encore plus complexe. Cependant, il est tout à fait légitime de penser que le départ de certains assurés d'une mutualité afin d'intégrer une autre plus attractive au niveau de primes ou cotisations saurait condamner la solidarité existante entre l'ensemble des assurés d'une mutualité présentant une bonne garantie, avantageuse et cohérente aux primes ou aux cotisations. En d'autres termes, l'équilibre établi entre un nombre déterminé d'assurés au sein d'une mutualité pourrait à chaque fois être compromis en permettant, par le jeu de la concurrence, le départ de

---

852 *Ibid.* p. 106.

853 J. Kullmann, La solidarité sous l'angle juridique, *RGDA.*, n° 3, 2002, p. 812.

854 P. Peugeot, *La solidarité sous l'angle mutualiste*, *RGDA.*, n° 3, 2002, p. 831.

855 Doc., Sénat, Commission des finances, Rapport d'information n° 45, La situation et les perspectives du secteur des assurances en France, préc., note n° 102.

856 Fileane.com, « *Nos réseaux de vie : de l'assurance à la solidarité* », Mise en ligne le 11 août 2010, consulté le 18 février 2014, disponible sur le lien : [[http://www.fileane.com/interfaces/plan\\_du\\_site.htm](http://www.fileane.com/interfaces/plan_du_site.htm)].

certains assurés vers d'autres opérateurs d'assurance plus attractifs au niveau des prix. Ce qui conduirait en conséquence à mettre en péril le bon fonctionnement des opérateurs d'assurance et la couverture des assurés.

**595.** Par ailleurs, cette solidarité ainsi constituée entre l'ensemble des membres de la mutualité ne se manifeste pas similairement dans les différentes branches des marchés d'assurances et de la même façon dans l'ensemble des groupe mutualistes, étant donné que plusieurs paramètres peuvent intervenir et influencer son existence. Dans cet ordre d'idées, dans l'assurance obligatoire de responsabilité civile automobile souscrite par les automobilistes, lorsqu'un parmi ceux-ci représente un taux important de sinistralité pour la mutualité des assurés du parc automobile, la technique de sélection des risques pourrait inciter l'assureur soit à augmenter la tarification de sa prime ou de sa cotisation « régime bonus-malus », soit à résilier le contrat d'assurance avec cet automobiliste. Mais avec la création du bureau central de tarification (BCT)<sup>857</sup> cette possibilité a été éliminée. En effet, en cas d'augmentation de primes, de résiliation ou d'exclusion, les assurés victimes de ces mesures pourront, en portant plainte devant le BCT<sup>858</sup>, obliger leur assureur ou un autre de leur choix de les prendre en charge et selon les tarifications fixées même par celui-ci. Dans ce cas de figure, il est tout à fait raisonnable d'admettre l'existence d'une manifestation d'une solidarité renforcée mise en place entre l'ensemble des membres des groupes mutualistes, entre ceux représentant un taux très faible de sinistralité et ceux en représentant des taux plus élevés. À cet égard, l'assureur et l'ensemble des assurés, ainsi forcés d'être solidaires et d'accepter ces mauvais risques au sein d'une mutualité constituée entre bons risques, pourra-t-il réclamer des avantages concurrentiels en contrepartie de cette obligation ? Que sera-t-elle la position des autorités de la concurrence lors de l'application des règles du droit de la concurrence sur un opérateur comprenant un nombre non négligeable d'assurés représentant des taux élevés de sinistralité ? Ces autorités acceptent-elles qu'une opération de concentration par exemple, normalement anticoncurrentielle, soit validée en déclarant que la solidarité renforcée par la mise en place d'un grand nombre d'assuré permettrait d'établir une meilleure couverture avec un meilleur équilibre financier au sein de la mutualité établie entre les bons et mauvais assurés ? En cas d'une réponse positive que sera la solution concernant les autres branches des marchés d'assurance dans lesquels le BCT est autorisé d'intervenir ?

---

857Le BCT a été créé par la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 pour faire respecter l'obligation d'assurance de responsabilité civile auto. Le dispositif a ensuite été étendu en 1978 à l'obligation d'assurance de responsabilité décennale et de dommage ouvrage en assurance construction : article L. 243-4, puis aux garanties catastrophes naturelles en 1982 : article L. 125-6, et enfin à la responsabilité civile médicale en 2002 : article L. 252-1.

858Article L. 212-1 du Code des assurances.

**596.** À côté de cette potentielle nocivité portée à la solidarité établie entre assurés, d'autres techniques de solidarité établies entre les assureurs eux-mêmes peuvent être mis en péril par le jeu de concurrence.

### **B-Le dysfonctionnement de la solidarité établie entre les assureurs**

**597.** L'activité de l'assurance n'aboutit pas seulement à établir une solidarité entre les seuls assurés, d'autres techniques utilisées dans le secteur peuvent également établir une véritable solidarité entre les assureurs. La technique de coassurance est souvent utilisée entre les opérateurs d'assurance afin de couvrir les « grands risques », c'est-à-dire, les risques industriels, les risques du transport terrestre ou aériens, les risques des activités spatiales, etc<sup>859</sup>. En effet, leur coût de sinistralité est très élevé. Un seul assureur n'est souvent pas en mesure d'assurer l'ensemble de ces risques. Par conséquent, les différents opérateurs du secteur multiplient leurs efforts en créant entre eux une coassurance selon laquelle chaque opérateur prend en charge une part des risques jusqu'à ce que la totalité des risques soit couverte.

**598.** Sur le marché des assurances, cette forme particulière de coassurance peut refléter des effets anticoncurrentiels en vertu du droit de la concurrence, puisqu'il y a un véritable partage de la couverture des risques organisé entre un ensemble limité d'assureurs. Cela présume aussi l'existence d'un consensus entre l'ensemble des coassureurs sur le marché. Les règles du droit de la concurrence pourraient-elles condamner cette technique de solidarité constituée entre les assureurs visant à couvrir certains risques non-assurables individuellement ? Le droit européen de la concurrence est intervenu et a, sous certaines conditions, exempté par son règlement d'exemption par catégorie particulier au secteur des assurances les groupements de coassurance et de coréassurance de l'application des règles du droit de la concurrence<sup>860</sup>. En dehors de cette exemption particulière, cette forme de coopération entre un certain nombre ou l'ensemble des assureurs peut justifier l'exclusion de toute condamnation éventuelle des règles de concurrence européennes et nationales

---

859V., *supra*, n° 90 et s

860V., Articles 5 et 6, règlement n° 267/2010, préc.

tant que les restrictions portées à la concurrence par celle-ci sont moins importantes que ses avantages<sup>861</sup>.

**599.** Si afin de garantir la couverture des grands risques le législateur européen est intervenu et a exempté les groupements de coassurance et de coréassurance, une exclusion identique sera-t-elle envisageable pour garantir une couverture efficace des risques dits de « masse » ? Autrement dit, en cas de la conclusion des accords de réassurance ou de coassurance entre les assureurs afin d'établir une couverture plus étendue pour les risques de masse, les différentes manifestations de solidarité qui seront établies dans ce domaine justifieraient-elles une exclusion ou une modération de l'application des règles du droit de la concurrence ? Dans ce domaine, lorsque les règles de concurrence porteraient atteinte aux mécanismes de solidarité établis sur un marché déterminé, les règles de concurrence sauraient-elles être écartées ou au moins modérées ? Dans ce cas de figure, en l'absence de toute législation particulière, comme c'est le cas pour les risques de grande ampleur, les textes généraux relatifs à l'exemption peuvent intervenir pour tenter de préserver la solidarité qui pourra être constituée par de tels accords de coopération entre assureurs. Mais dans cette situation, une question demeure : quel niveau, quel mode, quel type d'organisation de la solidarité exclurait l'application du droit de la concurrence ? La pratique décisionnelle et jurisprudentielle est muette. Mais, une analyse du marché et la mise en place d'un bilan économique des opérations envisagées, au cas par cas, peut privilégier une exemption individuelle de telles conventions.

**600.** Si la pratique décisionnelle et jurisprudentielle n'a pas pour l'instant statué sur l'effet des règles de concurrence sur la solidarité établie en général dans le secteur des assurances, les autorités de concurrence européennes et nationales sembleraient privilégier une distinction entre deux formes de solidarité ; solidarité assurantielle et une subsidiante.

---

861 *Supra*, n° 399 et s.

## §2. Restrictions portées à la solidarité substantielle

**601.** À côté de la solidarité aléatoire ainsi décrite, il existe une solidarité que l'on peut qualifier de subsidante dès lors qu'elle implique des transferts entre les risques les moins exposés et les risques les plus exposés, c'est-à-dire entre ce qu'il est convenu d'appeler les « bons » et les « mauvais » risques. La solidarité subsidante peut résulter de l'intervention du législateur en vue d'organiser une solidarité obligatoire entre bons et mauvais risques qui ne résulterait pas spontanément des lois et pratiques du marché. Elle peut également être librement consentie entre les parties. Elle peut être tantôt volontaire, tantôt involontaire<sup>862</sup>.

**602.** La forme la plus achevée de cette solidarité se manifeste sans doute dans les régimes d'assurance relevant de la Sécurité sociale. Selon les analyses, ceux-ci se distinguent toutefois fondamentalement de l'assurance privée en ce qu'ils ne reposent en principe sur aucune sélection des risques à l'entrée et que les cotisations prélevées ne sont, en règle générale, pas calculées en fonction du degré d'exposition au risque. Le législateur européen n'a expressément pas exprimé l'effet de l'identification de la solidarité au sein des régimes de sécurité sociale sur l'application de la législation européenne en matière de concurrence ou l'atteinte que pourrait porter celle-ci à la solidarité établie à l'intérieur de ces régimes. Par ailleurs, la Commission européenne, au point 44 de son livre vert de 2004, a précisé que les règles du traité en général et du droit de la concurrence en particulier ne s'appliquent que dans les secteurs ayant la qualification économique et que ces règles ne s'appliquent pas tout simplement lorsqu'on a en présence une activité sociale. Puis, au

---

862B. Dubuisson, *loc. cit.*, p. 107.

point 45, il a cité les régimes obligatoires de base de sécurité sociale parmi les services et activités qui n'ont pas la qualification économique et sont considérées comme des activités sociales<sup>863</sup>. De son côté, la CJUE a eu l'occasion, comme on a vu précédemment, de se prononcer sur cette question. Elle a précisé que le droit européen ne peut pas porter atteinte à la compétence des États-membres pour aménager leur système de la Sécurité sociale<sup>864</sup>. Dans plusieurs arrêts portant sur des législations de la Sécurité sociale française, italienne et allemande, elle a déclaré que « *les règles de la concurrence ne visent pas les caisses de sécurité sociale (...) fondées sur le principe de la solidarité (...)* »<sup>865</sup>.

**603.** La préservation de la solidarité apparaît également plus substantielle en matière d'assurance collective et plus particulièrement d'assurance complémentaire à l'assurance de la Sécurité sociale. Cela d'autant plus qu'en droit national la clause de désignation qui était prévue à l'article L.912-1 du Code de la sécurité sociale a été annulée par le législateur suite à la décision du Conseil constitutionnel de 2013 déclarant l'inconstitutionnalité de la mesure en cause. Dans ce cadre de raisonnement, il sera aussi légitime de s'interroger sur la position à admettre vis-à-vis des opérateurs d'assurance qui accepteront de prendre en charge la couverture des régimes d'assurances complémentaires établis par les partenaires sociaux et dans le cadre des négociations collectives et même si aucune recommandation n'a été émise ?

**604.** En dehors des régimes de sécurité sociale, la CJUE a, à plusieurs reprises, déclaré que les règles du droit de la concurrence ne sont pas applicables à certains régimes d'assurance

---

863 Livre vert, Les services d'intérêt général, Commission de la Communauté européenne, COM/2003/0270 final, 21 mai 2003, *JOCE*, n° C/ 76, 25 mars 2004.

864 « *Il appartient à la législation de chaque État membre de déterminer le droit ou l'obligation de s'affilier à un régime de sécurité sociale et les conditions qui donnent droit à des prestations.* » : Arrêt du 7 février 1984, *DUPHAR*, C-238/82, préc., pt. 16 ; du 17 février 1993, *POUCET et PISTRE*, C-159/91 et C-160/91, préc., pt. 6 ; Et du 12 juillet 2001, *SMITS et PEERBOOMS* C-157/99, préc., pt. 44 à 46.

865 Arrêts du 17 février 1993, *POUCET et PISTRE*, C-159/91 et C-160/91, préc., validité de l'obligation de cotiser aux régimes des travailleurs indépendants d'assurance maladie de la CANAM et d'assurance vieillesse de la CANCAVA] ; Arrêt du 22 janvier 2002, aff. C-218/00, *CISAL*, préc., validité de l'obligation de cotisation au régime des travailleurs indépendants d'assurance contre les accidents du travail et les maladies professionnelles de l'INAIL (Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro) ; Arrêt du 16 mars 2004, *AOK Bundesverband*, C-264/01-, C-306/01, C-354/01 et C-235/01, préc., voir notamment pt. 46 et 57 sur la confirmation de la non application des règles de la concurrence à l'activité de nature non économique des Fédérations des caisses allemandes d'assurance maladie ; Arrêt du 27 octobre 2005, *NAZAIRDIS SAS*, C-266/04 à C-270/04, C-276/04 et C-321/04 à C-325/04 : voir notamment pt. 54 confirmant indirectement la non application des règles de la concurrence à l'activité exercée par la caisses françaises ORGANIC et CANCAVA qui ne constitue pas une activité économique ; Arrêt du 5 mars 2009, *KATTNER STAHLBAU GmbH*, C-350/07 : v., confirmation similaire au point 68 en ce qui concerne l'obligation d'affiliation à un régime allemand d'assurance contre les accidents du travail et les maladies professionnelles ; « La justification de cette exclusion est d'ailleurs ambiguë puisqu'elle oscille entre une exigence morale d'égal accès de tous à la prestation et le simple constat qu'une telle activité ne peut être assumée par l'initiative privée » : L. Driguez, *Droit social et droit de la concurrence*, Paris, *Forum européenne de la communication* ; Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 323.

complémentaire aux régimes de sécurité sociale. Dans tous ses arrêts relatifs aux régimes d'assurance complémentaire, la CJUE a donné l'importance à l'existence du principe de solidarité au sein de ces régimes d'assurance afin soit de les exclure de la qualification économique et par conséquent de la soumission au droit de la concurrence<sup>866</sup>, soit d'adapter cette application afin de préserver la solidarité établie entre l'ensemble des assurés de toute atteinte<sup>867</sup>. La solidarité retenue est une solidarité subsidiante qui se base, comme dans le régime d'assurance de base de sécurité sociale, sur une indifférence entre les taux des primes ou cotisations d'assurance et la gravité des risques, et en excluant toute sorte de techniques de sélection des risques qui pourraient être utilisées sur le marché.

**605.** Cette solidarité subsidiante n'est pas une particularité caractérisant uniquement les assurances obligatoires de base ou complémentaires de la protection sociale. Dans d'autres marchés d'assurance une solidarité similaire a pu résulter d'un consensus volontaire entre un opérateur d'assurance et des organismes représentant une catégorie d'assurés.

**606.** Dans ce cadre, l'assurance de la responsabilité civile professionnelle constitue le meilleur exemple à retenir. En effet, il est de coutume que ces assurances soient imposées par la loi à l'égard de différentes professions. Afin de faciliter l'inscription de ces assurances auprès des opérateurs d'assurance et d'obtenir des meilleures conditions en terme de qualité/prix pour tous les membres de la profession, les syndicats et les associations professionnels concluent souvent un contrat cadre d'assurance de groupe ou collective auprès d'un ou plusieurs opérateurs assureurs auxquels l'adhésion de l'ensemble des membres de la profession est souvent rendue obligatoire. Par conséquent, les assurés concernés s'y trouveront liés sans qu'ils puissent négocier individuellement les termes de contrats, les risques à prendre en charge, le montant des primes ou cotisation et le niveau de la garantie ou être assuré auprès d'une autre assureur.

**607.** Si cette catégorie de contrats d'assurance n'a pas fait l'objet d'une jurisprudence au niveau européen, elle a sollicité un conflit concurrentiel étendu au niveau national. Le Conseil de la concurrence dans le cas concernant la profession des avocats<sup>868</sup> a déclaré que les contrats d'assurance collectifs conclus par les ordres des avocats étaient soustraits aux interdictions émises par les règles du droit de la concurrence. Afin de justifier ses décisions, dans son raisonnement, le Conseil a déclaré que la solidarité instaurée par l'adhésion obligatoire au contrat collectif entre les

---

866*Supra*, n° 141 et s.

867CJUE, 3 mars 2011, aff., C-437/09, *AG2R Prévoyance c. Beaudout Père et Fils SARL*, pt 46.

868Cons. Conc., Déc., n° 03-D-03 et 03-D-04, 16 janvier 2003, préc.

bons et mauvais risques justifiait ces pratiques anticoncurrentielles. Selon le Conseil de la concurrence, les avantages qui résultent de l'adhésion obligatoire à un contrat d'assurance collective ne seraient pas obtenus en donnant à l'ensemble des assurés la liberté de souscrire leur contrat d'assurance responsabilité civile professionnelle auprès des opérateurs d'assurance de leur choix<sup>869</sup>.

**608.** Toutefois, il est important de noter que le Conseil de la concurrence n'a pas exclu de l'application des règles du droit de la concurrence que les contrats d'assurance collectifs conclus en satisfaisant à une obligation édictée par la loi. En revanche, lorsque ces contrats sont conclus sans que la loi le prévoie, ils portent atteinte à la concurrence établie sur le marché<sup>870</sup>. Donc le Conseil de la concurrence laisse entendre que dès lors que la loi ne le prévoit pas, la solidarité établie dans le cadre d'un contrat d'assurance collective ne peut justifier une exclusion de l'application des règles du droit de la concurrence. La position du Conseil de la concurrence, même si elle est convenable en l'espèce, ne peut pas tenir sans critiques. En effet, même si la souscription d'un contrat cadre n'est pas obligatoire en vertu des dispositions législatives ou réglementaires, le Conseil de la concurrence aurait-il appliqué les règles de concurrence à ce contrat d'assurance de groupe ? La solidarité résultant de tel contrat et bénéficiant à l'ensemble de la communauté des assurés, consommateurs finals, justifierait-il également une modération particulière des règles de concurrence ? Il semble que la réalisation des intérêts communs par le biais de la solidarité établie par ce type de contrat pour l'ensemble des assurés de la profession pourrait justifier l'écart ou au moins la modernisation de l'application des règles du concurrence et sans qu'il soit nécessaire de prendre en considération l'existence ou l'absence d'une obligation d'assurance imposée par la loi.

**609.** Pour finir, il faut souligner que la solidarité mise en place par la technique de la mutualité dans le secteur peut être négativement influencée par la concurrence. Le renforcement de la concurrence dans le marché européen et national attise indiscutablement la chasse aux bons risques et la volonté d'attirer certains segments de clientèle en vue de leur proposer une tarification appropriée. Ce sont nécessairement les risques dits « aggravés » qui font les frais d'une telle politique<sup>871</sup>.

**610.** La pratique décisionnelle et jurisprudentielle n'a pour l'instant pas précisé de façon générale ou particulière le préjudice que porteraient ou pourraient porter les différentes règles du droit de la concurrence à la solidarité mutuelle caractérisant le secteur des assurances. En l'absence de toute intervention législative particulière dans ce domaine, il appartiendrait aux autorités compétentes

---

869 *Ibid.*, considérant 45 et 55.

870 *Ibid.*, considérant de 57 à 62.

871 B. Dubuisson, *loc. cit.*, note n° 105, p. 107.

d'apprécier au cas par cas si l'application des interdictions du droit de la concurrence peut porter atteinte à la solidarité établie au sein de telle ou telle mutualité. Assurance et solidarité, c'est bien la même chose, à part ses degrés, nul ne peut le contester ici. En revanche, cette solidarité pourrait, sur un même marché, se manifester de différentes manières. Dans ce cas, lorsque la solidarité mise en place par un opérateur d'assurance présente un niveau plus élevé que la solidarité instaurée sur le même marché par un autre concurrent, les règles du droit de la concurrence pourraient-elles privilégier celui-là à celui-ci ou accorder des avantages sur le marché à l'un sans l'autre.

**611.** Actuellement, pour les autorités de la concurrence européenne et nationale, dès lors qu'une mutualité présente une solidarité subsidiaire c'est-à-dire tarifaire, que la loi le prévoit et que les avantages qui en résulteraient pour l'ensemble de ses membres l'emportent sur les intérêts individuels, les règles du droit de la concurrence ne doivent pas y porter un préjudice. L'application des règles de concurrence devrait, selon les cas, être écartée ou modérée. Si la justification et la motivation fournies par les autorités de la concurrence nationale et européenne afin d'exclure certains régimes d'assurances complémentaires de la soumission aux règles de concurrence peuvent être validées, la position ne serait convaincante vis-à-vis d'autres régimes d'assurances qui comportent une autre forme de solidarité. À cet égard, lorsque les prestations d'un régime d'assurance de base ou complémentaire obligatoire ne sont pas satisfaisantes et ne répondent pas aux besoins de l'ensemble ou de certains de leurs membres et que ces derniers recourraient à d'autres opérateurs d'assurance afin de couvrir ces risques, dans ce cas, la solidarité, au moins vis-à-vis de ces derniers, serait-elle satisfaisante dans la première forme d'assurance obligatoire ou dans l'autre forme d'assurance facultative ?

**612.** Pour préserver la solidarité établie dans le secteur des assurances, la solidarité lorsqu'elle est tarifaire<sup>872</sup> ne devrait pas être le seul critère à prendre en considération pour écarter ou adapter l'application des règles de la concurrence vis-à-vis des différents opérateurs du secteur. Ce qui sera cohérent et pertinent dans ce secteur est de veiller à préserver la solidarité et ses avantages dans son ensemble au sein des différentes mutualités. La concurrence sur le marché ne devrait pas la compromettre. Si les règles de concurrence ne doivent pas porter atteinte à la solidarité tarifaire, elles ne devraient pas non plus prendre la part dans la destruction de la solidarité mutualiste établie entre assurés.

**613.** Par ailleurs, si la solidarité établie dans le secteur conteste sa soumission aux règles de

---

<sup>872</sup>V., *supra*, note n° 583

concurrence, celles-ci pourraient, sans doute, nuire au rôle du secteur dans la réalisation des missions de service d'intérêt général. Dans certains cas particuliers, le secteur des assurances montre qu'il participe effectivement à la réalisation des objectifs de politique économique et social. Sur ce point également l'application du droit de la concurrence doit prendre en compte cette particularité.

## Section II-L'atteinte du droit de la concurrence au rôle du secteur des assurances dans la réalisation des services d'intérêt général

**614.** Les services d'intérêt général sont des prestations que doivent pouvoir recevoir tous les citoyens et qui doivent satisfaire à un certain niveau de qualité et avoir un coût abordable. Ils englobent à la fois des services économiques et non économiques d'intérêt général<sup>873</sup>. En droit de la concurrence, la notion de service d'intérêt général constitue un moyen de réalisation de l'équilibre entre l'objectif voulu de la mise en place du droit de la concurrence et les différents buts d'intérêt général<sup>874</sup>.

**615.** La politique que mènent aujourd'hui l'UE et ses États membres se traduit par la recherche de la réalisation des objectifs de progrès sur tous les niveaux économiques et sociaux. C'est ainsi que l'objet de différents textes du traité va dans ce sens. Il est vrai que le droit de la concurrence se traduit par la volonté de la libéralisation des différents systèmes économiques des États membres de l'UE mais dans son fondement la libéralisation tente à réaliser des progrès économiques et sociaux. À cette fin, le droit de la concurrence est considéré, selon la théorie de la « *concurrence-moyen* » comme un outil efficace pour la réalisation de ces objectifs. Or, lorsque les règles de concurrence constituent une restriction ou un obstacle à la réalisation de ces différents objectifs, la théorie de la « *concurrence-moyen* » permet, dans des cas très particuliers, que la concurrence soit écartée ou tempérée<sup>875</sup>.

---

873Cf., F. Colin, *op. cit.*, p. 214.

874Dans sa thèse, M. Clamour soutiens que les services d'intérêt général ne doivent pas se considérer comme un simple correctif de la concurrence mais comme l'expression d'objectifs communautaires de même valeur que ceux portés par la concurrence : V., G. Clamour, *Intérêt général et concurrence, Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, préc., p. 387.

875La mise en place de la politiques de concurrence européenne et française vise à garantir que la liberté de

**616.** En revenant à l'an 1666<sup>876</sup>, les immenses préjudices économiques et sociaux subis suite au grand incendie de Londres, était à l'origine de l'adoption définitive de la technique de mutualisation des risques. À partir de cette date, on a admis la naissance de premier opérateur d'assurance au sens strict de terme. Donc, afin d'éviter dans l'avenir de lourds préjudices résultant d'une catastrophe similaire, l'établissement de telle assurance avait essentiellement pour but la prévention et la protection contre ce risque.

**617.** On peut conclure dans ces circonstances que le régime d'assurance installé autrefois avait essentiellement pour finalité d'assumer prioritairement la protection d'un intérêt commun dans la société. Celui-ci était d'éviter de tomber dans les difficultés économiques et sociales résultant des sinistres de grande ampleur. Aujourd'hui, compte tenu de la diversité de ses formes et des opérations juridiques et économiques qu'elle facilite, il n'est guère surprenant que le secteur des assurances continue à présenter en France et en Europe, une importance sociale et économique considérable. D'un point de vue social, et malgré l'existence d'autres techniques permettant d'assurer une sécurité à priori ou à posteriori, elle est pour l'être humain le moyen privilégié de se prémunir contre les faits qu'il redoute<sup>877</sup>. D'un point de vue économique, et malgré la puissante capacité financière de certaines structures, elle est pour les entreprises le moyen préféré de prévention et d'assurance contre des dommages financiers et sociaux inhérents à l'exercice de l'activité économique. Avec l'implantation du secteur des assurances dans la société moderne et au fur et à mesure du désengagement de l'État dans les domaines économiques et sociaux, l'assurance réapparaît comme une monnaie clef d'accès à la protection, aux soins de santé, au crédit, à la propriété, à l'investissement, à la croissance...etc. La crise économique commencée depuis 2007 a bien montré le rôle essentiel du secteur des assurances dans ces différents domaines.

---

concurrence soit assurée et que les règles du marché puissent aboutir à la satisfaction des besoins des consommateurs (citoyens) selon les meilleures conditions en terme de qualité-prix, sans qu'une intervention étatique soit nécessaire et sans privilégier un ou certains opérateurs sans d'autres. L'application des règles du droit de la concurrence est considérée en France et en Europe, contrairement aux États-Unis qui la considère comme un objectif, comme un moyen afin d'aboutir à un objectif de réalisation des politiques économiques et sociales européens et nationales des États membres. Ainsi, lorsque le droit de la concurrence constituerait un obstacle à la réalisation des politiques économiques et sociales l'application de ses règles peut être gelée ou écartée pendant un certain temps. « *L'Union européenne n'est compétent que dans les limites fixées à l'article 3 TUE. Cela signifie que le principe de liberté de concurrence peut être écarté au profit d'un autre principe si ce dernier permet à l'Union de mieux remplir sa mission. La croissance économique et la sauvegarde de l'emploi pourraient par exemple justifier une limitation de la concurrence* » : L. Nícolás-Vullierme, *Droit de la concurrence*, Paris, Vuibert, 2e éd. 2011, p. 39 ; V., aussi L. Arcelin, *op. cit.*, p. 140 ; Le droit de la concurrence ne s'applique pas lorsque « *des missions d'intérêt général dont l'objet est de contribuer au maintien et à l'amélioration de la sécurité* » sont identifiées (CJCE 19 janvier 1994, aff., C-364/92, *SAT Fluggesellschaft c/ Eurocontrol* : D. 1995, jur. p. 33, note G. Lhuilier.

<sup>876</sup>Supra, n° 9 et 543.

<sup>877</sup>M. Chagny, L. Perdrix, *op. cit.*, p. 26.

**618.** Selon le paragraphe 2 de l'article 106 du TFUE « *les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général sont soumises aux règles de concurrence dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie* ». Depuis leur soumission aux règles du droit de la concurrence et en raison de leur participation à la réalisation des objectifs d'intérêt général, la pratique décisionnelle et jurisprudentielle a accepté d'écarter ou de modérer les exigences des règles de concurrence à l'égard de certaines catégories d'opérateurs d'assurance gérant des régimes d'assurance complémentaire liés à la prévoyance<sup>878</sup>. À côté de l'importance que joue et pourrait assumer le secteur des assurances concernant les risques sociaux, surtout avec la régression du niveau de couverture des régimes de base de sécurité sociale, le secteur assume également un rôle d'assistant social et financier au profit des victimes de l'activité humaine. Puis, avec la crise financière, le secteur des assurances affiche son dynamisme et sa capacité à dévier le cap afin de corriger ses causes et ses effets sur l'économie.

**619.** Les défis sociaux résultant aujourd'hui du recul des régimes de sécurité sociale et l'impuissance continue des pouvoirs publics et des acteurs économiques face aux défis croissants de la crise financière des années 2007 et 2008<sup>879</sup> stimulent de plus en plus le secteur des assurances à intervenir et prend la main afin d'y mettre terme.

**620.** Il est ainsi très important de veiller à ce que l'ouverture des marchés et l'application de la politique européenne et nationale de la concurrence ne portent pas préjudice au rôle qu'assument ou pourraient assumer les opérateurs d'assurance dans la réalisation des objectifs relevant des politiques économiques (§. 1) et sociales (§. 2) d'intérêt général<sup>880</sup>.

---

<sup>878</sup>*Supra*, n° 146 et s.

<sup>879</sup>V., Comm., UE. Comm., Cadre communautaire temporaire pour les aides d'état destinées à favoriser l'accès au financement dans le contexte de la crise économique et financière actuelle, *JOUE*, 22 janvier 2009, C 16/1 : consultable sur le lien suivant : [[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52009XC0122\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52009XC0122(01))].

<sup>880</sup>Il est intéressant de constater que l'assurance est en fait l'un des régulateurs majeurs de l'évolution des sociétés modernes, les modalités de leur assurance influençant directement de nombreux innovations et comportements économiques et sociaux : Pôle de compétitivité mondiale, Finance innovation, Premier livre blanc « L'innovation dans l'assurance », 2010, p. 6.

## § 1. Préjudices du droit de la concurrence à la réalisation des objectifs de politique économique d'intérêt général relevant du secteur des assurances

**630.** Au XIX<sup>e</sup> siècle, le fondateur d'un journal d'actualité, « *Le XIX<sup>e</sup> siècle* », le romancier Edmond About déclare que « *de tous les mécanismes qu'on a inventé pour réparer la destruction des capitaux existants et pour en constituer de nouveaux le plus ingénieux et le plus honnête est l'assurance* »<sup>881</sup>. Le Sénat souligne dans son rapport sur la situation et les perspectives du secteur des assurances en France « *Grâce à son rôle protecteur, l'assurance est un facteur de développement. Selon Horace Say, l'assurance est un remède contre le mal de l'incertitude, sans lequel le développement des entreprises humaines ne serait pas imaginable. Chaque branche d'entreprises ne tend à se développer que lorsque les chances de succès l'emportent de beaucoup sur les chances de mauvaise nécessité ou de perte. Le développement de l'assurance est la condition d'une économie complexe et hautement industrialisée* »<sup>882</sup>. Donc, il est important aujourd'hui d'évoquer l'énorme rôle qu'assument les différents opérateurs du secteur dans l'accomplissement des objectifs d'intérêt économique général. En effet, ils sont aujourd'hui considérés comme le seul levier du redéploiement pour la couverture des activités économiques, principale fonction assignée et reconnue au secteur<sup>883</sup>, d'abord par la qualité des protections offertes, qui est un facteur de confiance dans l'avenir, d'initiatives entrepreneuriales et de soutien de la consommation, mais aussi parce qu'elle permet de financer le développement économique<sup>884</sup>.

---

881J. Bigot ss dir., J.-L. Bellando, M. Hagopian, J. Moreau, G. Parleani, *op cit.*, p. 16.

882Doc., Sénat, Commission des finances, Rapport d'information n° 45, La situation et les perspectives du secteur des assurances en France, préc.

883Pôle de compétitivité mondiale, Finance innovation, Premier livre blanc, *loc. cit.*, p. 19.

884FFSA, rapport annuel 2006, disponible sur le lien: [[http://www.ffsa.fr/sites/jcms/fp\\_8800/le-rapport-annuel-ffsa](http://www.ffsa.fr/sites/jcms/fp_8800/le-rapport-annuel-ffsa)], p. 44.

**631.** À partir de ce constat, il faut prendre garde à ce que l'application des règles de concurrence au secteur des assurances ne cause de préjudices ni à la qualité de la protection garantie aux différents acteurs économiques (A) ni à son rôle dans le financement de l'économie (B).

### **A-La nocivité du droit de la concurrence à la protection de l'économie garantie par l'assurance**

**632.** Le secteur des assurances se caractérise par sa présence en amont et en aval dans la protection des différents secteurs économiques. En amont, dès lors qu'il est considéré comme le seul moyen de protection contre les potentiels risques résultant de l'exercice des activités économiques. Il permet la prise des risques puisqu'il favorisent leur prévention, permet leur gestion et apporte les garanties nécessaires aux activités des entreprises et des personnes dans l'entreprise. Ainsi, sera-t-il difficile de voir les acteurs des différents secteurs économiques se lancer dans l'investissement, la croissance, l'innovation technique et technologique, s'ils sont amenés à supporter individuellement les coûts de différents potentiels sinistres qui résulteraient de l'exercice de leurs activités<sup>885</sup>. Croissance économique et assurance sont étroitement liées. En protégeant les entreprises contre les dommages qu'elles pourraient subir ou causer, l'assurance favorise l'investissement, l'innovation et le lancement de nouveaux produits et services. En assurant une gestion collective des risques, l'assurance a un effet considérable sur l'économie : elle évite à chacun des acteurs économiques (particuliers comme entreprises) d'avoir à geler du capital pour sa propre sécurité. C'est donc une des plus grandes sources de liquidité du capital circulant. Le rôle de réduction des incertitudes a aussi des effets positifs sur la croissance, en facilitant les transactions, comme les gros achats des particuliers, et en diminuant le besoin de fonds propres des entreprises<sup>886</sup>. En aval, parce que sans les opérateurs d'assurance la plupart des acteurs économiques auraient du mal à continuer de fonctionner correctement et d supporter les coûts financiers en cas d'une grande sinistralité ou d'enchaînement des sinistres. L'assurance permet à tous les acteurs économiques de résister aux chocs qu'ils subissent<sup>887</sup>. Ainsi, en cas d'absence de l'assurance ou de son efficacité, le perdant final

---

<sup>885</sup>*Ibid.*, p. 7.

<sup>886</sup>Pôle de compétitivité mondiale, Finance innovation, Premier livre blanc, *loc. cit.*, p. 13.

<sup>887</sup>FFSA, Rapport annuel 2001, disponible sur le lien: [[http://www.ffsa.fr/sites/jcms/fp\\_8800/le-rapport-annuel-ffsa](http://www.ffsa.fr/sites/jcms/fp_8800/le-rapport-annuel-ffsa)], p. 2.

serait l'économie générale en terme d'emplois, de revenus et de ressources d'État.

**633.** Il est incontestable que la compétitivité ou la concurrence entre les différents opérateurs du secteur pourrait avoir pour effet positif de baisser les taux des primes ou des cotisations d'assurances mais cela pourrait également avoir des effets néfastes sur la qualité des services fournis en terme de contenu et d'étendue de la garantie et de la politique d'indemnisation. En d'autres termes, lorsqu'un opérateur d'assurance contiendrait ou garderait un nombre très important d'entreprises assurées au sein de sa mutualité, sa capacité d'évaluation, de prévention et de prise en charge des risques serait plus effective et efficace pour les entreprises et l'économie en général. En cas de concurrence et de partage des parts des marchés entre plusieurs opérateurs d'assurance, les entreprises représentant des moyens et grands risques auraient du mal à trouver sur le marché des produits et services d'assurance satisfaisant à ses besoins. Dans ce cas, le recours à la technique de la réassurance ou de la coassurance pourrait également augmenter les taux des primes ou cotisations en raison des commissions que devaient être payées aux intermédiaires comme les courtiers et les agents généraux d'assurances. En outre, en raison, notamment, d'une concurrence internationale importante, le prix que devrait appliquer les assureurs en contrepartie de la sécurité financière qu'ils offrent ne pourrait être atteint<sup>888</sup>.

**634.** Il ne faut pas oublier que les risques font partie de la vie des affaires et plus particulièrement de l'activité des opérateurs d'assurance, la soumission du secteur à la concurrence pourrait avoir pour effet d'empêcher ou de ralentir l'adaptation des opérateurs d'assurance à ceux-ci. Le manque d'expérience, l'ignorance de nouveaux risques et le partage des assurés entre un certain nombre d'opérateurs d'assurance constituent des éléments essentiels et primordiaux de la prise en charge ou non de certains nouveaux ou grands risques. Par conséquent, cela affecterait négativement le développement économique et la croissance financière dans les différents secteurs économiques<sup>889</sup>.

**635.** En droit de la concurrence, les autorités européennes compétentes avait déjà exclu l'interdiction des aides d'État sur le marché de l'assurance des risques liés à l'exportation<sup>890</sup>. Par la dernière modification de 2010, la Commission a indiqué qu'un manque de capacité d'assurance ou de réassurance des risques cessibles persistait suite à la crise financière actuelle. Par conséquent,

---

888FFSA, rapport annuel 1995, disponible sur le lien : [[http://www.ffsa.fr/sites/jcms/fp\\_8800/le-rapport-annuel-ffsa](http://www.ffsa.fr/sites/jcms/fp_8800/le-rapport-annuel-ffsa)], p. 33.

889Cf., « *L'anticipation des risques dans l'entreprise* », Colloque du 31 janvier 2014, organisé par l'université de La Rochelle, RLDA n° 91, 1 mars 2014.

890Supra, n° 457 et s.

une intervention publique pouvait se justifier concernant ces risques. Donc, la défaillance du marché traditionnel d'assurance pour prendre en charge les risques liés à l'exportation, résultant de la crise financière actuelle, a permis d'exonérer temporairement les aides d'État de l'interdiction de l'article 107, 1 TFUE<sup>891</sup>. Toutefois, ces aides avaient été accordées à certaines entreprises au lieu de la généraliser pour l'ensemble des opérateurs susceptibles d'offrir une telle couverture<sup>892</sup>.

**636.** *In fine*, l'efficacité des marchés d'assurance affecte positivement ou négativement l'économie générale dans son ensemble. Le fait que les différents opérateurs du secteur soient exposés à la concurrence peut constituer une restriction et causer des préjudices inévitables à la réalisation de divers services et objectifs d'intérêt économique.

**637.** À côté de l'ensemble de ces risques économiques, les règles du droit de la concurrence pourraient affecter les immenses moyens de crédit et d'investissement attribués au secteur.

## **B-La nocivité du droit de la concurrence au rôle de l'assurance dans le financement de l'économie**

**638.** Le secteur des assurances assume une mission essentielle dans le développement de l'économie. Source de progrès pour tous et de performances économiques pour la France et pour l'Europe, l'assurance est un des secteurs d'activité qui participe activement au financement de la dette publique<sup>893</sup>, au retour de la croissance et de l'emploi<sup>894</sup>.

**639.** D'une part, il est incontestablement le premier investisseur en terme de placements dans les différentes entreprises de tous les secteurs de l'économie réelle et productive. Les sommes

---

891Comm., CE., Comm., modifiant la période d'application de la communication de la Commission aux États membres, faite conformément à l'article 93, 1 du traité CE, concernant l'application des articles 92 et 93 du traité à l'assurance-crédit à l'exportation à court terme, *JOUE* C 329/06, 7 décembre 2010.

892*Supra*, n° 461

893Les assureurs continuent à soutenir la dette publique. Les obligations garanties par l'État représentaient, à la fin 2011, 31% de leurs placements. Ils ont encore été en 2011, comme depuis de nombreuses années, les principaux détenteurs résidents de la dette publique française : FFSA, rapport annuel 2011, disponible sur le lien : [[http://www.ffsa.fr/sites/jcms/fp\\_8800/le-rapport-annuel-ffsa](http://www.ffsa.fr/sites/jcms/fp_8800/le-rapport-annuel-ffsa)], P. 7.

894FFSA, rapport annuel 2012, disponible sur le lien : [[http://www.ffsa.fr/sites/jcms/fp\\_8800/le-rapport-annuel-ffsa](http://www.ffsa.fr/sites/jcms/fp_8800/le-rapport-annuel-ffsa)], p. 4.

considérables que les compagnies d'assurance prélèvent sous la forme de prime doivent être placées pour la sécurité des assurés et des victimes puisqu'elles garantissent l'exécution des obligations. Ces masses de capitaux apportent à l'État et aux collectivités locales des ressources considérables et en conséquence permettent de couvrir une part importante des emprunts publics<sup>895</sup>. D'autre part, les différents opérateurs du secteur sont considérés comme des établissements de crédit aussi important dans le financement des entreprises que les établissements de crédit traditionnels. Ce rôle s'est manifesté et accentué plus récemment au lendemain de l'éclatement de la crise financière de fin et début des années 2007 et 2008 et ayant pour conséquence l'effondrement du système traditionnel de crédit<sup>896</sup>. Depuis cette date, les différents opérateurs du secteur, et surtout ceux fonctionnant sur les marchés d'assurances vie, apparaissent comme un moyen de crédit et de relance de l'économie. Aujourd'hui, l'écho des appels lancés par les pouvoirs publics au secteur afin de soutenir et de prendre en charge le rôle que jouaient les établissements traditionnels de crédit se fait entendre dans tous les domaines économiques.

**640.** Pour permettre à ce pilier de l'économie de jouer son rôle, encore faut-il lui assurer un environnement concurrentiel stable et indispensable afin de mieux le lui permettre et de l'encourager à investir dans les différents marchés économiques et sans craindre une concurrence fictive ou fautive, une appréciation très difficile tant que le secteur se caractérise par le principe de cycle de production inversée<sup>897</sup>.

**641.** Il convient aussi de ne pas pénaliser le secteur par un objectif concurrentiel. La concurrence peut jouer un rôle bénéfique dans le secteur pour les opérateurs et les consommateurs, à condition qu'elle soient appropriée à ses particularités et sans porter atteinte à son rôle d'investisseur. À défaut, l'économie « en période de crise » risque de brider un des plus puissants investisseurs et de retarder d'autant la reprise. Pour l'économie, ce secteur soutient massivement l'activité économique en

---

895Par les placements qu'elles doivent faire en contrepartie de leurs engagements envers les assurés, les sociétés d'assurances participent directement au financement des entreprises, des collectivités locales, de l'État. Les placements ont ainsi contribué au financement de la construction d'autoroutes, de barrages hydroélectriques... à titre d'exemple, on estime que plus de 50 % du quartier de la Défense a été financé par les assureurs. En 2013, la contribution de l'assurance au financement de l'économie soulève pour atteindre 1 940,1 milliards d'euros, majoritairement en direction de financement des entreprises (58% des actifs) : FFSA, rapport annuel 2013, disponible sur le lien : [[http://www.ffsa.fr/sites/upload/docs/application/pdf/2014-06/ffsa\\_ra\\_2013\\_25-06\\_light.pdf](http://www.ffsa.fr/sites/upload/docs/application/pdf/2014-06/ffsa_ra_2013_25-06_light.pdf)], p. 62.

896Selon la Commission Européenne dans sa communication de 2009 « [...], du fait de la crise qui sévit sur les marchés financiers, les banques ont recours au mécanisme de l'effet de levier inversé et prennent moins de risques qu'au cours de ces dernières années, avec pour conséquence un resserrement du crédit. On peut s'attendre à ce que cette crise financière entraîne un rationnement du crédit, un effondrement de la demande et une période de récession » : Comm., UE., Comm., Cadre communautaire temporaire pour les aides d'état destinées à favoriser l'accès au financement dans le contexte de la crise économique et financière actuelle, préc.

897*Supra.*, n° 38.

France<sup>898</sup>. Toute une concurrence forte et acharnée entre les différents opérateurs d'assurance pourrait affecter négativement les réserves financières des différents opérateurs du secteur. Ce qui réduirait en conséquence l'importance des placements ou des crédits accordés dans les différents secteurs économiques dans l'Union Européenne et ses États membres.

**642.** Les autorités compétentes de la concurrence européenne et nationale n'ont pas eu l'occasion, contrairement au secteur bancaire<sup>899</sup>, de mettre en place un document reconnaissant le rôle d'intérêt général du secteur des assurances dans l'économie européenne et nationale. Par contre, dans certains cas conflictuels très particuliers, elles ont fait référence aux règles générales du droit de la concurrence françaises (article 420-4 Code de commerce) et européennes (106 TFUE) afin d'exclure certains accords et pratiques des interdictions des règles du droit de la concurrence en raison de leur participation à la réalisation des services d'intérêt économique général. Pour le droit européen, le deuxième paragraphe de l'article 106 TFUE dispose que « *les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union* ». Bien que le terme des services d'intérêt économique général ne figure pas dans les textes du droit français de la concurrence, l'alinéa 1 de l'article L. 420-4 du Code de commerce dispose que « *ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et 420-2 les pratiques : 2° Dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause* ».

**643.** Si ces deux textes ont le même objectif, ils présentent des difficultés d'interprétation et d'analyse pour plusieurs raisons. Tout d'abord, le contenu des deux textes n'est pas similaire. Le

---

898FFSA, rapport annuel 2012, disponible sur le lien : [[http://www.ffsa.fr/sites/jcms/fp\\_8800/le-rapport-annuel-ffsa](http://www.ffsa.fr/sites/jcms/fp_8800/le-rapport-annuel-ffsa)], p. 10.

899La Commission a adopté en 1998 un rapport au Conseil des ministres sur les services d'intérêt économique général dans le secteur bancaire, établi sur la base des réponses à un questionnaire envoyé à tous les États membres. Les résultats de cette enquête ont fait apparaître que, pour plusieurs États membres, certains établissements de crédit accomplissent des missions particulières qui constituent des services d'intérêt économique général. Ces missions sont essentiellement le développement des petites et moyennes entreprises, l'octroi ou le cautionnement de crédits à l'exportation, l'octroi de prêts pour la construction de logements sociaux, les prêts aux communes, le financement de projets d'infrastructure et le développement régional : Comm. CE. Comm., Les services d'intérêt général en Europe, Bruxelles, *JOCE*, n° C/017, 19 janvier 2001, pt. 20.

droit européen vise les « *services d'intérêt économique général* », alors que le droit français indique les pratiques qui assurent ou peuvent avoir pour effet d'assurer « *un progrès économique* ». De plus, les deux textes n'apportent aucune définition concernant ces notions. Il est ainsi difficile, dans l'état actuel, de mettre des notions claires et non-équivoques pour ces termes auxquels les deux textes font référence afin de justifier l'exclusion de certaines activités ou pratiques particulières d'assurance de l'application des règles du droit de la concurrence. Cependant, dans un souci pédagogique la Commission a mis en place des méthodes d'analyse claires et transparentes nous permettant de déterminer si l'on est en présence ou non des services d'intérêt économique général<sup>900</sup>.

**644.** Ainsi, la participation des différents opérateurs du secteur dans la réalisation de différents objectifs de politiques d'intérêt économique général peut solliciter l'attribution des avantages ou privilèges anticoncurrentiels. Toutefois, la participation du secteur dans la réalisation des politiques d'intérêt général ne concerne pas seulement l'économie puisque la réalisation des objectifs de politique sociale serait aujourd'hui liée de plus en plus au secteur des assurances.

---

900Comm. CE., Comm., Les services d'intérêt économique général en Europe, Bruxelles, *JOCE* C 281 du 26.9.1996, p. 3 ; Comm., Les services d'intérêt général en Europe, Bruxelles, *JOCE*, n° C/017, 19 janvier 2001, p. 4 à 23 ; Comm. CE., Livre vert, Les services d'intérêt général, COM/2003/0270 final, 21 mai 2003, *JOCE*, n° C/ 76, 25 mars 2004 ; Comm. CE., Livre blanc, Les services d'intérêt général, COM (2004) 374 final, Bruxelles, 12 mai 2004.

## § 2. Préjudices à la réalisation des objectifs de politique sociale relevant du secteur des assurances

**645.** Une des spécificités du secteur des assurances réside dans la difficulté de déterminer la frontière entre les activités de marché et les activités dites « sociales », non soumises à la concurrence<sup>901</sup>. Que l'activité des actuelles caisses de sécurité sociale ne soit pas, selon les autorités nationale et européenne, une opération économique mais sociale, n'a pas pour conséquence d'exclure le caractère social de l'activité des entreprises traditionnelles d'assurance<sup>902</sup>. Les compagnies d'assurances qui font exactement la même tâche (garanties décès, maladie, chômage, invalidité, par exemple lorsqu'elles garantissent le remboursement d'un crédit immobilier, ou lorsqu'elles offrent une protection complémentaire à la Sécurité sociale) auraient-elles une activité sociale ?<sup>903</sup>

**646.** La participation du secteur des assurances à la réalisation des services d'intérêt général ne se

---

901FFSA, « *La concurrence en assurance est-elle originale ?* », Atelier 4 organisé par la FFSA, les entretiens de l'assurance – 2002, p. 44.

902Pour les organismes gérant des régimes de base de sécurité sociale : Cass. crim., 17 mars 1992, *Bull. crim.*, n° 114 : deux arrêts rejetant l'idée d'une question préjudicielle sur l'application à la Cancava de l'art. 85 du Traité CEE, reprenant les motifs des Cours d'appel de Montpellier, « *Les OSS gérant le régime des professions artisanales se sont vu conférer par le législateur, eu égard au but d'intérêt général et au régime exorbitant du droit commun auxquels ils sont soumis, une mission de service public et un statut particulier qui ne sauraient en rien les assimiler à des entreprises soumises à la loi du marché et au principe de libre concurrence* », et de Nîmes, « *La législation sociale a ses particularités dérogatoires* », ajoutant « *la caisse nationale chargée... du régime légal de l'assurance vieillesse des artisans selon les principes de répartition et de solidarité nationale énoncés aux art. L. 111-1 à L. 111-4 CSS n'exerce aucune activité commerciale, économique ou spéculative et n'entre pas, dès lors, dans la catégorie des entreprises assujetties aux prescriptions des art. 85 et 86 du Traité CEE* » ; Cass. com., 6 avr. 1993, *Bull. civ. IV*, n° 137 : ne donne aucune explication pour écarter les art. 7 et 8 de l'ordonnance française de 1986 et les art. 85 et 86 du Traité de Rome ; Pour des organismes gérant un régime de prévoyance décès complémentaire, qui seraient dotés d'une « mission sociale » : Cass. soc., 10 mars 1994, *Bull. civ. V*, n° 87 ; *Rapport, Cour de cassation 1994*, p. 301 ; CJCE, 17 févr. 1993, Poucet et Pistre, préc.

903Ch. Mouly, « Sécurité sociale et concurrence : une réforme constitutionnellement possible », *D.* 1996, p. 25

limite pas uniquement dans la réalisation des objectifs de politique économique. L'objectif commercial des activités d'assurances n'aura pas empêché la participation du secteur à la réalisation de certains services sociaux d'intérêt général. Les assurances collectives ou de groupe se sont d'ailleurs développées en France suite aux échecs de la loi du 13 juillet 1930 relative à la protection sociale<sup>904</sup>. Les modes de fonctionnement mutualiste adoptées par les différents opérateurs du secteur participent également à la réalisation des objectifs de politique sociale. Dans son évolution historique, l'assurance a toujours répondu à un besoin de protection face au risque. Elle demeure l'une des grandes sources du progrès social et du mieux vivre<sup>905</sup>. Sa soumission à la concurrence comporterait une potentielle atteinte à la réalisation des objectifs de protection sociale (A) mais également à la contribution au progrès social (B).

#### **A-La détérioration du système de protection sociale relevant du secteur des assurances**

**647.** La Sécurité sociale a d'abord été organisée par l'État et par la loi. Mais quelle que soit sa place dans la nation, elle demeure entourée d'une série d'institutions parallèles qui souvent l'ont précédée ou qui prolongent son action. Un souci de protection contre les risques sociaux se manifeste aussi en dehors de la Sécurité sociale<sup>906</sup>.

**648.** Le lendemain de l'adoption des régimes de sécurité sociale à la fin de la deuxième guerre mondiale et afin de couvrir les risques dits « sociaux »<sup>907</sup> dans le cadre des régimes généraux de base de sécurité sociale, les pouvoirs publics en France et dans la plupart des États européens ont consacré la technique de la mutualisation des risques propres au secteur des assurances. Si ces régimes ont prouvé, en France et dans la plupart des États-membres de l'Union Européenne, leur

---

904M. Bigot-Gonçalves, *Les assurances de groupe*, Aix-En-Provence, Presses Universitaires, 2009, p. 70.

905Pôle de compétitivité mondiale, *loc. cit.*, p. 10

906J-P. Chauchard, J-Y. Kerbour'h et Ch. Willmann, *op. cit.*, p. 84

907Les risques liés à la personnes comme les risques maladies, maternités, invalidité, chômage, retraite, décès. La loi du 5 avril 1928 a ainsi donné naissance aux assurances sociales réalisées par des caisses spéciales relevant d'un statut autonome échappant au secteur privé. Ces assurances sociales furent généralisées en 1945 par l'institution de la Sécurité sociale qui a intégré l'assurance contre les accidents du travail avant de créer des assurances complémentaires et de nouveaux régimes sociaux : H. Groutel, F. Leduc, Ph. Pierre, et M. Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, *op. cit.*, p. 1719 et s.

efficacité sociale durant toute la période depuis l'après seconde guerre, leur coût a causé aux budgets des États-membres et particulièrement en France des déficits entretenus<sup>908</sup>.

**649.** La nécessaire maîtrise des dépenses publiques de la Sécurité sociale<sup>909</sup> ne peut permettre aux régimes obligatoires d'y pourvoir seuls sans réduire le niveau des prestations ou les taux de prise en charges. Les assureurs sont désormais appelés à exercer leur métier dans la gestion des risques de l'existence dont ils étaient pratiquement exclus depuis une soixantaines d'années. Dans le contexte de ces difficultés et du recours à deux variables d'ajustement, l'augmentation du taux des cotisations et le déremboursement de certaines prestations sociales, la prise en charge privée du coût non socialisé ou abandonné de ces risques est devenue une réalité<sup>910</sup>. C'est à partir de ce mouvement que l'importance des opérateurs d'assurance dans la couverture des risques apparaît la plus audacieuse au niveau social. L'assurance privée conserve ainsi, à côté des régimes de sécurité sociale, un rôle complémentaire afin de donner une sécurité plus rationnelle<sup>911</sup>. Au fur et à mesure que les régimes obligatoires de sécurité sociale se déchargent de l'étendue et du contenu de certaines garanties sociales comme celles couvrant les frais des soins médicaux, de la retraite et de la dépendance, l'appel se fait de plus en plus aux différents opérateurs du secteur afin d'assurer la couverture de ces risques<sup>912</sup>. Les opérateurs d'assurance complémentaire ont montré qu'ils sont des acteurs de premier plan en complétant le champ des régimes sociaux dans les domaines tels que la santé, le dentaire, et de l'optique, et en développant un certain nombre de garanties qui ne sont pas couvertes par ceux-ci comme l'allocation de chômage des entrepreneurs ou des chefs d'entreprises<sup>913</sup>.

**650.** Un conflit concurrentiel très important a été animé pendant très longtemps contre le monopole accordé aux mutuelles et institutions de prévoyance pour la couverture collective de ces risques sociaux. Bien que les pouvoirs publics et les autorités de concurrence européenne et nationale aient accepté d'ouvrir les marchés concernant ces risques à tous les opérateurs du secteur quel que soit leur statut<sup>914</sup>, ils ont accepté, en revanche, que les monopoles instaurés dans ces marchés restent

---

908Malgré une légère amélioration du déficit de la Sécurité sociale, on estime que celui-ci a atteint 12,8 milliards d'euros en 2015 après une légère recule en 2014 : « *Chiffres clés 2014 de la Sécurité sociale* », disponible sur le lien : [<http://www.securite-sociale.fr/>], mise à jour le 14 septembre 2015, Document consulté le 8 décembre 2015.

909Ch. Eckert, secrétaire d'État au budget est ambitieux. L'objectif du déficit de la Sécurité sociale est de 9,7 milliards d'euros en 2016 : Entretien sur BFMTV, 24 septembre 2015, à 13h21.

910H. Groutel, F. Leduc, Ph. Pierre, et M. Asselain, *op. cit.*, p. 1721.

911Y. Lambert-Faivre et L. Leveur, *op. cit.*, p. 17.

912En 2011, 14% de la consommation de soins et de biens médicaux a été financé par les organismes d'assurances complémentaires. Et ce sont 6 MD€ de prestations ont été versées sous forme de rentes par les organismes assureurs au titre de la retraite face à 275 milliards d'euros au titre de la retraite obligatoire : FFSA, rapport annuel 2011, disponible sur le lien : [[http://www.ffsa.fr/sites/jcms/fp\\_8800/le-rapport-annuel-ffsa](http://www.ffsa.fr/sites/jcms/fp_8800/le-rapport-annuel-ffsa)], p. 28 et 31.

913Pôle de compétitivité mondiale, *loc. cit.*, p. 10.

914Loi N° 89-1009 qui a ouvert aux organismes assureurs le marché de la prévoyance complémentaire.

conservés en contrepartie de la prise en charge des obligations relevant de service d'intérêt général<sup>915</sup>. En lisant l'évolution de la pratique décisionnelle et jurisprudentielle européenne et nationale on s'aperçoit que les autorités de concurrence n'ont pas vraiment condamné le monopole en lui-même. Selon celles-ci, les avantages sociaux qui en résultaient n'auraient pas pu être obtenus par l'établissement d'une concurrence effective sur ce marché. La condamnation a visé le fait d'accorder des avantages et privilèges à certains opérateurs déterminés sur le marché de la couverture complémentaire, et la manière selon laquelle le monopole a été accordé<sup>916</sup>.

**651.** La solution adoptée et soutenue par les différentes autorités compétentes nationales et européennes peut servir d'exemple pour d'autres risques sociaux comme celui de la dépendance. Si l'on estime que la dépendance va globalement augmenter d'ici 2040 entre d'environ 1,7 million à 2,2 millions de personnes dépendantes selon INSEE<sup>917</sup>, la réaction pour faire face à ce risque doit être convenable. Il est sûr que dans son état actuel, la Sécurité sociale ne peut pas supporter seule la charge financière de ce risque estimé coûteux. Il faudra pouvoir sensibiliser au risque de dépendance les populations en promouvant des mécanismes incitatifs. Les opérateurs d'assurance ont un rôle très important à jouer concernant l'information, la prévention et la protection des populations contre ce risque. L'exercice acharné de la concurrence dans le contexte de l'ouverture des marchés au niveau national et européen ne doit pas empêcher de promouvoir la couverture de ce type de risque<sup>918</sup>. Une concurrence sur ce marché complémentaire pourrait porter un grand préjudice social dû à la baisse de la qualité et de l'étendue de l'indemnité de ce type de risque.

---

915 Depuis longtemps, les assurances santé participent, en complément des régimes obligatoires d'assurance maladie, au remboursement des frais de soins et de biens médicaux : l'étendu de la garantie varie de la prise en charge du seul ticket modérateur au remboursement plus ou moins important des frais non couverts par la Sécurité sociale, au versement d'indemnités qui compensent les pertes de revenus résultant d'un arrêt de travail ou d'une invalidité. Les sociétés d'assurances proposent notamment des contrats individuels sans sélection ni questionnaire médical, et sans exiger de l'assuré qu'il appartienne à une catégorie professionnelle particulière. Les entreprises peuvent également souscrire des contrats collectifs pour leurs salariés : FFSA, rapport annuel 2005, disponible sur le lien : [\[http://www.ffsa.fr/sites/jcms/fp\\_8800/le-rapport-annuel-ffsa\]](http://www.ffsa.fr/sites/jcms/fp_8800/le-rapport-annuel-ffsa), p. 23.

916 CJCE, 17 février 1993, *Christian Poucet contre Assurances générales de France et Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon*, aff., 159/91 et 160/91, préc. ; CJCE, 16 novembre 1994, *FFSA e.a. Ministre/agriculture et de la pêche*, aff. c-244/94, préc. ; CJCE, 12 septembre 2000, *Pavel Pavlov e.a et Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, préc. ; CJCE, 22 janvier 2002, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas contre Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)*, aff. C-218/00, préc. ; CJCE, 3 mars 2011, *AG2R Prévoyance contre Beaudout Père et Fils SARL*, aff. c-436/09, préc. ; Cons. Const., Déc., 13 juin 2013, n° 2013-672 ; *supra*, n° 484.

917 FFSA, Rapport annuel 2010 : disponible sur le lien [\[http://www.ffsa.fr/sites/jcms/fp\\_8800/le-rapport-annuel-ffsa\]](http://www.ffsa.fr/sites/jcms/fp_8800/le-rapport-annuel-ffsa), p. 23.

918 *Idem*, p. 18.

## **B-La destruction d'autres objectifs de politiques sociales relevant du secteur des assurances**

**653.** La participation du secteur des assurances à l'exécution des services sociaux relevant de l'intérêt général ne se limite pas aux seules assurances complémentaires liés aux régimes de protection sociale. Les assurances sur la vie, les assurances accidents et maladies ne sont que des exemples. L'assurance rend en outre possible la réalisation de nombreux projets personnels à caractère social. En réparant les conséquences de désastres, d'incendies, d'explosions, d'inondations, d'accidents... l'assurance aide les personnes touchées par un sinistre à se sortir de situations qui, sans elle, se révéleraient catastrophiques<sup>919</sup>.

**654.** L'assurance de la responsabilité civile contre les dommages causés aux tiers attribue au secteur des assurances son rôle social le plus répandu. Elle constitue la garantie unique de la stabilité sociale au sein des États membres de l'UE. Sans le secteur des assurances, les règles relatives à la responsabilité civile seraient restées des vœux pieux. Le but essentiel de celles-ci est de protéger efficacement les tiers au cas où ils seraient victimes de l'agissement d'une personne dont le patrimoine ne saurait supporter une quelconque indemnisation<sup>920</sup>. L'assurance a accompagné et permis le développement de la responsabilité civile<sup>921</sup>, au point que la responsabilité semble aujourd'hui trouver ses limites là où l'assurance de responsabilité ne peut plus suivre. Les garanties de l'assurance de responsabilité civile répondent souvent à des risques dits « naturels » ou « sociaux »<sup>922</sup>. La protection des victimes que visent les règles de la responsabilité civile constitue un objectif d'utilité sociale dont la réalisation et la garantie ne peuvent être assumées que dans le cadre de l'assurance. Le législateur l'a reconnu en édictant des assurances obligatoires dont le

---

919FFSA, Rapport annuel 2005 : disponible sur le lien [[http://www.ffsa.fr/sites/jcms/fp\\_8800/le-rapport-annuel-ffsa](http://www.ffsa.fr/sites/jcms/fp_8800/le-rapport-annuel-ffsa)], p. 7.

920A-Th Lemasson, « Réflexion générale sur le droit commun de l'assurance obligatoire », *RGDA*, 1 avril 2011, n° 2011-02, 2. Les finalités de l'obligation d'assurance, p. 426.

921Il serait en effet illusoire pour les tribunaux de l'État de condamner lourdement un responsable totalement insolvable. L'existence de l'assurance obligatoire leur permet ainsi de prononcer la réparation intégrale des préjudices pour lesquels on eût peut-être jadis seulement accusé « la fatalité ». C'est ainsi sur le fondement de l'article 1384 du Code civil que la jurisprudence a progressivement dégagé, à partir de la fin du XIXe siècle, une responsabilité sans faute des employeurs pour réparer les accidents survenus au travail : v., *Idem*, p. 427.

922B. Beingier, *op. cit.*, p. 16.

nombre ne cesse de croître<sup>923</sup>. Là encore, lors de l'application des règles du concurrence à ces activités, il sera nécessaire de prendre en compte cette particularité et à ce que la concurrence ne porte pas atteinte à l'utilité qu'elles sauraient assumer au niveau social.

**655.** À tout cela s'ajoute que la logique de l'assurance veut que les adhérents mènent des efforts de prévention pour limiter la survenance des risques. La prévention a toujours été au cœur du métier de l'assurance, qui concourt à responsabiliser les assurés par sa tarification du risque et les mesures imposées par les contrats. Le système de gestion de risques a été introduit par les mutuelles industrielles américaines « *Factory mutual* ». Il s'agit d'une sorte d'intégration dans le corps de la mutuelle de ceux qui respectent un certain nombre des règles de prévention des risques hautement protégés. En France, on aurait tendance par rapport au cas de la mutuelle des motards, à dire que c'est une sorte de « *Factory mutual* », pour les risques de particuliers, qui implique les adhérents dans un certain nombre d'obligations, notamment de prévention<sup>924</sup>.

**656.** Les politiques de prévention menées par les différents opérateurs d'assurance dans le secteur participent à la protection et à la préservation de la population des risques inhérents à la vie quotidienne. Cette mission de prévention peut sûrement être interrompue ou au moins affaiblie par la concurrence qui obligerait les opérateurs d'assurance à proposer des produits ou services selon des politiques de prévention moins restreignant. Car les efforts des opérateurs d'assurance seraient dans ce cas engagés pour faire face à la concurrence au lieu qu'ils soient investis dans une politique préventive, ce qui portera finalement un préjudice aux intérêts sociaux.

**657.** La protection de l'environnement est aussi sans conteste l'un des objectifs relevant de l'intérêt général<sup>925</sup>. Cela est exprimé tant par les principes du Code français de l'environnement<sup>926</sup> que par les dispositions européennes<sup>927</sup>. Préserver l'environnement en tant que patrimoine de la nation, principe édicté par la loi « *Barnier* » de février 1995, est sans nul doute une tâche d'intérêt général à laquelle l'assurance a un rôle éminent à jouer<sup>928</sup>. Toute concurrence entre les opérateurs d'assurance peut affecter négativement ou positivement cette contribution.

---

923Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *op. cit.*, p. 15.

924Colloque, « Assurance et solidarité », 10 novembre 1999, *RGDA.*, n° 3, 2002, p. 829.

925Cons. Const. Déc., *relative à la loi de finance pour 2003*, 27 décembre 2002, n° 2002-464 DC, Rec. 583. *AJDA* 2003. 684, note Ogier-Bernaud.

926Article, L. 110-1, Code de l'environnement ; V. *Les principes généraux du droit de l'environnement*, Actes du colloque de l'Université d'Artois, *D. Env.* 2001, n°90 ; Y. Jegouzo, « Les principes généraux du droit de l'environnement », *RFDA* 1996, p. 209.

927Articles 11, 114 et 191 et s., TFUE ; V., S. Charbonneau, *Droit communautaire de l'environnement*, Paris, L'Harmattan, 2002.

928Colloque, « Assurance et solidarité », préc., p. 844.

**658.** La préservation des services sociaux d'intérêt général est soutenue au niveau européen depuis l'adoption de la politique de cohésion économique et sociale<sup>929</sup> avec le traité de Maastricht<sup>930</sup>. La politique économique poursuivie dans l'UE ne peut plus porter atteinte à la politique sociale poursuivie parallèlement dans l'UE et ses différents États membres.

**659.** Plusieurs exemples de la pratique décisionnelle et jurisprudentielle montrent bien l'influence de la politique sociale sur l'application des règles du droit de la concurrence. Dans l'affaire *Albany* par exemple, la CJCE a précisé que l'action de la Communauté comporte non seulement un « régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur », mais également « une politique dans le domaine social ». Elle a également énoncé qu'en se basant sur les dispositions du traité, la Communauté a pour mission, notamment, « de promouvoir un développement harmonieux et équilibré des activités économiques » et « un niveau d'emploi et de protection sociale élevés »<sup>931</sup>.

**660.** Dans un conflit particulier<sup>932</sup>, la Cour de Luxembourg a validé une loi italienne obligeant les opérateurs de l'assurance automobile d'accepter les propositions des assurés automobilistes relatives à l'assurance obligatoire malgré l'atteinte portée par celle-ci à la politique économique du marché intérieur dans lequel les libertés d'établissement, de prestation de service et de la concurrence devaient être respectées. Selon la cour l'atteinte que cette obligation pouvait porter aux différentes libertés instaurées dans le marché intérieur se justifiait par la nécessité et la proportionnalité de la mesure dans la poursuite d'un objectif social d'intérêt général. Selon la Cour « garantir l'indemnisation adéquate des victimes d'accidents de la route » est un objectif légitime dans le contexte national afférent à la circulation routière en Italie où le nombre de sinistres impliquant des véhicules terrestres à moteur est considérable<sup>933</sup>. Il faut rappeler que l'affaire concernait une obligation imposée par la loi et considérée contraire aux règles du droit européen en matière de liberté d'établissement, de prestation de service et de la concurrence. C'est donc « la reconnaissance d'un intérêt général d'ordre social » qui sort vainqueur de sa confrontation avec les libertés d'entreprise, contractuelle et de loïn de la concurrence.

---

929Il importe de rappeler que, aux termes de l'article 3 du traité CE, l'action de la Communauté comporte non seulement un « régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur », mais également « une politique dans le domaine social » ; Ces principes directeurs se trouvent aujourd'hui dans les dispositions du protocole 27 et de l'article 2 du protocole n° 26 du TFUE.

930L' « Acte Unique » a ouvert le chemin au Traité sur l'Union Européenne signé à Maastricht en 1992. À l'objectif de grand marché intérieur, l'Acte unique associe étroitement celui tout aussi essentiel de la cohésion économique et sociale.

931CJCE, 21 septembre 1999, aff. C-67/96, *Albany, Brentjens' et Maatschappij Drijvende Bokken*, préc., pt. 54.

932CJCE, 28 avr. 2009, *Commission c/ République italienne*, C-518/06.

933A-Th, Lemasson, *loc. cit.*, p. 423.

## Conclusion du chapitre :

**661.** Pour conclure, il faut préciser que face à la réalité économique, à l'environnement de la crise et à la concurrence mondiale, le rôle que peut jouer et assumer le secteur des assurances dans la réalisation des objectifs et services d'intérêt général sont variés au niveau économique et social. On peut certes esquisser une hiérarchie des intérêts selon la généralité croissante de leur contenu et des groupes sociaux qui les portent. Mais dans le continuum qui va de l'individu isolé à l'humanité entière de tous les temps, il n'y a pas de seuil qui permettrait à un intérêt déterminé de transcender les autres par sa nature propre<sup>934</sup>. C'est pour cette raison que les pouvoirs publics et les autorités compétentes en la matière devraient recourir de plus en plus à l'analyse des intérêts en jeu et cela dans le but de préserver les avantages économiques et sociaux de tout effet pervers résultant de la concurrence exercée dans le secteur et surtout en période de crise économique et sociale.

**662.** Les autorités européenne et nationale de concurrence n'ont à ce jour-ci pas reconnu directement le rôle important que jouent ou sauraient jouer les opérateurs d'assurance dans la réalisation des objectifs de politiques économiques et sociales. En revanche, le Sénat n'ignore pas cette mission. Selon ce dernier, en réduisant les conséquences négatives de l'occurrence des risques sur le patrimoine physique (assurances dommages) et sur le patrimoine humain (assurance de personne ou vie) l'assurance parvient à être un puissant « générateur de sécurité » propice à la poursuite et à l'essor des activités économiques et sociales, au bon dénouement des contrats de toute nature, à la réduction des disparités issues nécessairement du règne généralisé de l'aléa<sup>935</sup>. En isolant les marchés ou en empêchant toute sorte de coopération entre l'ensemble des opérateurs du secteur, la réalisation des missions d'intérêt général par l'ensemble des opérateurs d'assurance sera perturbée et, à long terme, éliminée.

**663.** Selon la Commission européenne, les services d'intérêt économique général, le marché intérieur et la politique de la concurrence de l'UE sont compatibles et complémentaires pour la poursuite des objectifs fondamentaux du traité<sup>936</sup>. À cet égard, lorsque cela serait justifié, le fait d'accorder au secteur des assurances ou à certains opérateurs de celui-ci des droits spécifiques ou

---

934J.C. Douence, *op. cit.*, V., Chapitre 1.

935Doc., Sénat, Commission des finances, Rapport d'information n° 45, La situation et les perspectives du secteur des assurances en France, préc.

936Comm. CE, Comm., Les services d'intérêt économique général en Europe, Bruxelles, JO C 281 du 26 septembre 1996, p. 3.

des privilèges proportionnés ne sera pas incompatible avec les règles du droit de la concurrence ou du marché intérieur dans l'UE. Ceux-ci pourraient constituer la contrepartie de la réalisation des services relevant de l'intérêt général. La Commission a confirmé en 2001 que lorsque certains services ne peuvent pas être fournis par une pluralité de prestataires, l'accomplissement ou la participation à l'accomplissement des missions d'intérêt général peut justifier l'instauration des droits spéciaux ou des situations monopolistiques dans les marchés de ces services<sup>937</sup>.

**664.** Aujourd'hui, les instances européennes et nationales sont appelées à être vigilantes et à veiller à préserver le rôle indispensable qu'assume et sauraient assumer le secteur des assurances dans la réalisation d'une solidarité et plus généralement des objectifs d'intérêt général relevant des politiques économiques et sociales tant il constitue l'unique instrument de protection sociale et financière autant pour les particuliers que pour les entreprises. . Les assurances obligatoires traduisent la volonté politique la plus forte qui, par des prescriptions juridiques impératives, imposent une finalité politique, économique ou sociale, qui relève de la souveraineté nationale<sup>938</sup>.

---

937 Dans ce cas, les pouvoirs publics accordent généralement des droits spéciaux ou exclusifs, sous forme de concessions, pour la prestation du service d'intérêt général en question pour des périodes déterminées, par l'intermédiaire d'appels d'offres. La concurrence qui s'exerce en amont, au moment de l'attribution du marché, est censée garantir que les missions assignées à un service d'intérêt général seront remplies au moindre coût pour la collectivité. Lorsque la concurrence ne permet d'accomplir de façon satisfaisante la mission d'intérêt général, il peut s'avérer nécessaire de confier l'obligation de service concernée à un seul opérateur ou à un nombre limité d'opérateurs et de leur accorder ou leur laisser le bénéfice de droits spéciaux ou exclusifs : Comm. CE, Comm., Les services d'intérêt général en Europe, Bruxelles, *JOCE*, n° C/017, 19 janvier 2001, p. 4 à 23, pt. 17 et 18.

938 Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *op. cit.*, p. 121.

## Conclusion du titre

**665.** Exclure le comportement des opérateurs d'assurance du champ d'application des règles de concurrence en raison de la contrainte issue d'une législation ou de l'exécution des services d'intérêt général est un moyen de défense important pour les entreprises d'assurance face à la concurrence. Pourtant, les critères restent rigoureux pour un tel type d'argumentation<sup>939</sup>.

**666.** Il ne s'agit pas ici, en raison de la soumission du secteur des assurances à une réglementation particulière ou au nom de la préservation de la solidarité et de la protection des intérêts généraux, d'éliminer purement le secteur de sa soumission aux règles du droit de la concurrence. Il s'agit tout simplement de prendre en compte ses différentes particularités justifiant une pondération lors de l'application des règles du droit de la concurrence au secteur des assurances. À cet égard, lors de cette application, il est important de prendre en considération, d'une part, les contraintes réglementaires et structurelles particulières et inhérentes à l'organisation législative et réglementaire du secteur, et d'autre part, les effets négatifs qu'a ou peut avoir la concurrence au rôle qu'assume le secteur dans la réalisation des missions qualifiées d'intérêt général.

**667.** Dans le contexte des difficultés économiques et sociales et les déficits accumulés dans les caisses de l'État, l'assurance peut prendre le relais et apparaître comme un acteur majeur de protection sociale et de financement de l'économie. Elle peut constituer un remède important et unique à l'économie et à sa relance en période de crise financière. Elle est aujourd'hui considérée comme un élément accompagnateur et essentiel pour le développement de l'économie et la transformation industrielle et technologique, mais aussi comme un moyen unique, efficace et solidaire de protection de la population contre les risques qui résultent de cette évolution.

**668.** Afin d'améliorer la situation économique et sociale dans l'union européenne et ses États membres et garantir une efficacité et un bon fonctionnement des opérateurs d'assurance, surtout en période de crise dont l'horizon n'est toujours pas visible, il est primordiale de prendre en compte ces réalités lors de l'application des interdictions du droit de la concurrence. Si cela a été le cas pour

---

<sup>939</sup>V., dans ce sens Ch. Prieto et D. Bosco, *Droit Européen de la concurrence, Ententes et abus de position dominante*, *op. cit.*, p. 402.

certaines régimes d'assurance complémentaire, il est également nécessaire que ces considérations soient prises en compte lors de l'application des règles de concurrence à l'encontre d'autres opérateurs d'assurance fonctionnant dans les différents marchés d'assurance de personne et bien ou de vie et non-vie.

## Conclusion de la deuxième partie

**669.** Malgré la soumission du secteur des assurances aux règles du droit de la concurrence, la pratique décisionnelle et jurisprudentielle illustre bien que l'application de ces règles s'est adaptée aux caractéristiques de ce secteur particulier. Si auparavant celles-ci ont été utilisées afin de contester la soumission du secteur aux règles du marché, aujourd'hui, avec l'implantation du droit de la concurrence dans le secteur, la contestation se fait de plus en plus sur la manière dont ces règles se font appliquées.

**670.** Il est vrai que depuis la soumission du secteur des assurances au droit de la concurrence, les autorités compétentes et surtout européenne ont eu recours à la mise en place d'un règlement d'exemption particulier au secteur des assurances. Pourtant, la pratique décisionnelle et jurisprudentielle a démontré que ce règlement demeure insuffisant et ne prend pas en compte les différentes caractéristiques du secteur. À ce propos, malgré le fait que certains accords et conventions nécessaires au bon fonctionnement du secteur aient pu en vertu de ce règlement être sauvegardés et s'échapper aux interdictions des règles de concurrence, ce dernier n'a pas pris en compte les effets négatifs qu'a ou peut avoir l'application de ces règles à l'encontre des avantages économiques et sociaux résultant de l'activité d'assurance dans la société en général. Partant de ce postulat et afin de préserver l'intérêt général assuré par le secteur, serait-il nécessaire d'adopter un nouveau règlement d'exemption particulière au secteur des assurances ? Ou les règles générales d'exemption sont-elles suffisantes pour assumer cette mission ? Dans l'absence des règles spécifiques d'exemption similaires à celles adoptées dans le règlement d'exemption par catégorie particulière au secteur des assurances, les autorités de concurrence pourront avoir recours à des exemptions spécifiques lorsque l'application des règles de concurrence pourra avoir des effets néfastes à la réalisation des objectifs économiques et sociaux relevant de l'intérêt général de la société.

**671.** Il est surtout nécessaire, en période de crise économique et sociale mais aussi politique, lors de l'application des règles de concurrence de veiller à ce que les bienfaits spécifiques du secteur des assurances ne soient pas éliminés ou affectés en vertu des impératifs concurrentiels.

## Conclusion de la thèse

**672. Application du droit de la concurrence à l'ensemble des opérateurs d'assurance.** Quels que soient la forme, le mode de fonctionnement ou l'objectif de l'activité, la mise en cause de la soumission du secteur des assurances aux règles du droit de la concurrence n'est plus d'actualité. Le développement de la pratique décisionnelle et jurisprudentielle a bien mis en exergue la tendance des autorités de concurrence européenne et nationale à soumettre ce secteur comme tout autre aux règles de concurrence. Les opérateurs d'assurance régis par les Codes des assurances, de la mutualité ou de la sécurité sociale proposant des produits et services d'assurance peuvent tous aujourd'hui être considérés comme des entreprises d'assurance soumises aux règles de concurrence.

Auparavant, une appréciation subjective permettait d'exclure les mutuelles et les institutions de prévoyance de la qualification économique d'entreprise et par conséquent de la soumission au droit de la concurrence. En effet, leurs statuts et mode de fonctionnement particuliers soutenaient cette exclusion. Aujourd'hui une appréciation objective se référant à la concurrence sur le marché sur lequel des compagnies privées d'assurance sont en concurrence peut conduire à une indifférence de la prise en compte des éléments subjectifs dans l'appréciation de la notion d'entreprise. À cet égard, il faut rappeler que la CJUE était récemment favorable, dans l'affaire *AG2R*, d'accorder la qualification économique d'entreprise à l'égard de l'organisme AG2R Prévoyance gérant un régime d'assurance de prévoyance complémentaire. Selon la Cour, « *bien que n'ayant pas de but lucratif et agissant sur le fondement du principe de solidarité, (il peut être conclu qu'AG2R prévoyance) est une entreprise exerçant une activité économique qui a été choisie par les partenaires sociaux, sur la base de considérations financières et économiques, parmi d'autres entreprises avec lesquelles elle est en concurrence sur le marché des services de prévoyance qu'elle propose* »<sup>940</sup>. En droit interne, dans la même affaire, les juges nationaux n'ont pas suivi la CJUE dans son raisonnement et se sont contentés de déclarer que la désignation de l'organisme AG2R afin de gérer le régime d'assurance complémentaire du secteur de la boulangerie n'était pas contraire aux règles européennes de la concurrence<sup>941</sup>. Désormais, avec la déclaration de l'inconstitutionnalité de l'article

---

<sup>940</sup>CJCE, 3 mars 2011, aff. c-437/09, *AG2R Prévoyance contre Beaudout Père et Fils SARL*, préc., pt., 65.

<sup>941</sup>Cass. soc., 11 février 2015, n° 13-26.015, n° 13-26.016.

L. 912-1 du Code de la sécurité sociale<sup>942</sup> et la suppression de la clause de désignation en 2014<sup>943</sup>, les autorités de concurrence nationales pourraient bientôt considérer qu'un organisme d'assurance complémentaire n'ayant pas un but lucratif et se fondant sur un principe de solidarité par répartition peut être considéré comme une entreprise exerçant une activité économique.

**673.** Toutefois, la soumission des différents opérateurs d'assurance au droit de la concurrence n'est pas absolue. En effet, les différentes caractéristiques spécifiques de l'activité d'assurance en général ou de certains opérateurs en particulier ont permis aux autorités de concurrence européenne et nationale d'admettre une certaine modération lors de l'application des règles de concurrence dans le secteur des assurances. Tout d'abord, le règlement d'exemption par catégorie spécifique au secteur des assurances a été mis en place afin de préserver, en amont, certaines pratiques nécessaires au bon fonctionnement et déroulement de l'activité et d'éviter des effets néfastes que peuvent provoquer les règles de concurrence dans ce secteur. Puis, les règles générales d'exemption présentes dans le droit de la concurrence<sup>944</sup> ont été souvent utilisées par les autorités de concurrence européenne et nationale afin d'éliminer ou d'atténuer l'atteinte que pouvaient porter certaines pratiques sur la réalisation des objectifs sociaux d'intérêt général. Par ailleurs, la réalisation des objectifs économiques ou sociaux d'intérêt général liés au bon fonctionnement du secteur des assurances ne fait l'objet d'aucune protection spécifique. Ainsi, il pourra devenir indispensable, surtout avec le prolongement de la période de crise, d'adopter des règles spécifiques d'exemption ou de recourir au mécanisme d'exemption générale des articles 101, paragraphe 3 du TFUE et L. 420-4 du Code de commerce afin de préserver ces intérêts.

**674. Exclusion des assurances relevant de la Sécurité sociale ?** Il est enfin important de souligner que les organismes relevant de la Sécurité sociale échappent toujours à la qualification économique d'entreprise et à la soumission aux règles de concurrence. Cette exemption s'explique par des principes relevant de la politique sociale de l'Union européenne et de ses États membres. Le droit de l'Union européenne et la jurisprudence de la Cour de Luxembourg excluent, pour l'instant, de manière non-équivoque ces organismes des règles relatives à l'organisation du marché en général et des règles de concurrence en particulier. La liberté des États membres dans l'organisation de leur système de la Sécurité sociale est un principe du droit européen que les autorités de concurrence ne peuvent pas contredire.

---

942 Cons. const., 13 juin 2013, déc., n° 2013-672 DC, *JORF*, 16 juin 2013, p. 9976, texte 2.

943 Loi n° 2013-1203 du 23 décembre 2013 de financement de la sécurité sociale pour 2014.

944 Article 101, §3 TFUE et article 420-4 Code de commerce.

675. Par ailleurs, le recours de plus en plus à une appréciation objective de la notion d'entreprise pourrait-il mettre en cause le monopole des organismes de sécurité sociale et leur exclusion de la soumission au droit de la concurrence ? La cession de plus en plus des garanties d'assurance relevant de la Sécurité sociale et leur prise en charge par des entreprises d'assurance favoriserait-elle l'ouverture des assurances relevant de la Sécurité sociale à la concurrence ? Autrement dit, la prise en charge des prestations abandonnées par les organismes de sécurité sociale par des entreprises d'assurance créerait-elle une concurrence entre entreprises d'assurance et organismes de sécurité sociale ?

676. La réponse à ces différentes interrogations est aujourd'hui tributaire de la volonté politique de chaque État membre qui jouit dans ce domaine d'une souveraineté nationale absolue. C'est-à-dire, c'est uniquement lorsqu'un État membre décide de céder la réalisation des missions relevant de la Sécurité sociale au marché que la concurrence entre entreprises d'assurance et organismes de sécurité sociale justifierait une soumission de ces derniers au droit de la concurrence<sup>945</sup>. En effet, dans l'hypothèse où les entreprises d'assurance proposent des prestations équivalentes à celles fournies dans le cadre de la Sécurité sociale, l'obligation faite, d'une part, aux assurés sociaux d'être affiliés auprès des organismes de sécurité sociale, et d'autre part, à ces derniers de prendre en charge l'ensemble de la population assurée, exclut toute réelle concurrence dans ce domaine.

677. Compte tenu de la position de l'UE et des données actuelles, en amont, les organismes de sécurité sociale ne font pas partie du secteur des assurances tant que les pouvoirs politiques et législatifs européen et national lui garde une place à part dans le marché intérieur et les marchés des États membre de l'UE. Mais, en aval, la Cour de justice peut intervenir et considérer que les organismes relevant de la Sécurité sociale et les entreprises d'assurance sont en concurrence sur un même marché lorsque ceux-là adoptent un mode de fonctionnement identique à celui des entreprises d'assurance. Dans ce sens, il faut rappeler que la Cour de justice, dans l'arrêt *COREVA* a reconnu la qualification économique d'entreprise à l'égard d'un organisme gérant un régime d'assurance légal relevant de la Sécurité sociale<sup>946</sup>.

---

945 Supra, n° 196 : CJCE., 18 mai 2000, aff. C-206/98, *Commission c/ Royaume de Belgique*, pt. 44.

946 Il faut rappeler que selon la Cour de justice « *il importe d'abord de relever que l'affiliation au régime Coreva est facultative, que ce régime fonctionne selon le principe de la capitalisation et que les prestations auxquelles il donne droit dépendent uniquement du montant des cotisations versées par les bénéficiaires ainsi que des résultats financiers des investissements effectués par l'organisme gestionnaire. La CCMSA exerce donc une activité économique en concurrence avec les compagnies d'assurance* » : CJCE., 16 novembre 1995, aff. C-244/94 *Coreva*, préc.

# BIBLIOGRAPHIE

## I-TRAITÉS

**BIGOT** Jean ss dir., **BELLANDO** Jean-louis, **HAGOPIAN** Mikaël, **MOREAU** Jacques, **PARLEANI** Gilbert, *Traité du Droit des assurances, Entreprises et Organisations d'Assurance*, Tome 1, Paris, L.G.D.J. 2<sup>e</sup> éd., 1996.

**BIGOT** Jean ss dir., **Jean Beauchard**, **Vincent Heuzé**, **Jérôme Kullmann**, **Luc Mayeux**, **Véronique Nicolas**, *Traité du Droit des assurances, le contrat d'assurance*, Tome 3, Paris, L.G.D.J. 2<sup>e</sup> éd., 2002.

**GROUDEL** Hubert, **LUDEC** Fabrice, **PIERRE** Philippe, et **ASSELAIN** Maud, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Paris, LexisNexis Litec, 2008.

**RODIERE** René, *Traité général de droit maritime*, Paris, éd. Dalloz, 1976.

## II-OUVRAGES GÉNÉRAUX ET MANUELS

**ABRAVANEL-JOLLY** Sabine, *Droit des assurances*, Paris, ellipses, 2013.

**ALFANDARI** Élie et **TOURETTE** Florence, *Action et aides sociales*, Paris, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., 2011.

**ARCELIN** Linda, *Droit de la concurrence, les pratiques anticoncurrentielles en droit interne et européen*, Rennes, PUR, 2<sup>e</sup> éd., 2013.

**BEIGNIER** Bernard, *Droit des assurances*, Paris, Lextenso éditions, 2011.

**BONNARD** Jérôme, *Droit et pratique des assurances, particuliers et entreprises*, Paris, Dalloz, Delmas, 1<sup>re</sup> éd. 1997.

**BONNARD** Jérôme, *Droit des assurances*, Paris, Litec, LexisNexis, 4<sup>e</sup> éd., 2012.

**CHAGNY** Muriel et **PERDRIX** Louis, *Droit des assurances*, Paris, L.G.D.J. Lextensoéditions, 2<sup>e</sup> éd., 2013.

**CHARBONNEAU** Simon, *Droit communautaire de l'environnement*, Paris, L'Harmattan, 2002.

**CHAUCHARD** Jean-Pierre, *Droit de la sécurité sociale*, Paris, L.G.D.J., 5<sup>e</sup> éd. 2010.

**CHAUCHARD** Jean-Pierre, **HERBOURC'H** Jean-Yves et **WILLMANN** Christophe, *Droit de*

*la sécurité sociale*, Paris, L.G.D.J. , 6<sup>e</sup> éd., 2013.

COLIN Frédéric, *Droit public économique*, Cualion, Lextensoéditions, 5<sup>e</sup> éd., 2015

COLSON Jean-Philippe et IDOUX Pascal, *Droit public économique*, L.G.D.J Lextensoédition, 6<sup>e</sup> éd., 2012.

DECOCQ André et Georges, *Droit de la concurrence droit interne et de l'union européen*, L.G.D.J, 6<sup>e</sup> éd. 2014.

DUPEYROUX Jean-Jacques, *Droit de la sécurité sociale*, Paris, Dalloz, 17<sup>e</sup> éd., 2001.

DUPEYROUX Jean-Jacques , BORGETTO Michel et LAFORE Robert, *Droit de la sécurité sociale*, Paris, Dalloz, 17<sup>e</sup> éd., 2015.

FONTAINE Marcel, *Droit des assurances*, Bruxelles, Précis de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, LRCIER, 2006.

GIBAUD Bernard, *Mutualité, Assurances (1850-1914) Les enjeux*, Paris, ECONOMICA, 1998.

GRYNBAUM Luc, *Assurances, Acteurs, Contrats, Risques des consommations, Risques des entreprises*, L'ARGUS éd., 2013-2014.

HUTEAU Gilles, *Sécurité sociale et politiques sociales*, Paris, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 2001.

LABORDE Jean Pierre, *Droit de la sécurité sociale*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 2005.

LAMBERT-FAIVRE Yvonne, *Droit des assurances*, Paris, Précis Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., 2001.

LAMBERT-FAIVRE Yvonne et LEVENEUR Laurent, *Droit des assurances*, Paris, Dalloz, 13<sup>e</sup> éd., 2011.

LUCAS DE LEYSSAC Claude et PARLEANI Gilbert, *Doit du marché*, Paris, PUF, coll. « thémis droit privé », 2002.

MAIGUY Daniel et DEPINCE Malo, *Droit de la concurrence*, Paris, LexisNexis, 2<sup>e</sup> éd., 2015.

MAIGUY Daniel, RESPAUD Jean-louis et DEPINCÉ Malo, *Droit de la concurrence*, Paris, Litec, 2010.

MALAURIE-VIGNAL Marie, *Droit de la concurrence interne et européen*, Paris, Sirey, Edition Dalloz, 2014.

MAYAUX Luc, *Les grandes questions du droit des assurances*, LGDJ, 2011.

MORVAN Patrick, *Droit de la protection sociale*, Paris, Litec, 3<sup>e</sup> éd. 2007.

NICOLAS Véronique, *Droit des contrats d'assurance*, Paris, ECONOMICA, 2012.

NICOLAS-VULLIERME Laurence, *Droit de la concurrence*, Paris, Vuibert, 2<sup>e</sup> éd. 2011.

PARTRAT Christian ss dir. et BLONDEAU Jaques, *La Réassurance : approche technique*, ECONOMICA, Paris, 2003.

PIRONON Valérie, *Droit de la concurrence*, Paris, Lextenso édition, 2011.

PRIETO Catherine et BOSCO David, *Droit Européen de la concurrence, Ententes et abus de position dominante*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

RICHARD Pierre, *Histoire des sociétés d'assurance en France*, Paris, L'argus, 1956.

RUFFAT Michèle, CALONI Edouard-Vincent, LAGUERRE Bernard, *L'U.A.P. Et l'histoire de l'assurance*, Paris, Maison des Sciences de l'homme, J.- C. Lattés, 1990.

TEMPELARERE Alain, *Les mutuelles d'assurance, en France et dans le monde*, Paris, ECONOMICA, 2001.

YEATMAN Jérôme, *Manuel International de l'Assurance*, Paris, Economica, 2<sup>e</sup> éd., 2005.

### III-OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES ET ESSAIS

ARCELIN Linda, *L'entreprise en droit de la concurrence française et communautaire*, Paris, Litec, 2003.

ASFAR Aladwan, « *La notion de risque dans le contrat d'assurance* », Thèse de doctorat, Droit privé, ss dir. Joël Monnet, Poitiers, Université de Poitiers, 2008.

AUBRY Pascal, *Les parties à l'entente : approche de la notion d'entreprise*, ss dir. G. Parléani, Université Paris I, 2000.

BEAUGENDRE Sébastien, *Contrat d'assurance et activité d'assurance*, Paris, LDGJ, 2000.

BIGOT-GONCALVES Magali, *Les assurances de groupe*, Aix-En-Provence, Preses Universitaires, 2009.

CLAMOUR Guylain, *Intérêt général et concurrence, Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris, Dalloz, 2006.

DRIGUEZ Laetitia, *Droit social et droit de la concurrence*, Paris, Forum européenne de la communication ; Bruxelles, Bruylant, 2006.

DUBUISSON Bernard, « Solidarité, segmentation et discrimination en assurances : Nouveau débat, Nouvelles questions », *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Bigot*.

IDOT Laurence, « La notion d'entreprise en droit de la concurrence, révélateur de l'ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel. Mélanges e l'honneur d'Antoine Pirouano*, Paris,

ED. Frison-Roche, 2003.

KAUFF-GAZIN Fabienne, « *La notion d'intérêt général en droit communautaire* », Thèse de doctorat, Droit communautaire, ss dir., S. Denys, Strasbourg III, Strasbourg, 2001

LAMBERT-FAIVRE Yvonne, *Risques et assurances des entreprises*, Paris, Précis Dalloz, 3<sup>e</sup> éd, 1991.

MICHEL Julien, « *Les échanges d'informations entre concurrents en droit de la concurrence* », Thèse de doctorat, Droit privé, ss dir., M. Gérard Jazottes, Université de Toulouse Capitole, 2015.

NICOLAS Véronique, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, Paris, LGDJ, 1996.

WASSIM Abou Nader, « *L'obligation de mise en garde du banquier distributeur de crédit* », Thèse de doctorat, Droit privé, ss dir., Mme. France Drummond, Paris, Université Panthéon-Assas, 2009.

## IV- ARTICLES ET CHRONIQUES

### A-Articles

ALFANDARI Elie, « La concurrence dans les services sociaux, quelle concurrence pour quels services sociaux », *RDSS*, 2006, p. 779.

ARENAUD Nicole et André-Jean, « Une doctrine du droit tranquillisante, le solidarisme juridique », *Arch. Phil., Dr.*, 1976, t. 21, pp. 131-151.

BARTHÉLÉMY Jacques, « Protection sociale complémentaire: de la conception institutionnelle à la conception assurantielle », *La Semaine Juridique Sociale*, octobre 2006, n° 4, 1810

- « Garanties de prévoyance collectives et principe de faveur », *Travail et Protection sociale*, avril 2005, n° 4, étude 7.

- « Quand les entreprises n'ont pas le choix de leur organisme de prévoyance », *Les cahiers du DRH*, 1 octobre 2007, n° 136.

- « Droit du travail et droit de l'activité professionnelle », *Les Cahiers du DRH*, 1 juin 2008, n° 144.

- « La convention collective acte et source de droit », *Les Cahiers du DRH*, 1 janvier 2008, n° 139.

- « Clause de désignation et droit de la concurrence », *Dr. Soc.*, n°7/8, 1 juillet 2011, p. 853.

- « Invalidité de la clause de désignation », *Les cahiers de DRH de 2013*, Dossier les apartés de Jacques Barthélémy, 202.

- « Régime professionnel de prévoyance et libre prestation de services », *SSL*, 1 octobre 2012, n° 1553, p. 5.

**BARTHÉLÉMY** Cabinet, « CAHIER DE DROIT SOCIAL . - La protection sociale complémentaire et le droit communautaire », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, 2 octobre 1997, n° 40, 689.

**BOLZE** Christian, « La notion d'entreprise en droit communautaire », *RJC*, 1987, n° spécial, pp. 65-71.

-« Droit des ententes. Secteur de l'assurance, Règlement du Conseil habilitant la Commission à arrêter des règlements d'exemption par catégorie », *RTD Com.* 1991 p. 740.

**BERDOT** François, « L'assurance de groupe », *R.G.A.T.* 1980. 9, spéc. p. 778.

**BIGEL** Luc et **SOUPIZET** Julien, « L'ordonnance du 15 juillet 2011 : l'assurance transport entre liberté et obligations », *RD transp.*, 01.04.2012, N° 2, p. 16 à 19.

**BIGOT** Jean, « Essai de typologie de la solidarité », *RGDA.*, 2002, p. 802.

**BINON** Jean Marc, « La liberté commerciale des assureurs à l'épreuve du feu européen », *Revue de droit commerciale Belge*, 01 janvier 2010, n° 1, p. 7-19.

**BONNET** Carole, Christel Colin et Pierre Ralle, « Les formes de solidarité dans le système actuel de retraite », *Rev. Éco. Fin.*, 2002, n° 68, p. 113.

**CHAUCHARD** Jean-Pierre, « La prévoyance sociale complémentaire selon le Conseil constitutionnel », *RDSS* 2014 p. 601.

**CHEMILLIER-GENDREAU** Denis, « L'organisation du marché des fonds de pension en France », *Rev. Éco. Fin.*, mars 1997, n° 40, p. 175.

**CHEVALLIER** Jacques, « La résurgence du thème de la solidarité », in *La solidarité, un sentiment républicain ?*, CURAPP, PUF, 1992.

**CLAUDEL** Emmanuelle, « Le consentement en droit de la concurrence, consécration ou sacrifice ? », *RTD com.*, 1999, p. 291.

**COUTINHO DE ABREU** Jorge Manuel, « L'eupéanisation du concept d'entreprise », *RIDE*, 1995, pp. 9-29.

**CURTET** Alain, Eric Demange et Véronique Nicolas, « L'assurance des risques d'entreprise », *Cah. Dr. Entr.*, Juillet Août 2009, n° 4. p. 9 à 16.

**DAIGRE** Jean-Jacques, « La complexité de l'architecture institutionnelle du secteur financier en France », *Dr. ET Patri.*, 2003, dossier : La loi de sécurité financière.

**DE LA MARTINIÈRE** Gérard, « Marché européen de l'assurance, les défis de l'après 2005 », *Rev. Éco. Fin.*, N° 80, 2005, p. 221-233.

- « Extension des risques couverts et internationalisation des entreprises d'assurances », *Rev. Éco. Fin.*, 2009, volume 8, n° HS, pp. 89-107.

**DECOCQ** Georges, « Un ordre professionnel ne peut inviter ses membres à dénoncer un

partenariat avec un tiers », *CCC.*, mars 2010, n° 3, comm. 78  
- « Les primes d'assurance responsabilité civile dues par les médecins ne sont pas anticoncurrentielles », *CCC.*, janvier 2007, n° 1, 26.

**DENIER** Jean-Louis, « La prévoyance : quelle réalité? », les Cahiers de DRH, 17 décembre 2004, n° 105.

**DUPERYROUX** Jean-Jacques, « Les exigences de la solidarité », *Dr. Soc.*, 1990, p. 741.  
-« Une accumulation confuse d'arguments superfétatoires », *in Brèves observations, en marge, Dr. Soc.*, n° 5, 1993, p. 494.

**DURIN** François, « Régimes sur-complémentaires et fonds de pension, *Dr. Soc.*, n° 2/1992, p. 136.

**FAGNART** Jean Luc, « Examen de jurisprudence (1981 à 1990). Les assurances terrestres », *R.C.J.B.*, 1991, pp. 697-698.

**FINSINGER** Jörg, « L'intégration des marchés de l'assurance », *Rev. Éco. Fin.*, N° 9, 1989, L'assurance européenne : la grande transformation, pp. 251-260.

**FLEURY** Marie-José, « L'économie mutualiste : quel futur dans le marché unique, Projet : le marché unique 20 ans après », *Les Brefs*, N° 37, août 2012.

**HENNION-MOREAU** Sylvie, « La notion d'entreprise en droit social communautaire », *Dr. Soc.*, n°11/2001, pp. 957-966.

**HOURDEAU-BODIN** Stéphanie, « L'assurance des risques de catastrophes naturelles ou les vicissitudes d'un genre hybride », *RGDA.*, 1<sup>er</sup> juillet 2013, n° 2013-3.

**IDOT** Laurence, « Précision sur le régime de l'action en répartition », Europe, octobre 2006, n° 10, comm. 291.  
- « La notion d'entreprise », *Rev. Soc.*, avril-juin 2001, pp. 191-209.

**IRENE LUC**, « Assurance et concurrence », *P. A.*, 14 juin 2001, n° 118, p. 8.

**J. BERR** Claude, « Réflexions autour de la notion de marché unique de l'assurance », *Juris-classeur, Resp. civ. Et assur.*, mars 1996, pp. 3-5.

**JEGOUZO** Yves, « Les principes généraux du droit de l'environnement », *RFDA* 1996, p. 209.

**JIMENEZ** Christian, **MAHOT** Bertrand, « Les captives de réassurance : une nouvelle approche de la gestion des risques », *Rev. Éco. Fin.*, année 2005, volume 80, n° 80, p. 171-176.

**KESSOUS** Roland, « Missions des caisses primaires d'assurance maladie et droit de la concurrence », *Dr. Soc.*, 1994, p. 298.

**LANDEL** James, « Les mécanismes juridiques de l'assurance de groupe », *ass. fi.* 1983, p. 78.

LAIGRE Philippe, « Les organismes de Sécurité Sociale sont-ils des entreprises », *Dr. Soc.*, n° 5, 1993 p 488.

LAMBERT-FAIVRE Yvonne, « De la laïcité des obligations d'assurance réglementaire à des limitations de garantie dans le temps et en montant », *D.* 2001, p. 1265.

LAROQUE Michel, « L'impact du droit communautaire sur les concepts de la protection sociale française », *Dr. Soc.*, n° 11, 10 novembre 1997, p. 961.

LAUTRETTE Laurence, « Clause de désignation et appel d'offres : les enseignements de l'arrêt de la CJUE du 15 juillet 2010 », *Dr. Soc.*, 2010, p. 1240.

LE BARBIER- LE BRIS M., « PROTECTION SOCIALE D'ENTREPRISE C - Droit communautaire », *JCP E.*, 24 Octobre 2002, n° 43, 1554.

LENOIR Daniel, « Protection complémentaire : les dangers de développement concurrentiel », *Dr. Soc.*, n° 9, 10 septembre 1995, p. 753.

LHERNOULD Jean-Philippe, « Le monopole des organismes de protection sociale (encore) à l'épreuve du droit communautaire de la concurrence », *JCP G*, 31 mai 2000, n° 22, II 10325.  
- « La place des entreprises d'assurance dans les régimes de base d'assurance maladie », *RDSS*, N° 2, 15 juin 1998, p. 223.

LHUILIER Gilles, « Le critère jurisprudentiel d'application du droit de la concurrence », *RTD com.*, 1994, pp. 645-693.

LOHEAC Francis, « Le marché unique de l'assurance, opportunités, limites et perspectives », *RMC.*, n° 382, novembre 1994

LUTJENS Erick, « Les régimes de retraite complémentaire aux Pays-Bas », *La revue de l'IRE*, n° 15, été 1994, p. 71.

MARSON Grégory, « Intervention économique des personnes publiques », *CCC.*, février 2009, n° 2, chron. 1.

MASTRE Jacques, « Formation du contrat et droit de la concurrence », *RTD civ.*, 1987, pp. 304-322.

MAYAUX Luc, « L'assurance vie est-elle soluble dans la capitalisation ? » *RGDA*, 2000, p. 767.

-« Qu'est ce qu'un contrat d'assurance », *RGDA*, 01 juillet 2011 n° 2011-03, p. 629.

MERIEUX Antoine, « Les places internationales d'assurance », *Rev. Éco. Fin.*, 2000, volume 57, n° 57, pp. 161-171.

MONNET Joël, « Assurance des catastrophes naturelles et risque sécheresse », *Mélanges Jean Beauchard*, *LGDJ* 2013, p. 675.

MOREAU Hennion, « PROTECTION SOCIALE D'ENTREPRISE ; Procédure d'extension

d'un régime complémentaire de retraite ou de prévoyance collective complémentaire », *JCP E.*, 24 Octobre 2002, n° 43, 1554

**MOULY Christian**, « Sécurité sociale et concurrence : une réforme constitutionnellement possible », *D.* 1996, p. 25.

**MOURY Jacques**, « Le droit confronté à l'omniprésence du risque », *D.* 2012, p. 1020.

**MULLER Fabienne**, « Les mutuelles dans la tourmente de la concurrence », *RDSS*, n° 5, 15 septembre 2009, p. 828.

**OSTER Thomas**, « Droit de la concurrence et assurance : l'enquête sectorielle de la Commission européenne et de l'adoption du nouveau règlement d'exemption catégorielle », *RGDA*, 1 octobre 2012 n° 2012-04, p. 959.

**PIERRE Philippe**, « PROTECTION SOCIALE D'ENTREPRISE ; Assurance de prévoyance collective complémentaire », *JCP E.*, 24 Octobre 2002, n° 43, 1554.

**PIGNERO Bernard**, « Responsabilité et socialisation du risque », *AJDA*, n° 40, 28 novembre 2005, p. 2211.

- « Invalidité des clauses de désignation », *Les cahiers de DRH*, 2013, n° 202.

**POILLOT-PEROUZZETTO Sylvaine**, « Nouvelle rencontre entre le droit de la concurrence et la matière sociale; la notion d'entreprise », *CCC.*, octobre 2004, n° 10, comm. 144

**PONS Jean François**, « Nouveaux enjeux et réformes de la politique européenne de la concurrence », *P. A.*, n° 220, 05 novembre 2001, p. 21-29.

**RAJOT Bénédicte**, « Les accords d'assurance maritime », *Resp. civ. et assur.*, octobre 2010, n° 10, alerte 18.

- « Ententes : la Commission européenne adopte un nouveau règlement d'exemption en faveur du secteur de l'assurance », *Resp. civ. et assur.*, n° 5, mai 2010, alerte 10.

**REINHARD Yves**, **DANA-DÉMARET Sabine** et **SERRAS Françoise**, « Droit communautaire et international des groupements : Concurrence. Art. 85 et 86 du Traité CEE. Notion d'entreprise. Organismes chargés de gérer les régimes obligatoires de Sécurité sociale », *JCP E.*, 1 juillet 1993, n° 26, 264.

**ROBINEAU Matthieu**, « L'assurance à la croisée des chemins », *RD*, N° 23, 23 juin 2001, p. 1592.

**SOUSSE Marcel**, « La situation du concurrent du bénéficiaire d'une aide d'État devant les juridictions nationales », *P. A.*, 1 août 2000, n° 152, p. 11 et s.

**SUPIOT Alain**, « La sécurité sociale entre transformisme et réformisme », *RDSS*, n°3, 11 mars 2016, p. 5.

**TESTU François Xavier**, **THIRE Valérie**, « Concentration et entreprises d'assurance : l'exemple des fusions et partenariats impliquant des mutuelles santé », *JCP E*, 19 avril 2007,

n° 16, p. 1490.

THIBAUT-LEMASSON Aurélien, « Réflexion générale sur le droit commun des assurances obligatoires », *RGDA*, 01.04.2011, n° 2011-02, p. 423.

THIBIERGE Catherine, « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *D. 2004*, p. 577.

TIEFFRY Patrick, « Les services sociaux d'intérêt sont-ils des entreprises ? », *AJDA*, 2007, p. 1331.

-« L'intrusion du droit communautaire de la concurrence dans le champ de la protection sociale », *D. S.*, 1996, p. 84.

VIGNEAU Christophe, « De la soustraction des accords collectifs aux règles communautaires de concurrence », *JCP E.*, n° 25, 21 juin 2001, p. 1032.

WOLKOWITSCH Maurice, « L'assurance en France », *Annales de géographie*, 1989, volume 98, n° 550, pp. 646-657.

## **B-Chroniques de la jurisprudence**

-« Législation communautaire, C-assurances », *JCP E.*, 27 juin 1991, n° 26, 64, Droit communautaire des affaires, GAVALDA Christian et PARLÉANI Gilbert.

-« D- Règlement du 31 mai 1991 concernant l'application de l'article 85 § 3 à certaines catégories d'accords dans le domaine des assurances », *JCP E.*, 12 mars 1992, n° 11, 130, GAVALDA Christian et PARLÉANI Gilbert.

-Chronique de législation communautaire, VII « assurances », *JCP G.*, 9 janvier 1991, n° 2, I-3481, BOUTARD-LABARDE Maire-Chantal et VOGEL Louis.

-« L'adhésion à un contrat d'assurance collectif imposée par un barreau », *Revue Lamy Droit des Affaires*, 1 mai 2003, n° 59, Jurisprudence, Concurrence.

-« Sommaire de jurisprudence », *JCP G.*, 4 décembre 2002, n° 49, IV 2954.

-« Ententes: consultation Publique relative au projet de révision du règlement d'exemption par catégorie dans le secteur des assurances », *Resp. civ. et assur.*, novembre 2009, n° 11, Alerte 24.

-« Ententes : la commission adopte un nouveau règlement d'exemption en faveur du secteur de l'assurance », *CCC.*, mai 2010, n° 5, Alerte 40.

-« Entente : secteur de la médecine libérale conventionnée », *Revue Lamy Droit des Affaires*, 1 février 2000, n° 24, Jurisprudence, Concurrence.

-« Précision sur la qualification et le régime juridique du boycottage », *Revue Lamy Droit des Affaires*, 1 janvier 2003, n° 56, Jurisprudence, Concurrence.

-« La notion d'entreprise partie à une entente », *Revue Lamy Droit des Affaires*, 1 janvier 2000, n° 23, Jurisprudence, Concurrence.

-« La notion d'opérateur économique en droit des contrats publics », *Revue Lamy de la Concurrence*, 1 septembre 2008, n° 17 Actualité, Concurrence et droit public, Éclairage.

-« Nouvelle invasion ou confirmation du domaine du droit de la concurrence ? À propos de quelques développements récentes », *Europe*, janvier 1996, n° 1, IDOT Laurence.

-« La nullité de contrat d'assurance pour absence d'aléa », *Resp. civ. et assur.*, janvier 2000, n° 1, GROUDEL Hubert.

### C-Textes disponibles en ligne

BIGGAR Darryl, Concurrence et questions de réglementation connexes, *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence*, 6 décembre 2001, vol. 3, n° 3, p. 82 et s., [http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/revue-de-l-ocde-sur-le-droit-et-la-politique-de-la-concurrence/volume-3/issue-3\\_clp-v3-3-fr#page83](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/revue-de-l-ocde-sur-le-droit-et-la-politique-de-la-concurrence/volume-3/issue-3_clp-v3-3-fr#page83). Consulté le 1 septembre 2014.

CARLOT Jean-François, Cabinet d'Avocat, Support de cours de droit des assurances, <http://www.jurisques.com/cass.htm>, Dernière mise à jour : 26 novembre 2011, Consulté le 09 septembre 2013.

CHARBENTIER Arthur, Université de Rennes 1, « Mutualisation et la loi des grands nombres », <http://blogperso.univ-rennes1.fr/arthur.charpentier/index.php/post/2009/06/23/Mutualisation-et-loi-des-grands-nombres>, Consulté le 1 mai 2009.

DICKINSON Gérard, « La concurrence internationale dans les assurances », *Monnaie et finances internationales*, p. 69, [http://www.cepii.fr/IE/PDF/EI\\_28-4.pdf](http://www.cepii.fr/IE/PDF/EI_28-4.pdf), Consulté le 01 juin 2015.

DUBUISSON Bernard, Dépôt Institutionnel de l'Académie « Luvain », *Le droit applicable au contrat d'assurance dans un espace européen intégré*, Disponible sur [http://dial.academielouvain.be/downloader/downloader.pypid=boreal:4696&datastream=PDF\\_06](http://dial.academielouvain.be/downloader/downloader.pypid=boreal:4696&datastream=PDF_06), Consulté le 08/01/2014.

FORT Laura, La Tribune, « Le palmarès des assureurs les plus importants de France », <http://www.latribune.fr/vos-finances/assurance/20110728trib000639368/le-palmares-des-assureurs-les-plus-importants-de-france.html>, Dernière mise à jour : 27 août 2011, Consulté le 13 novembre 2013.

GERMAIN Sabine, Limoge François, « Top 30 de la prévoyance, Un petit marché concentré », *L'argus de l'assurance*, <http://www.argusdelassurance.com/dossier/top-30-de-la-prevoyance.55418>, Dernière mise à jour : 6 avril 2012, Consulté le 13 novembre 2013.

HACOT Maxime, Solucom, « *Un nouveau concurrent sur le marché de l'assurance IARD* », <http://www.solucominsight.fr/2012/11/un-nouveau-conquerant-sur-le-marche-de-lassurance-iard/>, Dernière mise à jour : 28 novembre 2012, Consulté le 14 novembre 2013.

LABILLOY Bertrand, La Jaune et La Rouge, La Revue de la communauté polytechnicienne, « *quel avenir pour la régulation du marché européen de l'assurance ?* », n° 560, décembre 2000, <http://www.lajauneetlarouge.com/article/quel-avenir-pour-la-regulation-du-marche-europeen-de-lassurance>, Consulté le 6 mars 2014.

LIEDTKE Patrick, « *L'assurance et son rôle prépondérant dans les économies modernes* », [http://www.ffsa.fr/webffsa/risques.nsf/b724c3eb326a8defc12572290050915b/a6f6d0cd9a0c0cd5c125723a0035da69/\\$FILE/Risques\\_063\\_0024.htm#n1](http://www.ffsa.fr/webffsa/risques.nsf/b724c3eb326a8defc12572290050915b/a6f6d0cd9a0c0cd5c125723a0035da69/$FILE/Risques_063_0024.htm#n1), Consulté le 11 juin 2014.

PICARD Pierre, « *Marché d'assurance et solidarité* », FFSA, [http://www.ffsa.fr/webffsa/risques.nsf/b724c3eb326a8defc12572290050915b/422db7b8cf38a09fc12573e60050f9a3/\\$FILE/Risques\\_45\\_0014.htm](http://www.ffsa.fr/webffsa/risques.nsf/b724c3eb326a8defc12572290050915b/422db7b8cf38a09fc12573e60050f9a3/$FILE/Risques_45_0014.htm), Consulté le 20 février 2014.

TRAINAR Philippe, « *Sécurité financière et compétitivité* », La Revue Risques, [http://revue-risques.fr/revue/risques/html/Risques\\_43\\_0012.htm/\\$file/Risques\\_43\\_0012.html](http://revue-risques.fr/revue/risques/html/Risques_43_0012.htm/$file/Risques_43_0012.html), Consulté le 4 novembre 2015.

## D-Sites numériques

-Commission Européenne, Concurrence, Rapports annuels, [http://ec.europa.eu/competition/publications/annual\\_report/index.html#rep\\_1990](http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_report/index.html#rep_1990), Consulté le samedi 30 novembre 2013 : Cf., notamment rapport 1999, « *Club protection et indemnisation assurance de responsabilités contractuelles des armateurs* », p. 51.

-Fédération Française des Entreprises d'Assurance, « *L'assurance, une profession réglementée* », [http://www.ffsa.fr/sites/jcms/c\\_24016/fr/l-assurance-une-profession-reglementee?cc=fn\\_7369](http://www.ffsa.fr/sites/jcms/c_24016/fr/l-assurance-une-profession-reglementee?cc=fn_7369), Consultée le 1 octobre 2008.

-Fileane.com, « *Nos réseaux de vie: de l'assurance à la solidarité* », Mise en ligne le 11 août 2010, [http://www.fileane.com/interfaces/plan\\_du\\_site.htm](http://www.fileane.com/interfaces/plan_du_site.htm), Consulté le 18 février 2014.

-Gide assurance Devis Assurances, Guide-Assurance Comparateur Gratuit, « *La concurrence en assurance automobile* », <http://guideassurance.blogspot.fr/2012/03/la-concurrence-en-assurance-automobile.html>, Consulté le Jeudi 1 mars 2012.

-La Jaune et La Rouge, La Revue de la communauté polytechnicienne, Alain Tosetti, « *La loi des grands nombres en assurance : ni nécessaire ni suffisante* », n° 560, décembre 2000, <http://www.lajauneetlarouge.com/article/la-loi-des-grands-nombres-en-assurance-ni-necessaire-ni-suffisante>, Consulté le 5 juin 2014.

-La Jaune et La Rouge, La Revue de la communauté polytechnicienne, Claude Bébéar et Gaëlle Olivier, « *Quel avenir pour les entreprises d'assurance aujourd'hui* », n° 560, décembre 2000, <http://www.lajauneetlarouge.com/article/quel-avenir-pour-les-entreprises->

[dassurance-aujourdhui](#), Consulté le 15 mai 2015.

-News-assurance/pro, « *Marché : Les assureurs contrôlent 50% des actifs européen* », <http://www.newsassurancespro.com/marche-les-assureurs-detiennent-50-des-actifs-europeens-sous-gestion/0169275894>, Consulté le 11 juin 2014.

-Sécurité sociale, « *Chiffres clés 2014 de la sécurité sociale* », Disponible sur le lien : <http://www.securite-sociale.fr/>, mis à jour 14 septembre 2015, Consulté le 8 décembre 2015.

- « *Haut conseil pour l'avenir de l'assurance maladie* », Note adoptée à l'unanimité, Séance du 24 janvier 2013, [http://www.securite-sociale.fr/IMG/pdf/hcaam\\_note\\_solidarite\\_assurance\\_maladie\\_2013.pdf](http://www.securite-sociale.fr/IMG/pdf/hcaam_note_solidarite_assurance_maladie_2013.pdf), Consulté le 19 février 2014.

- « *Actualité, Europe et international, Point d'information, Le monopole de la Sécurité Sociale* », Page mise à jour le 11 février 2014, <http://www.securite-sociale.fr/Le-monopole-de-la-Securite-sociale#nh11>, Consulté le 11 mai 2014.

-Statistical analysis system (SAS), « *Assuré votre mise en conformité à Solvabilité II* », <http://www.sas.com/offices/europe/france/software/industries/assurance/solvency-ii.html>, Consulté le 15 novembre 2013.

-Vie Publique, « *Assistance Assurance et Protection sociale* », <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/finances-publiques/approfondissements/assistance-assurance-protection-sociale.html>, Mise en ligne le 30 mai 2006, Consulté le 27 février 2014.

## V-COLLOQUES, JOURNÉE D'ÉTUDES ET ATELIERS

-« Journées d'études et de recherches de droit des activités économiques », Martine Behar-Touchais, « La notion d'entreprise en droit communautaire », in *Entreprise, intérêt général et marché unique*, 30 janvier 1992, ss dir. De M. Debène, P.U. de Rouen, 1995, pp. 19-26

-« Entreprises en difficulté et concurrence » colloque des 7 et 8 octobre 1994, organisé par l'université de Rennes I, publié à la *RIDE*, n° 2/1995 : *Rev. Conc. Cons.* n° 143, juillet, août, septembre, 2005.

-« Service public et communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché », Jusé Luis Buendia Sierra, « Services d'intérêt général en Europe », Organisé par CEDECE, IRENE et IUF, Strasbourg, 17 octobre 1996.

-« Droit boursier et droit de la concurrence », colloque du 7 avril 1999, organisé par la DGCCRF, *P. A.*, 21 juillet 1999, n° 144.

-« Droit de la concurrence et droit privé », colloque organisé à l'Université Lyon II le 15 octobre 1999, *Cah. dr. Ente.*, n° 5/2000.

-« Assurance et solidarité », 10 novembre 1999, *RGDA.*, n° 3, 2002, p. 780-887.

-« Conférence internationale sur les assurances maritimes », *Le Droit Maritime Français*, 1

mars 2000, n°602, colloque, VIALARD Antoine.

-« Les principes généraux du droit de l'environnement », Actes du colloque de l'Université d'Artois, *D. Env.* 2001, n° 90.

-« Concurrence et protection sociale en Europe », Daniel Gadbin, « Principes communautaires et régimes professionnels de retraite », Organisé par l'Université Rennes 1, des 25 et 26 octobre 2001, publié in P. H. Hassenteufel et S. Hennion-Moreau, *Concurrence et protection sociale en Europe*, Rennes, PUR, 2004, coll. « Res Publica », p. 320.

-« *La concurrence en assurance est-elle originale ?* », Atelier 4 organisé par la FFSA, les entretiens de l'assurance – 2002, p. 44.

-« *Entreprises en difficulté et application du droit de la concurrence* », Atelier concurrence organisé par la DGCCRF le 23 juin 2004, *Rev. Conc. Cons.* n° 143, juillet, août, septembre, 2005.

-« Assurance vie et commercialisation à distance des produits d'assurance », Joël Monnet, Communication lors de colloque « L'assurance à distance », 1er Rendez vous de Niort en collaboration avec le centre d'études juridiques de La Rochelle, 17 Novembre 2005.

-« L'anticipation des risques dans l'entreprise », Colloque du 31 janvier 2014, organisé par l'université de La Rochelle, RLDA n° 91, 1 mars 2014.

## VI-INTERVIEWS

BARTHELEMY Jacques et WISMER Franck, « Regards croisés sur les clauses de désignation et de migration », Interview réalisée par Jean-René le Meur, *Les Cahiers du DRH*, 2012, n° 185.

THIERRY Philippe, « L'assurance à la croisée des chemins », *Rev. Éco. Fin.*, 2005 volume 80, Numéro 80, p. 203-210.

## VII-ACTIVITÉS DES INSTITUTIONS EUROPÉENNES

### A-Traité

-Traité du Rome instituant la communauté économique européenne, traité de Rome, du 1957.

-Traité instituant la communauté européenne, *JOCE*, 24 décembre 2002, C 325/184d.

-Traité sur le fonctionnement de l'union européenne, *JOCE*, 9 mai 2008, C 115/47.

## B-Règlements

-17/62, Conseil, 6 février 1962, Relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 85 et 86 du traité, *JOCE*, n° 13, 21 février 1962.

-1408/71/CEE, Conseil du 14 juin 1971, Relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la communauté, *JOCE*, n° L 149, 5 juillet 1971.

-1534/91, Conseil, 31 mai 1991, Relatif à l'application des articles 85 § 3 à certaines catégories d'accords dans le domaine des assurances, *JOCE*, L143, 7 juin 1991.

-3932/92, Commission, 21 décembre 1992, Relatif à l'application de l'article 85 § 3 du traité à certaines catégories d'accords de décisions et de pratiques concertées dans le domaine des assurances, *JOCE*, L 398, 31 décembre 1992.

-994/98, Conseil, 7 mai 1998, Relatif à l'application des articles 87 (ex-article 92) (107 TFUE) et 88 (ex-article 93) (108 TFUE) du traité instituant la Communauté européenne à certaines catégories d'aides d'État horizontales, *JOCE*, L 142, 14 mai 1998.

-659/1999, Conseil, 22 mars 1999, Portant modalités d'application de l'article 108 du TFUE, *JOCE*, L. 83, 27 mars 1999.

-1/2003, Conseil, 16 décembre 2002, Relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *JOCE*, L 1, 4 janvier 2003.

-358/2003, Commission, 27 février 2003, Relatif à l'application de l'article 81 § 3 du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le domaine des assurances, *JOUE*, L 53/8, 28 février 2003.

-139/2004, Commission, 20 janvier 2004, Relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, *JOCE*, L. 024, 29 janvier 2004, p. 0001-0022.

-2236/2004, Commission, 29 décembre 2004, Portant adoption de certaines normes comptables internationales conformément au règlement (CE) no 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil, pour ce qui concerne les normes internationales d'information financière IFRS 1, 3, 4 et 5, les normes comptables internationales IAS 1, 10, 12, 14, 16 à 19, 22, 27, 28 et 31 à 41, et les interprétations du comité permanent d'interprétation SIC 9, 22, 28 et 32, *JOCE*, L. 392/1, 31 décembre 2004.

-1998/2006, Commission, 15 décembre 2006, Relative à l'application des articles 87 (107 TFUE) et 88 (108 TFUE) du traité aux aides de minimis, *JOCE*, L 379/5, 28 décembre 2006.

-267/2010, Commission, 24 mars 2010, Relative à l'application de l'article 101 § 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le secteur des assurances, *JOUE*, L81/1, 30 mars 2010.

-651/2014, Commission, 17 juin 2014, Déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité, *JOUE*, L 187/1, 26

juin 2014.

## **C-Directives**

-64/225, Conseil Européen, 25 février 1964, Visant à supprimer en matière de réassurance et de rétrocession les restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services, *JOCE* 878/64, 4 avril 1964.

-73/239, Conseil, 24 juillet 1973, Assurance non-vie, *JOCE* L 228, 16 août 1973.

-78/473, Conseil, du 30 mai 1978, Portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives en matière de coassurance communautaire, *JOCE* 151, 7 juin 1978, p. 25.

-79/267, Conseil, 5 mars 1979, Assurance vie, *JOCE*, L 63, 13 mars 1979.

-88/357, Conseil, 22 juillet 1988, Assurance non-vie, *JOCE*, L 172, 4 juillet 1988.

-90/619, Conseil, 8 novembre 1990, Assurance vie, *JOCE*, L 330, 29 novembre 1990.

-92/49 du Conseil du 18 juin 1992, Assurance non-vie, *JOCE*, L 228, 11 août 1992.

-92/96, Conseil, 18 juin 1992, Assurance vie, *JOCE*, L 360, 9 décembre 1992.

-98/49, Conseil, 29 juin 1998, Relative à la sauvegarde des droits à pension complémentaire des travailleurs salariés et non salariés se déplaçant à l'intérieur de la communauté, *JOCE*, L 209, 25 juillet 1998.

-2002/12/CE et 2002/13/CE du Parlement européen et du Conseil, 5 mars 2002, Modifiant la directive 79/267/CEE du Conseil en ce qui concerne l'exigence de marge de solvabilité des entreprises d'assurance vie et en ce qui concerne l'exigence de marge de solvabilité des entreprises d'assurance non-vie, *JOCE*, n° L 77, 20 mars 2002.

-2002/83/CE du Parlement européen et du Conseil, 5 novembre 2002, Relative à l'assurance directe vie, *JOCE*, L. 345, 19 décembre 2002.

-2005/68/ du Parlement européen et du Conseil, 16 novembre 2005, Relative à la réassurance et modifiant les directives 73/239/CEE et 92/49/CEE du Conseil ainsi que les directives 98/78/CE et 2002/83/CE, *JOUE*, L. 323, 09 décembre 2005, p. 1.

-2009/138 du parlement européen et du Conseil, 25 novembre 2009, Relative à l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice « Solvabilité II », *JOUE*, L. 3335/1, 17 décembre 2009.

## **D-Jurisprudence européenne**

## a-Cour de justice

- C.J.C.E., 20 février 1964, *Costa c/ ENEL*, Rec. C.J.C.E., p. 1141 ; 19 juin 1973, *Capolongo*, Rec., p. 611 ; 22 mars 1977, *Iannelli et Volpi*, Rec. 1964, p. 557.
- C.J.C.E., 2 juillet 1974, *Italie c/ Commission*, aff. 173/73, Rec. 1974, p. 709.
- C.J.C.E., 7 février 1984, *Duphar*, aff 238/82, Rec. 1984, P. 523, pt 16.
- C.J.C.E., 12 juillet 1984, *Hydrotherm c/ Compact*, aff. 170/83, : Rec. 1984, P. 2999.
- C.J.C.E., 27 janvier 1987, *Verband der Sachversicherer e.V. contre Commission des Communautés européennes*, aff., 45/85, Rec. 1987, P. 00405.
- C.J.C.E., 16 juin 1987, *Commission c/Italie*, aff.118/85, Rec. 1987, p. 2599.
- C.J.C.E., 23 avril 1991, *Klaus Höfner et Fritz Elser contre Macrotron GmbH.*, aff. C-41/90.
- C.J.C.E., 18 juin 1991, *Elliniki Radiophonia Tileorassi*, « Ert », aff. 260/89.
- C.J.C.E., 17 février 1993, *Christian Poucet c/ AGF et Camulrac et Pistre c/ Cancava*, Rec. 1993, aff., C-159/91 et 160/91, 1993, P. I-00637 ; *JCP G* 1993, I, 3702, n° 5, obs. M. Ch. Boutard-Labarde ; *Dr. Soc.* 1993., Note P. Laigre, p. 488 ; *ibid.*, obs. J.-J. Dupeyroux, p. 494 ; *RDSS* 1993. 310, obs. G. Vachet ; *ibid.* 554, note P. Chenillet ; *RTD com.* 1993., obs. C. Bolze, p. 429 ; *ibid.* 1994., étude G. Lhuilier, p. 645 ; *RTD eur.* 1995., chron. J.-B. Blaise et L. Idot, p. 39.
- C.J.C.E., 16 novembre 1995, *FFSA e.a. Ministre/agriculture et de la pêche*, aff. C-244/94, Rec. 1996, P.I- 4013. J. B. Blaise, *RAE*, 1996, p. 67 : Laurance Idot, « Nouvelle invasion ou confirmation du domaine du droit de la concurrence ? À propos de quelques développements récentes », *Europe*, janvier 1996, chron. N° 1 ; Ph. Laigre, « L'intrusion du droit communautaire de la concurrence dans le champ de la protection sociale », *Dr. Soc.*, n° 1/1996, p. 82.
- C.J.C.E., 26 mars 1996, *Garcia c/Mutuelle de prévoyance sociale d'Aquitaine*, aff. C-238/94, Rec. 1996, I, p. 1673.
- C.J.C.E., 26 septembre 1996, *République française c/ Commission*, aff. C-241/94, Rec. 1996, p. I-4551.
- C.J.C.E., 18 juin 1998, *Commission c/Italie*, aff., C-35/96, Rec. 1998, p. I-3851.
- C.J.C.E., 18 juin 1998, *Corsica Ferries France*, C-266/96, Rec. 1998, p. I-3949.
- C.J.C.E., 10 novembre 1998, *BFI Holding*, aff. 360/98, Rec. 1998, I, p. 6821, *BJCP* 1999, n° 2, p. 155, concl. La Pergola A., *Rev. marchés publ.* 1998, p. 28.
- C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Albany international BV/Stichting Brdrijfspensiofnfonds*, aff. C-67/96, Rec. 1999, I, p.5751.

- C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Brentjens'Handelsonderneming BV*, aff. C-115/97 à C-117/97, *Rec.* 1999, p. I-6025.
- C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Drijvende Bokken*, aff., C-219/97, *Rec.* 1999, p. I-6121.
- C.J.C.E., 18 mai 2000, *Commission c/ Royaume de Belgique*, aff. C-206/98, *Rec.* 2000, p. I-3509.
- C.J.C.E., 12 septembre 2000, *Pavel Pavlov e.a et Sticing Pensioenfonds Medische Specialisten*, aff. C-180/98 à C-184/98, *Rec.* 2000, I, p. 6451.
- C.J.C.E., 12 septembre 2000, *H. Van der Woude*, aff. C-222/98, *Rec.* 2000, I, p.7111.
- C.J.C.E., 25 octobre 2001, *Firma Ambulanz Glöckner*, aff., C- 475/99, *Rec.* 2001, I-08089 pour les ambulanciers.
- C.J.C.E., 25 octobre 2001, *Firma Ambulanz Glöckner*, aff., C- 475/99, *Rec.* 2001, I-08089.
- C.J.C.E., 22 janvier 2002, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas contre Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)*, aff. C-218/00, *Rec.* 2000, P. I-00691 ; *Europe* 2002, comm. N° 109, obs. L. Idot.
- C.J.C.E., 19 février 2002, *Wouters, savelbergh, Price Watrhouse Belastingadviseurs BV*, aff.,C-309/99, *Rec.* 2002, p. I-1577.
- C.J.C.E., 22 mai 2003, *Freskot AE contre Elliniko Dimosio*, aff. C-355/00, *Rec.* 2003, p. I-05263.
- C.J.C.E., 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg, Nabverkehrs-gesellschaft Altmark GmbH*, aff. C-280/00, *Rec.* 2003, I-7747 ; *AJDA* 2003. 1739, note Rodrigues ; *JCP A* 2003, 1822, note Boudier.
- C.J.C.E., 16 mars 2004, *AOK Bundesverband e.a.*, aff. Jtes C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, *Rec.* 2004, p. I-2493.
- C.J.C.E., 7 septembre 2004, *commission c/ République française*, aff. C-347-02, *RGDA* 2004, p. 1057, note Parléani.
- C.J.C.E., 18 juillet 2006, *Meca-Medina*, aff. C-519/04P, *Dr. adm.* 2006, *comm.* 147 ; *Bulletin d'actualité Lamy Droit du sport*, 2006, n° 37, note Rizzo F.
- C.J.U.E., 5 mars 2009, *Kattner Stahlbau GmbH contre Maschinenbau- und Metall-Berufsgenossenschaft*, aff. C- 350/07, *Rec.* 2009, I, p. 1513, *Europe* 2009, comm.198, obs. Ido L.
- C.J.U.E., 11 juin 2009, *Oymanns Orthopädie Schuhtechnik*, aff. C-300/07, *BJCP* 2009, p. 497.
- C.J.U.E., 3 mars 2011, *AG2R Prévoyance contre Beaudout Père et Fils SARL*, aff. c-437/09, obs., F. Kessler et D. Jonin, *RJS* 6/2001, p. 446.

## **b-Tribunal de première instance**

-TPICE, 7 octobre 1999, *Irish Sugar c/Commission*, aff. T 228-97, *Rec.* 1999, p. II-02969.

-TPICE, 12 décembre 2006, aff-T155/04, *SELEX Sisemi Integrati ApA c/ Commission*, *Rec.* 2006, II, p. 4797.

## **c-Commission**

### **1-Décisions**

-3 avril 1995, aff. IV, M. 539, *Allianz/Elvia et Lloyd Adriatico*.

-14 mars 1995, aff. IV, M. 518, *Winthertür/Schweize Rück*.

-26 juillet 1995, aff. IV, M. 606, *Generali/Comit/Previnet*.

-20 décembre 1996, aff. M 862, *AXA/UAP*.

-7 février 1997, aff. COMP/M. 880, *Schweizer RE/Uniorias*.

-8 mai 1998, aff. COMP/M.1082, *Allianz/AGF*.

-18 septembre 1998, aff. COMP/M. 1306, *Berkshire Hathaway/General RE*.

-27 juillet 2001, aff. COMP/M.2491, *SampoStorebrand*.

-18 décembre 2001, aff. COMP/M.2676, *Sampo/Varma Sampo/If Holding*.

-28 février 2003, aff. COMP/M. 3035, *Berkshire Hathaway/Converium/Gaum*.

-2 juin 2004, E 46/2001, *Exonération de la taxe sur les contrats d'assurance maladie*.

-19 janvier 2005, aff. COMP/M.3556, *Fortis/BCP*.

-20 juillet 2005, Aide d'Etat E 21/2004 – France, *Aide à la Mutualité Fonction Publique et ses mutuelles membres*, C(2005) 2712 final.

-20 janvier 2006, aff. COMP/M. 4047, *Aviva/Ark Life*.

-3 décembre 2007, aff. COMP/M.4701, *Generali/PPF Insurance Business*.

-15 avril 2008, aff. COMP/M.5083, *Groupama/OTP Garancia*.

-14 juillet 2008, aff. COMP/M.5010, *Berkshire Hathaway/Munich Re/GAUM*.

-26 janvier 2011, C(2011) 267, *Concernant les régimes d'aide C 50/07 que la France envisage de mettre à exécution en faveur du développement des contrats d'assurance maladie solidaires et responsables et des contrats d'assurance complémentaires collectifs contre les risques de décès, incapacité et invalidité*, JOUE L. 143/16, 31 avril 2011.

-3 août 2011, aff. COMP/M. 6217, *Baloise Holding/Nateus/Nateus Life*.

## **2-Communications et livres**

-Comm., Les services d'intérêt économique général en Europe, Commission des Communautés Européennes, *JOCE C 281*, 26 septembre 1996, p. 3.

-Comm., 97/C 372/03, Sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *JOCE C372*, 9 décembre 1997, p. 5.

-Comm., Relative à l'application des articles 92 et 93 du traité à l'assurance-crédit à l'exportation à court terme, *JOCE C 281/03*, 17 septembre 1997.

-Comm., 4064/89, Sur le calcul du chiffre d'affaires conformément au règlement du Conseil relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, *JOCE C 066*, 2 mars 1998, p. 25.

-Comm., Les services d'intérêt général en Europe, *JOCE C/017*, 19 janvier 2001, p. 4.

-Livre vert, COM/2003/0270 final, Les services d'intérêt général, 21 mai 2003, *JOCE C/ 76*, 25 mars 2004.

-Livre blanc, COM(2004) 374 final, Les services d'intérêt général, 12 mai 2004, non publié.

-Comm., COM(2006) 177 final, Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne. Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union Européenne, 26 avril 2006, non publié.

-Comm., Cadre communautaire temporaire pour les aides d'état destinées à favoriser l'accès au financement dans le contexte de la crise économique et financière actuelle, *JOUE C 16/1*, 22 janvier 2009.

-Communiqué de presse, Rapport relatif au droit des contrats d'assurance européenne, 27 février 2014, IP 14/194.

-Communiqué de presse, Rapport sur le fonctionnement du règlement d'exemption par catégorie dans le secteur des assurances, Bruxelles, 17 mars 2016, disponible sur le lien : [[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-861\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-861_fr.htm)].

## **3-Rapports**

-Rapport annuel, XXIIe, 1992, Bruxelles, Luxembourg, 1993.

-Rapport annuel sur la politique de la concurrence, Bruxelles, 23 juillet 2009.

-Cinquième rapport sur les aides d'État dans le Communauté européenne, Bruxelles-Luxembourg 1997, P. 20.

## VIII- ACTIVITÉS DES INSTITUTIONS FRANÇAISES

### A-Conseil constitutionnel

-Cons. Const. Déc., 27 décembre 2002, *Relative à la loi de finance pour 2003*, n° 2002-464 DC, Rec. 583. *AJDA* 2003. 684, note Ogier-Bernaud.

-Cons. Const. Déc., 21 janvier 2011, *Société Chaud Colatine*, n° 2010-89 QPC.

-Cons. Const. Déc., 11 février 2011, n° 2010-102, QPC, *M. Pierre L.*

-Cons. Const. Déc., 13 juin 2013, n° 2013-172 DC.

### B-Conseil d'État

-Déc., 8 novembre 1996, FFSA, n° 122644, *RDS*, 5 juin 1997, n° 22, pp. 281-285, not, François-Henri BRIARD ; *D.*, *Sirey*, n° 22, 5 juin 1997, pp. 281-285, Note, François-Henri BRIARD ; Lebon, p. 441, *RJS*, 2/97, n° 195.

-Déc., 12 février 1997, Fédération des mutuelles de France : *Europe* 1997, comm. n° 161, obs. F. Lagondet.

-Déc., 7 juillet 2000, FFSA, n° 198564.

-Déc., 29 octobre 2008, n° 306449, relative à l'avenant n° 23 à la convention nationale des médecins généralistes et des médecins spécialistes, *Inédit au Recueil Lebon*.

-Déc., 3 avril 2015, n° 386336.

### C-Cour de cassation

#### a-Chambre civile :

-Civ., 1<sup>re</sup>, 17 février 1990, *Bull. Civ.*, I, n° 52.

-Civ., 1<sup>re</sup>, 15 mai 1990, *Bull. Civ.* 1990, I, n°103.

- Civ. 1<sup>re</sup>, 12 février 1991, *RGAT* 1991, p. 363.
- Civ., 1<sup>re</sup>, 11 octobre 1994, *Bull. Civ.*, I, n° 277.
- Civ., 1<sup>re</sup>, 22 oct. 1996, n° 93-17255 : *Bull. Civ.* 1996, IV, p. 252, n° 360 : *RTD Com.* 1997, p. 85, note J. Derruppé. Comp.
- Civ., 1<sup>re</sup>, 9 novembre 1999, *RVA* 200, comm., n° 33.
- Civ., 1<sup>re</sup>, 4 novembre 2003, *Bull. Civ.*, I, n° 220.

#### **b-Chambre commerciale :**

- Com., 6 avril 1993, n° 90-13.625, *Bull. Civ.* 1993, IV, n° 137, p. 93 ; *Dr. soc.* 1993. 488, note P. Laigre ; *Ibid.* 494, obs. J.-J. Dupeyroux ; *RDSS* 1994. 110, obs. G. Vachet.
- Com., 12 juillet 1993, n° 90-14.484, *Bonet*, *CCC* 1993, comm. 151, obs. Vogel L.
- Com., 21 octobre 1997, n° 95-14.457.
- Com., 22 octobre 2002, n° 00-18.048
- Com., 18 mai 1999, *BOCCRF*, 22 juin 1999, p. 327.
- Com., 5 mai 2009, n° 08-17599 : *Bull. Joly Sociétés*, 2009, p. 973, note M. Teller.
- Com., 14 sept. 2010, n° 09-14322, F-P+B, *L'essentiel Droit des assurances*, 5 novembre 2010, n° 2, p. 6, obs. Marly Pierre-Grégoire.

#### **c-Chambre sociale :**

- Soc., 10 mars 1994, n° 91-11.516, *Bull. Civ.* 1994, V, n° 87, p. 60 ; *Dr. Soc.*, Avril 1994, p. 385, obs. J.J. DUPEYROUX ; *D.* 1994, somm. P. 302, obs. P. Langlois.
- Soc., 11 mars 1999, n° 97-18.403, *Théry*, *Europe nov.* 1999, comm. 382.
- Soc., 10 octobre 2007, *Capricel Prévoyance*, *Dr. Soc.* 2007, p. 131, obs., J. Barthélémy
- Soc., 21 janvier 2009, FS-P+B, n°07-12.411, *D. act.*, 5 février 2009, note B. Inès.
- Soc., 21 novembre 2012, n° 10-21254, 10-21255, 10-21256, 10-21257.
- Soc., 11 février 2015, n° 13-26.015, n° 13-26.016.

### **d-Chambre criminelle :**

-Crim., 12 février 1990, n° 89-80815, *JCP G* 1990, II, 21582, note P. Conte.

-Crim., 17 mars 1992, *Bull. Crim.*, n° 114.

-Crim., 25 novembre 1992, n° 91-83.512, *Bull. Crim.* 1992, n° 389, p. 1068.

### **e-Chambre mixte :**

-23 novembre 2004, quatre arrêts, *Bull. Civ.* 2004, ch. Mixte, n° 4 ; *RGDA* 2005, p. 110, note Mayaux.

### **D-Cour d'appel**

-Paris, 1er chambre, sect. H, 22 mai 2001, *Sté 4 D*, *BOCCRF* 23 juin 2001, p. 530

-Paris, 5 décembre 1990, *OPEGA*, et la note de D. Thouvenin à la R4D sanit. Soc., 1991, pp. 465-471.

-Paris, 5 décembre 1991, recours de M. le secrétaire général du syndicat des opticiens français indépendants contre une décision du Conseil de la concurrence, *BOCCRF*, 3 janvier 1992, p. 3

-Paris, 14 juin 1995, Secteur de l'assurance ski, *BOCCRF* 20 juillet, 1995, p. 279.

Toulouse, 24 octobre 1995 : *JCP* 1996, II, 22595, note Bigot.

-Rouen, 10 septembre 1997, *Juris-Data* n° 1997-049806.

-Paris 2 octobre 2001 : *D.* 2001, inf. Rap. p. 3248 ; CA, Orléans, 7 janvier 2002, *Juris-Data* n° 2002-172971.

-Orléans, 7 janvier 2002, *Juris-Data* n° 2002-172971.

### **E-Tribunal d'instance**

-Toulouse, 7 février 2012, aff. 11-11-004074, *AG2R/SARL Holtz et fils*.

-Toulouse, 7 février 2012, aff. 11-11-002670, *AG2R/Galinier*.

### **F-Autorité de la concurrence**

## a-Décision

-Cons. Conc., 88-D-19, 19 avril 1988, Fédération française de ski, *BOCCRF* du 11 mai 1988, p. 131.

-Cons. Conc., 89-MC-08 du 30 mars 1989, Fédération française de motocyclisme et la Mutuelle nationale des sports, *BOCCRF*, 8 avril 1989, p. 94.

-Cons. Conc., 91-D-04 du 29 janvier 1991, relative à certaines pratiques de groupements d'opticiens et d'organismes fournissant des prestations complémentaires à l'assurance maladie, *BOCCRF*, 22 janvier 1991, p. 59.

-Cons. Conc., 91-D-43 du 22 octobre 1991, relative aux honoraires des chirurgiens, *Rapport d'activité 1991*, annexe 50.

-Cons. Conc., n° 93-D-20, 8 juin 1993, saisine présentée par la confédération européenne de défense des travailleurs indépendants, *BOCC* ; *Rec. ADCC* 1993, n° 537, p. 197, obs. V. Selinsky.

-Cons. Conc., 93-D-46 du 3 novembre 1993, relative à une saisine de Conseil National des professions de l'automobile à l'encontre de la Fédération nationale des syndicats d'agents généraux d'assurances, de la chambre syndicale des agents généraux d'assurances de l'Eure et de la chambre syndicale des agents généraux d'assurance de Calvados.

-Cons. Conc., 03-D-31 du 28 juin 1994, relative à la situation de la concurrence dans le secteur de l'assurance ski.

-Cons. Conc., 95-D-39 du 30 mai 1995, relative à la location d'emplacements publicitaires, *BOCCRF*, 25 août, p. 343, *Recueil Lamy*, n° 640, comm. Sélinsky V.

-Cons. Conc., 96-D-40 du 14 mai 1996, relative à la situation de la concurrence dans le secteur de l'assurance ski.

-Cons. Conc., 97-D-22 du 8 avril 1997, relative à une convention de tiers payant entre une mutuelle et un syndicat de pharmaciens, *BOCCRF* du 8 juillet 1997, p. 471.

-Cons. Conc., 95-D-50 du 4 juillet 1995, relative à des pratiques relevées sur les marchés de l'installation et de la maintenance des extincteurs.

-Cons. Conc., 98-D-25 du 17 mars 1998, relative à des pratiques mises en œuvre dans le domaine de la biologie médicale, *BOCCRF*, 16 juillet 1998, p. 405.

-Cons. Conc., 99-D-68 du 9 novembre 1999, relative à des pratiques mises en œuvre par la Fédération française des sociétés d'assurances.

-Cons. Conc., 99-D41 du 22 juin 1999, relative à des pratiques mises en œuvre par le Comité intersyndical du libre parisien et les syndicats composant cette coordination dans le secteur de l'imprimerie de publications : *BOCC* 1999, p. 566 ; *Rec. ADCC*, n° 797, comm. Paul Henri

Antonmattei.

-Cons. Conc., 91-D-43, 22 octobre 2001, relative aux honoraires des chirurgiens, Paris, 29 juin 1999, *BOCCRF*, 27 juillet 1999.

-Cons. Conc., 00-MC-08, 9 juin 2000, relative à des pratiques mises en œuvre par des compagnies de courtage.

-Cons. Conc., 00-D-62, 13 décembre 2000, relative aux usages de courtage sur la situation de la concurrence dans le secteur de l'assurance sur la vie et de capitalisation.

-Cons. Conc., 01-D-55, 21 décembre 2001, relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché du remboursement complémentaire à l'assurance maladie.

-Cons. Conc., 02-D-52, 4 septembre 2002, relative à une saisine de Monsieur Lefrançois portant sur la convention nationale destinée à organiser les rapports entre les médecins généralistes et les caisses d'assurance maladie, *BOCCRF* du 30 septembre 2002.

-Cons. Conc., 02-D-66, 6 novembre 2002, relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés d'assurance directe, *BOCCRF*, n° 2003-03, 23 février 2003.

-Cons. Conc., 02-D-76, 19 décembre 2002, relative à des pratiques mises en œuvre par les compagnies de courtage sur le marché d'assurance de responsabilité des collectivités publiques.

-Cons. Conc., 03-D-03 et n° 03-D-04, 16 janvier 2003, relative à des pratiques mises en œuvre respectivement par le barreau des avocats de Marseille et par le barreau d'Albert-ville en matière d'assurances, *BOCCRF* du 16.06.2003, pp. 323 et 327.

-Cons. Conc., 03-D-31, 2 juillet 2003, relative au secteur de l'assurance ski.

-Cons. Conc., 03-D-30, 2 juillet 2003, relative aux saisines du Syndicat européen des mandataires et intermédiaires d'assurance et des chambres syndicales d'agents généraux d'assurance d'Eure-et-loir, des Hauts-de-Seine et du Val d'Oise, *BOCCRF* du 8.10.2003, p. 716.

-Cons. Conc., 04-D-41, 4 août 2004, relative à une saisine de la société d'études et de souscription d'assurances (SESA) concernant le marché de l'assurance des véhicules de collection.

-Cons. Conc., 03-D-03, 5 juillet 2005, relative à des pratiques mises en œuvre par le barreau des avocats de Marseille en matière d'assurances.

-Cons. Conc., 06-D-34, 9 novembre 2006, relative à des saisines concernant le domaine de l'assurance de la responsabilité civile médicale.

-Cons. Conc., 09-D-07, 12 février 2009, relative à une saisine de la société Santéclair à l'encontre de pratiques mises en œuvre sur le marché de l'assurance complémentaire santé.

-ADLC., 09-DCC-16, 22 juin 2009, relative à une fusion entre les groupes Caisse d'Épargne/Banque Populaire.

-ADLC., 10-DCC-52, 2 juin 2010, relative à la création d'une Société de Groupe d'Assurance Mutuelle (« SGAM ») par la MACIF, la MAIF et la MATMUT.

-ADLC., 10-D-23 du 23 juillet 2010, relative à des pratiques mises en œuvre par la caisse de la mutualité sociale agricole de la Gironde.

-ADLC., 10-DCC-117, 14 septembre 2010, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Secura par le groupe QBE Insurance.

-ADLC., 10-DCC-138, 19 octobre 2010, relative à la prise de contrôle exclusif de MFPrévoyance par CNP Assurances.

-ADLC., 11-DCC-12, 1<sup>er</sup> février 2011, relative à la création d'une Union Mutualiste de Groupe par les groupes MGEN, MNH, la MNT, la MGET et la MAEE.

-ADLC., 12-DCC-36, 19 mars 2012, relative à la concentration des groupes Réunica et Arpège B. DÉLIMITATION DES MARCHÉS GÉOGRAPHIQUES.

-ADLC., 12-D-29, 21 décembre 2012, relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution d'assurances complémentaires à destination des joueurs de golf.

-ADLC., 13-DCC-126, 5 septembre 2013, relative à la prise de contrôle de la société Sofaxis par la société d'assurance mutuelle Sham.

-ADLC., 14-DCC-84, 20 juin 2014, relative à la prise de contrôle conjoint du groupe Primonial par les sociétés Crédit Mutuel Arkéa et Primonial Management.

-ADLC., 14-DCC-109, 28 juillet 2014, relative à la prise de contrôle exclusif de la Mutuelle Myriade par Eovi-MCD Mutuelle

-ADLC., 14-DCC-149, 13 octobre 2014, relative à la fusion du groupe AG2R La Mondiale et de la mutuelle ViaSanté.

-ADLC., déc., n° 14-DCC-161, 5 novembre 2014, relative à la fusion des groupes AG2R La Mondiale et Réunica.

ADLC., 14-DCC-171, 21 novembre 2014, relative à la prise de contrôle exclusif de Skandia Life SA et Skandia Invest SA par le groupe paritaire de protection sociale Apicil.

-ADLC., 14-DCC-182, 12 décembre 2014, relative à la prise de contrôle exclusif par le groupe Humanis d'un portefeuille de contrats d'assurance.

-ADLC., 15-DCC-16, 25 février 2015, relative à la création d'une Société de Groupe d'Assurance Mutuelle (« SGAM ») par le Groupe La Mutuelle Générale et le Groupe Malakoff Médéric.

-ADLC., 16-D-18, 8 septembre 2016, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la protection sociale des étudiants.

## **b-Avis**

- Cons. Conc., 92-A-01, 21 janvier 1992, relatif aux questions posées par le Syndicat français des assurances-conseils concernant la désignation par une convention collective d'un organisme de prévoyance unique, *Dr. Soc.*, n° 4/1992, pp.407-409, observation J.-J. Dupeyroux
- Cons. Conc., 96-A-10, 25 juin 1996, relatif à une demande d'avis de l'Association française des banques concernant le fonctionnement des services financiers de la Poste au regard du droit de la concurrence, *BCOORF*, 3 septembre 1996, p. 444.
- Cons. Conc., 98-A-03, 24 février 1998, relatif à une demande d'avis de la commission des finances du Sénat concernant la situation de la concurrence dans le secteur de l'assurance.
- Cons. Conc., 02-D-76, 19 décembre 2002, relatif à une saisine de la société CGU Courtage concernant un marché public de l'OPAC de Villeurbanne.
- Cons. Conc., 03-A-19, 17 novembre 2003, relatif à une demande de la Fédération française des courtiers d'assurances et de réassurances portant sur les conditions de négociation des contrats de coassurance des risques industriels.
- Cons. Conc., 03-A-21, 31 décembre 2003, relatif à la position de la Mutualité Fonction Publique sur le marché des prestations sociales au profit des agents publics.
- Cons. Conc., 05-A-12, 21 juin 2005, relatif aux conditions de commercialisation de contrat de prévoyance funéraire au regard de droit de la concurrence.
- Cons. Conc., 13-A-11, 29 mars 2013, relatif aux effets sur la concurrence de la généralisation de la couverture complémentaire collective des salariés en matière de prévoyance.

## **c-Lettres du ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi**

- Déc., C2007-49, Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'emploi du 21 août 2007 aux conseils de l'Institut de prévoyance AG2R Prévoyance et la société La Mondiale, relative à une concentration dans le secteur de l'assurance prévoyance santé et retraite, *BOCCRF*, 26 octobre 2007.
- Déc., C 2007-113, Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie du 21 août 2007 aux conseils de la société Quatrem Assurances collectives, relative à une concentration dans le secteur de l'assurance collective et de l'épargne retraite, *BOCCRF*, 6 décembre 2007.
- Déc., C 2007-133, Lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'emploi du 1er octobre 2007 au conseil de la société Suisse de participations d'Assurance, relative à une concentration dans le secteur de l'assurance-vie et de la capitalisation, *BOCCRF*, 25 janvier 2008.

-Déc., C2008-90 / Lettre du ministre de l'économie de l'industrie et de l'emploi du 10 septembre 2008 au conseil de la société Esca, relative à une concentration dans le secteur des assurances : Imperio Assurances/Esca, *BOCCRF*, 25 novembre 2008.

-Déc., C2008-77 / Lettre du ministre de l'économie de l'industrie et de l'emploi du 28 octobre 2008 aux conseils de la société Mutuelle Harmonie Mutualité, relative à une concentration dans le secteur des assurances santé complémentaire et de prévoyance, *BOCCRF*, 2 avril 2008.

#### **d-Rapport international**

-OCDE, Comité de droit et de la politique de la concurrence, Concurrence et questions de réglementation connexes dans l'assurance, *Revue de l'OCDE*, Paris OCDE, 1999.

#### **e-Rapport étatiques**

-Sénat, Commission des finances, La situation et les perspectives du secteur des assurances en France, Rapport d'information n° 45, 1998/1999, tome II. Disponible sur le site du Sénat : [www.senat.fr](http://www.senat.fr).

-C. cass., Rapport annuel 2003, L'égalité des opérateurs économiques dans l'exercice de la concurrence en droit interne, par C. Champalaune, Paris, 2004, p. 93

-Autorité du contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), Les chiffres du marché français de la banque et de l'assurance, Rapport 2014, 7 octobre 2015, disponible en ligne [[https://acpr.banque-france.fr/fileadmin/user\\_upload/acp/publications/rapports-annuels/20151007\\_Rapport\\_chiffre\\_2014.pdf](https://acpr.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/acp/publications/rapports-annuels/20151007_Rapport_chiffre_2014.pdf)].

#### **f-Rapports professionnels**

-FFSA, rapports annuels, disponible sur le lien <http://www.ffsa.fr>.

-Pôle de compétitivité mondiale, Finance innovation, Premier livre blanc « L'innovation dans l'assurance », 2010.

# INDEX ALPHABÉTIQUE

NB : Les numéros renvoient aux paragraphes.

## - A -

### **Abus de position dominante**

- Appréciation, 406, 408
- Principe de prohibition, 403, à 405

### **Accord de coopération particulier en assurance, 395 et s**

### **Aides d'État**

- Risques commerciaux et à court terme, 458 et 459
- Risques cessibles et risques non-cessibles, 459 et 460 et s

### **Aléa, 69 et s.**

### **Agrément, 217, 386, 515 et 516**

### **Application des règles du droit de la concurrence, 1**

### **Assurance**

- Collective (de groupe), 102 et s. 606 et s.
- Complémentaire, 560
- Définition, 31
- Dommages et personnes ou vie et non vie, 217 à 219, 222, 240, 241, 278
- Historique, 12 et s., 504, 505
- Soumission à la concurrence, 29

### **Autorité de la concurrence, 24 et s**

## - B -

### **Bancassurance, 18, 81, 116**

### **Boycott, 383 à 385**

### **Bureau central de tarification, 595**

## - C -

### **Caractère exclusivement social, 141, s**

- Risques de grand ampleur ou grand risques, 311, 313, 314, 330

### **Caractères particuliers du secteur des assurances, 29, 30, 409, 439, 441, 497, 498, 507, 525**

### **Clause de l'assureur le plus favorisé, 380**

### **Clause de désignation, 474 et s, 489**

### **Clause de recommandation, 484, 487**

### **Coassurance, 90 et s.**

### **Contrat d'assurance**

- Critique de définition, 57 et s
- Caractère aléatoire, 71 et s.

### **Conseil de la concurrence, 24**

### **Critère de définition du marché pertinent, 205 à 210**

### **Critère d'activité à caractère exclusivement social, 146 et s**

### **Critère d'activité économique d'entreprise, 174 et s,**

### **Concentration en assurance**

- Mobilités, 425 à 427, 532 et s
- Régime du contrôle, 428 et 429
- Calcul du chiffre d'affaires, 440 à 442

## - D -

### **Définition**

- contrat, opération et activité d'assurance, 57, 58.
- 61, 62, 68
- Technique, 65
- Contrat, 64
- Position dominante, 406

### **Dimension géographique des marchés d'assurance**

- Critères, 292, 295, 298, 316 à 318, 340
- Diversité, 297
- Risques de masse, 300 à 305, 331
- Européen, 344, 345, 346

### **Droit de la concurrence**

- Origine, 22, 496
- Définition, 362
- Objectif, 445, 615
- Sources, 23, 24

### **Droits exclusifs, 414 et s**

## - E -

### **Ententes**

- Pacte d'union, 374
- Primes et cotisations, 375
- Risques, 378 et s
- Accord collectifs, 390 à 392

### **Entreprise d'assurance**

- Captives, 310
- Définition, 118
- Diversité, 117, 127 à 129
- Marge de solvabilité, 521
- Qualification, 120, 122
- Statut général, 111, 112
- Variation des formes, 113

### **Éviction de marchés d'assurance, 416 et s**

### **Exemptions**

- Catégorielles dans l'assurance, 399 à 402
- Générales, 393, 454
- Particulières, 455

## - G -

### **Garanties obligatoires, 558**

### **Grands risques, 267, 313 et s., 598**

## - I -

### **Institutions de prévoyance, 129, 132**

- Responsabilité civile professionnelle, 268
- Responsabilité civile professionnelle des avocats, 386
- Responsabilité civile médicale, 412
- Responsabilité civile de véhicule, 231, 232
- Responsabilité nucléaire, 379
- Risques industriels, 267
- Vie, 247, 273,

### **Intérêt général, 572 à 574**

### **Inversion du cycle de production, 439, 518**

### **Investissement financier, 441 et 442**

## - L -

### **Lucre, 123, 124**

### **Liberté d'établissement, 322 et s**

### **Liberté de prestation de services, 325 et s**

### **Licence unique, 328 et s**

## - M -

### **Mutuelles, 129 à 131**

### **Marché d'assurance**

- Automobile, 270
- Caution directe et indirecte, 236
- Contre les incendies et les éléments naturels, 227
- Contre les accidents corporels, 245
- De capitalisation, 249, 250

- De corps de véhicules, 225
- De pertes pécuniaires diverses, 237
- De prévoyance, 275
- Diversité, 212 à 216, 254 et s, 264, 272,
- Du crédit, 235, 271
- Du sport, 266, 416 et s
- Du transport, 226
- Emprunteur, 280
- Funéraire, 279
- Maladie, 246
- Maritime, 7, 378, 422 et s
- Mixtes, 77, 78
- Multirisque habitation, 269
- Nuptialité, Natalité, 248
- Personnes, 241 et s, 275, 278
- Protection juridique et assistance, 238
- Origine, 13
- Complémentaire des agents publics, 469

**Marchés de la distribution des produits d'assurance, 282, 283**

**Marché de réassurance, 252, 253, 312**

**Marchés de courtage en assurance, 285, à 289, 312**

**Marché unique d'assurance**

- Origine, 15
- Barrières réglementaires, 333, à 337

**Monopole des assureurs, 9, 26**

**Mutualisation des risques, 526, 528, 590**

## - N -

1. Négociations collectives, 390 à 392

## - P -

**Partage du marché, 374, 536 et 537**

**Position dominante collective, 422 et s**

**Prêt à la grosse aventure, 6**

**Prévoyance collective et individuelle, 102 et s**

**Prévention des risques, 655**

**Prix**

- Abusivement bas, 410
- Élevé, 412

**Protection sociale**

- Complémentaire santé, 275, 276
- Collective et individuelle, 273, 274, 277
- Dépendance, 275

**Protection de l'économie, 457 et s., 632.**

## - Q -

**Qualification d'entreprises**

- Institution de prévoyance, 181
- Mutuelles, 130, 131, 137, 138, 181
- Organismes de la sécurité sociale, 128, 193 et s
- Organismes d'assurance retraite complémentaire, 133, 134, 137, 138
- Société d'assurance anonyme, 122, 129, 181, 197
- Société d'assurance mutuelles, 130, 131, 137, 138, 197

**Qualification exclusivement sociale, 141 et s**

## - R -

**Réassurance, 96 et s, 330**

**Règles applicables aux comportements étatiques, 447, 450 et 451**

**Retraite, 133**

**Restriction,**

- Liberté contractuelle et d'entreprendre, 475, 554
- Liberté économique, 555 et s

**Risque de masse, 326 et s., 342, 599**

## **- S -**

**Séparation d'activités, 419 à 421**

**Sécurité sociale,**

-Origine, 14

-Organismes, 128

**Services économiques et non-économiques  
d'intérêt générale, 575**

**Services sociaux d'intérêt général, 576**

**Société d'assurance mutuelle, 129, 181**

**Solidarité,**

-définition, 580 et s

-Solidarité par répartition, 157 à 162

-Solidarité par répartition et par capitalisation,  
163 et s

## **- T -**

**Taxe sur les conventions d'assurances, 463 et  
s**

## **- U -**

**Unions particulières d'assurance, 432 et s**

## **- V -**

**Vente liée, 413**

## TABLE DES MATIÈRES

<b>Introduction</b> .....	1
<b>I-L'émergence du secteur des assurances concomitamment au développement des risques</b> .	2
<b>A-La prévention et la réparation des dommages à l'époque de l'antiquité et de moyens âges</b>	2
<b>B-Naissance des fondements de l'assurance à l'époque moderne</b> .....	3
<b>C-L'essor de l'assurance contemporaine</b> .....	5
<b>II-La nécessité d'une régulation de la concurrence</b> .....	8
<b>III-Le secteur des assurances à l'épreuve du droit de la concurrence (problématiques)</b> .....	12
<b>Partie 1. La particularité de la détermination du secteur des assurances soumis au droit de la concurrence</b> .....	19
<b>Titre I-Une définition ambiguë du secteur des assurances soumis aux règles de concurrence</b> .....	22
<b>Chapitre 1. La difficulté de description de la notion d'assurance</b> .....	24
<b>Section I-La pluralité des définitions d'assurance</b> .....	26
<b>§ 1. Caractères divergents des différents produits et services d'assurances</b> .....	28
<b>§ 2. L'aléa : élément de convergence en matière d'assurance</b> .....	33
<b>Section II-Les notions internes spécifiques au secteur des assurances</b> .....	40
<b>§ 1. Notions de réassurance et de coassurance</b> .....	41
<b>A-Définition concurrentielle de la coassurance</b> .....	42
<b>B-Définition concurrentielle de la réassurance</b> .....	44
<b>§ 2. Assurances de groupes ou collectives</b> .....	47
<b>Chapitre 2. L'identification des entreprises d'assurance soumises au droit de la concurrence</b> .....	52
<b>Section I-La diversité des opérateurs qualifiables d'entreprises d'assurance</b> .....	56
<b>§ 1. La notion d'entreprise d'assurance retenue à l'égard des sociétés classiques d'assurance</b>	58
<b>§ 2. L'hésitation de la qualification d'entreprise d'assurance</b> .....	61
<b>Section II-La qualification des opérateurs d'assurance à caractère social</b> .....	66

§ 1. L'appréciation subjective des entités d'assurance à caractère exclusivement social .....	69
A-Le faisceau d'indices du caractère exclusivement social de l'activité d'assurance .....	70
B-La solidarité par répartition : élément primordial de la qualification de la nature des activités d'assurance sociale .....	75
§ 2. L'appréciation objective des entreprises d'assurance .....	84
A-Le critère du marché (la contrepartie?) .....	84
B-Concurrence avec les entreprises d'assurance .....	89
<b>Titre II</b> -Une particularité de la détermination des marchés pertinents du secteur des assurances .....	99
<b>Chapitre 1</b> -La diversité des marchés matériels d'assurance .....	102
<b>Section I</b> -Les marchés des produits et services d'assurance standardisés .....	104
§1. Les marchés d'assurances de dommages .....	106
A-Le marché des assurances de biens .....	107
B-Le marché des assurances de responsabilité .....	108
C-Le marché des assurances de pertes pécuniaires .....	109
§2. Les marchés d'assurances de personnes « assurance vie et capitalisation » .....	111
A-Le marché d'assurance contre les accidents corporels .....	113
B-Le marché d'assurance maladie .....	113
C-Le marché d'assurance vie .....	114
D-Les marchés d'assurances nuptialité et natalité .....	114
E-Marché d'assurance de capitalisation ? .....	115
§3. Le marché de réassurance .....	117
<b>Section II</b> -Les marchés personnalisés d'assurance .....	119
§1. La diversité des marchés d'assurance dans les sous branches d'assurances .....	122
A-Sous-marchés d'assurances de dommages (non vie) .....	123
B-Sous-marchés d'assurances de personnes (vie et capitalisation) .....	126
§2. Le rôle des intermédiaires dans la personnalisation du marché .....	131
<b>Chapitre 2</b> -La délimitation géographique du secteur des assurances .....	135
<b>Section I</b> -La dimension géographique des différents marchés des produits et services	

d'assurance .....	137
§1. Les marchés d'assurance à dimension nationale .....	138
§2. Certains marchés d'assurance à dimension transfrontière .....	141
<b>Section II</b> -Vers une dimension européenne du secteur des assurances .....	144
§1. Européanisation des marchés d'assurance .....	146
A-L'ouverture timide des marchés européens d'assurance .....	147
B-La démarche intermédiaire à la suppression des frontières en matière d'assurance .....	148
C-L'achèvement d'un marché unique d'assurance de dimension européenne .....	149
§2. Obstacles à l'extension européenne des marchés d'assurance .....	151
A-Obstacles liés à l'hétérogénéité des législations nationales .....	151
B-Obstacles liés à la clientèle assurée et aux modes de distribution .....	154
<b>Partie 2.</b> L'adaptation des règles du droit de la concurrence au secteur des assurances .....	162
<b>Titre I</b> -Un contrôle approprié de comportements sur les marchés d'assurances .....	164
<b>Chapitre 1</b> -Le contrôle de comportements des entreprises d'assurance .....	165
<b>Section I</b> -Les ententes en matière d'assurance .....	166
§1. Formes d'ententes prohibées dans le secteur des assurances .....	168
A. Ententes classiques entre assureurs .....	168
B. Ententes particulières entre assureurs et autres acteurs économiques .....	172
§2. Exemptions des ententes particulières au secteur des assurances .....	178
<b>Section II</b> -L'interdiction des abus de position dominante en assurance .....	182
§1. Le contrôle postérieur de l'abus spécifique aux entreprises d'assurance .....	185
§2. Le contrôle antérieur des conséquences de l'abus .....	192
A. Le contrôle des opérations de regroupement particulier au secteur des assurances .....	195
B. L'adaptation nécessaire de certaines règles de concentration au secteur des assurances...	196
<b>Chapitre 2</b> -Le contrôle des comportements de l'État en matière d'assurance .....	200
<b>Section I</b> -La prohibition des aides étatiques dans le secteur des assurances .....	202
§1. L'annonce du principe de la prohibition des aides d'État et ses dérogations .....	203
§2. L'application particulière du droit des aides d'État dans le secteur des assurances .....	206

<b>Section II</b> -L'interdiction des droits exclusifs et des privilèges propres au secteur des assurances .....	214
<b>§1.</b> La mise en cause de la compatibilité de la clause de désignation aux règles de concurrence en droit européen .....	216
<b>§2.</b> L'inconstitutionnalité de la clause de désignation en droit interne .....	220
<b>Titre II</b> -Une contestation persistante de l'application du droit de la concurrence au secteur des assurances .....	226
<b>Chapitre 1</b> -Les restrictions réglementaires et structurelles à la liberté économique des opérateurs d'assurance .....	228
<b>Section I</b> -Les contraintes de l'exercice de l'activité d'assurance .....	231
<b>§1.</b> Les contraintes réglementaires à l'entrée et à l'exercice de l'activité d'assurance .....	232
<b>A</b> -L'agrément : une limitation à la liberté économique des assureurs .....	233
<b>B</b> -La solvabilité : une exigence restrictive de la liberté économique .....	235
<b>§2.</b> Les contraintes structurelles à l'entrée et à l'exercice de l'activité d'assurance .....	238
<b>A</b> -Restrictions liées à la loi des grands nombres .....	238
<b>B</b> -Restrictions consécutives à l'ouverture européenne et mondiale .....	240
<b>Section II</b> -Les contraintes réglementaires et structurelles des produits d'assurance .....	245
<b>§1.</b> Impératifs de la réglementation générale .....	247
<b>A</b> -Restrictions relatives au choix des produits et services d'assurances .....	247
<b>B</b> -Restrictions relatives au contenu des produits et services d'assurances .....	248
<b>§2.</b> Restrictions d'impératif particulier .....	254
<b>Chapitre 2</b> -L'effet restrictif du droit de la concurrence à la réalisation des objectifs d'intérêt général relevant du secteur des assurances .....	258
<b>Section I</b> -L'atteinte du droit de la concurrence à la solidarité établie dans le secteur des assurances .....	263
<b>§1.</b> Préjudice des règles de concurrence à la solidarité assurentielle .....	266
<b>A</b> -Le dysfonctionnement porté à la solidarité établie entre l'ensemble des assurés .....	267
<b>B</b> -Le dysfonctionnement de la solidarité établie entre les assureurs .....	270
<b>§2.</b> Restrictions portées à la solidarité substantielle .....	272
<b>Section II</b> -L'atteinte du droit de la concurrence au rôle du secteur des assurances dans la réalisation des services d'intérêt général .....	278

§ 1. Préjudices du droit de la concurrence à la réalisation des objectifs de politique économique d'intérêt général relevant du secteur des assurances .....	281
A-La nocivité du droit de la concurrence à la protection de l'économie garantie par l'assurance .....	282
B-La nocivité du droit de la concurrence au rôle de l'assurance dans le financement de l'économie .....	284
§ 2. Préjudices à la réalisation des objectifs de politique sociale relevant du secteur des assurances .....	288
A-La détérioration du système de protection sociale relevant du secteur des assurances ....	289
B-La destruction d'autres objectifs de politiques sociales relevant du secteur des assurances .....	292
Conclusion de la thèse .....	300
<b>Bibliographie</b> .....	303
I-Traités .....	303
II-Ouvrages généraux et manuels .....	303
III-Ouvrages spéciaux, thèses et essais .....	305
IV-Articles et chroniques .....	306
V-Colloques, journées d'études et ateliers .....	314
VI-Interviews .....	315
VII-Activités des institutions européennes .....	315
VIII-Activités des institutions françaises .....	322
<b>Index alphabétique</b> .....	330