

Affaire C-437/09

**AG2R Prévoyance
contre
Beaudout Père et Fils SARL**

[demande de décision préjudicielle formée par le tribunal de grande instance de Périgueux (France)]

«Concurrence – Articles 10 CE, 81 CE, 82 CE et 86 CE – Assurance complémentaire de soins de santé – Obligation légale d'affiliation de toutes les entreprises relevant d'un secteur professionnel déterminé auprès d'un seul organisme assureur désigné – Exclusion explicite de toute possibilité de dispense d'affiliation – Notion d'«entreprise» au sens des articles 81 CE et 82 CE – Abus de position dominante – Droit exclusif – Service d'intérêt économique général au sens de l'article 86, paragraphe 2, CE»

I – Introduction

1. La présente demande de décision préjudicielle, qui porte, en substance, sur l'interprétation des articles 81 CE, 82 CE et 86 CE, a été soulevée dans le cadre d'un litige opposant l'institution de prévoyance AG2R Prévoyance (ci-après «AG2R») à une entreprise de boulangerie artisanale, Beaudout Père et Fils SARL (ci-après «Beaudout»), relatif au refus de cette dernière d'adhérer au régime de remboursement obligatoire complémentaire de soins de santé offert par AG2R pour le secteur de la boulangerie artisanale en France (2).

2. Si cette affaire s'inscrit dans le contexte d'une jurisprudence relativement abondante quant à l'applicabilité des règles de concurrence du traité à des organismes chargés de la gestion de régimes de protection sociale, son intérêt principal réside, à mon sens, dans les précisions qu'elle est susceptible d'apporter à l'interprétation de la notion d'«entreprise» au sens des articles 81 CE et 82 CE.

II – Le cadre juridique

A – La législation française

3. En France, le remboursement des frais engagés à l'occasion d'une maladie ou d'un accident est en partie couvert par le régime de base de la sécurité sociale. La partie des frais qui reste à la charge de l'assuré peut faire l'objet d'un remboursement partiel par une assurance complémentaire de santé. Près de 93 % de la population résidant en France serait couverte par une assurance complémentaire de soins de santé (3).

4. L'affiliation des salariés d'un secteur professionnel donné à une telle couverture complémentaire peut être prévue par un accord ou une convention collective signés entre les représentants des employeurs et des salariés, conformément à l'article L. 911-1 du code de la sécurité sociale.

5. L'article L. 912-1 de ce même code organise le dispositif d'affiliation obligatoire à un régime complémentaire de soins de santé. Cet article indique que, lorsque les accords professionnels ou interprofessionnels mentionnés à l'article L. 911-1 prévoient une mutualisation des risques dont ils organisent la couverture auprès d'un ou plusieurs organismes mentionnés à l'article 1^{er} de la loi n° 89-1009, du 31 décembre 1989, renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques ou d'une ou plusieurs institutions mentionnées à l'article L. 370-1 du code des assurances, auxquels adhèrent alors obligatoirement les entreprises relevant du champ d'application de ces accords, ceux-ci comportent une clause fixant dans quelles conditions et selon quelle périodicité les modalités d'organisation de la mutualisation des risques peuvent être réexaminées. La périodicité du réexamen ne peut excéder cinq ans.

6. L'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale précise aussi que, lorsque les accords mentionnés au premier alinéa s'appliquent à une entreprise qui, antérieurement à leur date d'effet, a adhéré ou souscrit un contrat auprès d'un

organisme différent de celui prévu par les accords pour garantir les mêmes risques à un niveau équivalent, les dispositions du second alinéa de l'article L. 132-23 du code du travail sont applicables.

7. L'article L. 132-23, second alinéa, du code du travail précise que, dans le cas où des conventions de branche ou des accords professionnels ou interprofessionnels viennent à s'appliquer dans l'entreprise postérieurement à la conclusion de conventions ou accords négociés en vigueur, les dispositions de ces conventions ou accords sont adaptées en conséquence.

8. Aux termes de l'article 1^{er} de la loi n° 89-1009, telle que modifiée par la loi n° 94-678, du 8 août 1994, auquel fait référence l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, les activités de prévoyance ne peuvent être mises en œuvre que par les compagnies d'assurance, les institutions de prévoyance régies par le code de la sécurité sociale ou le code rural et les mutualités.

9. Les institutions de prévoyance sont régies par le titre 3 du livre IX du code de la sécurité sociale. Selon l'article L. 931-1 de ce code, ces institutions sont des personnes morales de droit privé ayant un but non lucratif, administrées paritairement par des membres adhérents (les entreprises ayant souscrit un contrat auprès de cet organisme) et des membres participants (salariés affiliés et anciens salariés des membres adhérents). Leur objet comprend la couverture des risques de dommages corporels liés aux accidents et à la maladie. Les articles L. 931-4 à L. 932-5 du code de la sécurité sociale régissent la constitution, le mode de fonctionnement, la dissolution des institutions de prévoyance ainsi que les opérations qu'elles sont habilitées à mener. En particulier, ces institutions doivent être agréées par l'autorité nationale de contrôle prudentiel (4) et sont soumises à des obligations légales et réglementaires en matière de provisionnement (5) et de marge de solvabilité (6).

B – *L'avenant à la convention collective nationale*

10. Le 24 avril 2006, le syndicat des patrons boulangers et les différents syndicats de salariés du secteur ont conclu un avenant à la convention collective nationale étendue des entreprises artisanales de la boulangerie et boulangerie-pâtisserie du 19 mars 1978 (ci-après la «convention collective nationale»), par lequel a été mis en place un régime de «remboursement complémentaire de frais de soins de santé» dans le secteur de la boulangerie artisanale (ci-après l'«avenant»).

11. Cet avenant s'applique à l'ensemble des entreprises entrant dans le champ d'application de la convention collective nationale et est institué au profit de tous leurs salariés ayant un mois d'ancienneté dans une même entreprise. Selon son préambule, l'avenant répond notamment à l'objectif de la mutualisation des risques au niveau professionnel qui, d'une part, permet de pallier les difficultés rencontrées par certaines entreprises de la profession, généralement de petite taille, lors de la mise en place d'une protection sociale complémentaire, et, d'autre part, assure l'accès aux garanties collectives, sans considération, notamment, de l'âge ou de l'état de santé.

12. Aux termes de l'article 4 de l'avenant, sont couverts par le régime complémentaire tous les actes et frais courants sur la période de garantie ayant fait l'objet d'un remboursement et d'un décompte individualisé du régime de base de sécurité sociale au titre de la législation «maladie», «accidents du travail/maladies professionnelles» et «maternité» ainsi que les actes et frais non pris en charge par ce dernier, expressément mentionnés dans le tableau des garanties figurant en annexe à l'avenant (7).

13. Selon l'article 5 de l'avenant, la cotisation pour les années 2007 et 2008 était de 40 euros mensuels par salarié pour ce qui concerne le régime général (8). Cette cotisation, qui doit faire l'objet d'un réexamen au-delà de la deuxième année d'application du régime, est supportée pour moitié par l'employeur.

14. Aux termes de l'article 13 de l'avenant, AG2R a été désignée comme organisme assureur du régime complémentaire, est régie par le code de la sécurité sociale en tant qu'institution de prévoyance et relève de l'autorité de contrôle des assurances et mutuelles. Cet article précise également que les modalités d'organisation de la mutualisation du régime seront réexaminées par la commission nationale paritaire de la branche au cours d'une réunion et ceci dans un délai de cinq ans à compter de la date d'effet de l'avenant.

15. L'article 14 de l'avenant, dit «clause de migration», énonce le caractère obligatoire de l'adhésion au régime de remboursement complémentaire de frais de soins de santé à compter de la date d'effet de l'avenant. Cet article stipule que le caractère contraignant de cette adhésion s'applique également aux entreprises ayant déjà souscrit un contrat complémentaire de soins de santé auprès d'un autre organisme assureur avec des garanties identiques ou supérieures à celles définies par l'avenant.

16. Conformément à l'article 16 de l'avenant, celui-ci a pris effet le 1^{er} janvier 2007.

17. Par arrêté du 16 octobre 2006 (9), et à la suite des demandes d'extension présentées par les organisations signataires de l'avenant, le ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement a étendu à l'ensemble des entreprises artisanales de boulangerie-pâtisserie établies sur le territoire national les effets et les sanctions prévus par l'avenant en rendant obligatoires ses dispositions.

III – Les faits à l'origine du litige au principal et la question préjudicielle

18. Beaudout est affiliée au titre de l'assurance complémentaire de santé à la compagnie d'assurances ABELA depuis le 10 octobre 2006.

19. Refusant d'adhérer au régime d'AG2R, Beaudout a été assignée par cette dernière devant le tribunal de grande instance de Périgueux afin qu'il lui soit ordonné de régulariser son adhésion et de payer les cotisations en retard depuis la date d'effet de l'avenant, à savoir depuis le 1^{er} janvier 2007.

20. À titre incident, Beaudout a contesté la légalité de l'avenant.

21. Après avoir rejeté certains des arguments de Beaudout en ce qui concerne la compatibilité de l'avenant avec le droit interne, la juridiction de renvoi s'est efforcée de comparer la situation de l'affaire portée devant elle avec celle qui a donné lieu à l'arrêt de la Cour du 21 septembre 1999, Albany (10).

22. Ayant constaté que, contrairement au fonds de pension en cause dans l'arrêt Albany, précité, auprès duquel l'affiliation était obligatoire sous réserve de dispenses, aucune dispense n'était possible selon l'interprétation de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale ainsi que de l'article 14 de l'avenant, la juridiction de renvoi a estimé que l'arrêt Albany, précité, ne pouvait se prêter à une application par analogie aux faits portés devant elle. La juridiction de renvoi a également relevé que AG2R «paraît occuper une position dominante dans le secteur concerné de la boulangerie et de la boulangerie-pâtisserie et semble [...] dans l'impossibilité manifeste de satisfaire la demande que présente le marché pour ce genre d'activité[s]».

23. Partant, le tribunal de grande instance de Périgueux (France) a sursis à statuer et a posé la question préjudicielle suivante à la Cour:

«[L']organisation d'un dispositif d'affiliation obligatoire à un régime complémentaire de santé, tel qu'il est prévu [à] l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, et l'avenant rendu obligatoire par les pouvoirs publics, à la demande des organisations représentatives des employeurs et des travailleurs d'un secteur déterminé, prévoyant l'affiliation à un organisme unique, désigné pour gérer un régime complémentaire de soins de santé, sans aucune possibilité pour les entreprises du secteur concerné d'être dispensées d'affiliation, sont[-ils] conformes aux dispositions des articles 81 CE et 82 CE ou [sont-ils] de nature à faire occuper par l'organisme désigné une position constitutive d'un abus[?]

IV – La procédure devant la Cour

24. Conformément à l'article 23 du statut de la Cour de justice, des observations écrites ont été déposées par les parties au litige au principal, les gouvernements allemand et français ainsi que la Commission européenne.

25. Ces parties intéressées, ainsi que le gouvernement belge, ont également été entendues lors de l'audience qui s'est déroulée le 30 septembre 2010, hormis le gouvernement allemand qui n'a pas souhaité s'y faire représenter.

V – Analyse

A – Observations liminaires

26. Il résulte du libellé de la question préjudicielle, qui constitue la prémisse à partir de laquelle cette dernière est posée, que l'organisation du dispositif d'affiliation obligatoire au régime complémentaire de soins de santé en cause dans l'affaire au principal, qui découle de la *législation et de la réglementation françaises*, ne permet *aucune* dispense d'affiliation au bénéfice des entreprises du secteur de la boulangerie-pâtisserie artisanale en France.

27. Cette prémisse m'entraîne à formuler les deux séries de remarques suivantes qui concernent respectivement le droit interne et le droit de l'Union.

28. S'agissant des observations relatives au droit interne, il découle du postulat rappelé au point 26 des présentes conclusions, à partir duquel est partie la juridiction de renvoi, que cette dernière paraît considérer, à l'instar de l'argumentation avancée devant elle par AG2R, que *l'adaptation* des conventions ou accords antérieurs à la conclusion d'un dispositif d'affiliation obligatoire tel que celui en cause dans le litige au principal, visée à l'article L. 132-23, second alinéa, du code du travail, doit être interprétée comme obligeant les entreprises du secteur de la boulangerie-pâtisserie artisanale française à renoncer à leur couverture antérieure et, partant, à faire usage de la clause de migration, prévue à l'avenant, en s'affiliant auprès d'AG2R (11).

29. Par ailleurs, la juridiction de renvoi semble également admettre que ladite obligation qui s'impose aux entreprises du secteur concerné est également valide en droit interne, non seulement lorsque les conventions ou accords antérieurs garantissaient les mêmes risques à un niveau équivalent, au sens de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, mais également, le cas échéant, lorsque la couverture offerte aurait été supérieure (12). Bien entendu, il n'appartient pas à la Cour de remettre en discussion l'interprétation du droit interne retenue, même implicitement, par la juridiction de renvoi.

30. Quant aux remarques portant sur le droit de l'Union, tandis que la juridiction de renvoi a circonscrit sa question préjudicielle à l'interprétation des articles 81 CE et 82 CE, la référence explicite à la législation et à la réglementation françaises, y compris dans le libellé même de cette question, doit, à mon sens, conduire la Cour à inclure dans l'examen de ladite question et dans la réponse à y donner les articles 10 CE et 86 CE.

31. En effet, il ne fait pas l'ombre d'un doute que la juridiction de renvoi est amenée à apprécier non pas uniquement le comportement d'une entreprise au sens des articles 81 CE et 82 CE, mais également et surtout la compatibilité avec ces articles des mesures législatives et réglementaires adoptées par un État membre, telles que

l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale et l'arrêté ministériel ayant étendu l'avenant à l'ensemble des entreprises artisanales françaises du secteur de la boulangerie-pâtisserie.

32. Or, d'une part, la lecture combinée des articles 10 CE et 81 CE impose aux États membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures, même de nature législative ou réglementaire, susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises (13). D'autre part, l'article 86, paragraphe 1, CE oblige notamment les États membres, à l'égard des entreprises auxquelles ils ont accordé des droits spéciaux ou exclusifs, de n'édicter ni de maintenir aucune mesure contraire aux règles du traité, et leur interdit donc d'entraîner ces entreprises à abuser de leur position dominante au sens de l'article 82 CE.

33. Rien ne fait d'ailleurs obstacle à ce que la Cour fournisse tous les éléments d'interprétation du droit de l'Union qui puissent être utiles au juge national sans que ce dernier les ait expressément mentionnés dans son renvoi préjudiciel, eu égard notamment à la motivation de la décision de la juridiction de renvoi et compte tenu de l'objet du litige (14).

34. En l'occurrence, il ressort des motifs de la décision de renvoi que pour la juridiction de céans se pose le problème d'établir si, en premier lieu, l'organisation d'une affiliation obligatoire à un régime complémentaire de soins de santé, telle que celle-ci résulte de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale lu en combinaison avec l'article 14 de l'avenant, est contraire aux articles 10 CE et 81 CE et, en second lieu, un organisme comme AG2R, auprès duquel les entreprises relevant d'une branche d'activités déterminée et d'un territoire déterminé ont l'obligation de s'affilier en raison du droit exclusif qui lui est accordé, sans possibilité de dispense, est conduit à abuser de sa position dominante.

35. Partant, en reformulant ainsi la question posée, tel que cela découle de la motivation de la décision de renvoi, cette question sera examinée ci-après dans chacune des deux composantes qui viennent d'être mises en exergue.

B – Sur l'interprétation des articles 10 CE et 81 CE dans le contexte de l'organisation d'une affiliation obligatoire à un régime complémentaire de soins de santé

36. À l'instar des parties intéressées ayant déposé des observations devant la Cour, hormis Beaudout, j'estime qu'un accord tel que celui de l'affaire au principal ainsi que l'acte par lequel cet accord a été étendu à l'ensemble des boulangeries artisanales françaises échappent au champ d'application des articles 10 CE et 81 CE.

37. À cet égard, il importe de rappeler, en premier lieu, que la Cour a jugé, dans ses arrêts précités Albany, Brentjens' et Drijvende Bokken, qu'il résulte d'une interprétation utile et cohérente des dispositions du traité, considérées dans leur ensemble, que des accords conclus dans le cadre de négociations collectives entre partenaires sociaux qui poursuivent des objectifs de politique sociale doivent être considérés, en raison de leur nature et de leur objet, comme étant soustraits au champ d'application de l'article 85, paragraphe 1, du traité CE (devenu article 81, paragraphe 1, CE) (15).

38. Or, en l'occurrence, s'agissant de la nature de l'accord en cause au principal, il y a lieu de constater que celui-ci a été conclu sous la forme d'un avenant à une convention collective et constitue le résultat d'une négociation collective entre les organisations représentatives des employeurs et celles représentatives des travailleurs.

39. Quant à son objet, tout comme l'accord qui était en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt van der Woude (16), l'accord dans l'affaire au principal met en place, dans la branche de la boulangerie artisanale, un régime complémentaire de soins de santé qui contribue à l'amélioration des conditions de travail des travailleurs non seulement en leur garantissant les moyens nécessaires pour faire face à des frais de maladie, mais également en réduisant les dépenses qui, à défaut d'une convention collective, auraient dû être supportées par les travailleurs eux-mêmes. Sur ce dernier point, je rappelle que, en vertu de l'avenant, les cotisations versées par les travailleurs sont établies de manière forfaitaire, indépendamment des prestations rendues, et acquittées pour moitié par les employeurs.

40. En deuxième lieu, le fait que l'accord en cause au principal ne prévoit aucune dispense d'affiliation au régime complémentaire qu'il met en place ne me paraît pas emporter de conséquence sur l'inapplicabilité de l'interdiction énoncée à l'article 81, paragraphe 1, CE, puisque ni la nature ni l'objet de l'accord en cause au principal ne sont altérés par l'absence d'une telle clause.

41. Au demeurant, je relève que, dans les arrêts précités Albany, Brentjens' et Drijvende Bokken, qui concernaient l'affiliation obligatoire des entreprises d'une branche d'activités à un régime de pension complémentaire, assortie d'une possibilité de dispense, la Cour n'a accordé aucun poids particulier à l'existence de cette dispense d'affiliation dans le cadre de l'interprétation qu'elle a retenue de l'article 81, paragraphe 1, CE.

42. La Cour n'a pas non plus considéré devoir modifier son examen de la nature et de l'objet de l'accord conclu entre partenaires sociaux dans l'arrêt van der Woude, précité, alors même qu'était en cause une convention collective de travail qui obligeait les employeurs d'un secteur donné à verser une cotisation au titre d'une assurance complémentaire de soins de santé à un assureur spécifique, sans, partant, qu'il existât de possibilité de dispense d'affiliation auprès de cet organisme ou auprès de l'assureur désigné par ce dernier (17).

43. S'étant uniquement placée sur le terrain de l'examen de la nature et de l'objet des accords en cause, la Cour s'est donc clairement départie sur ce point des conclusions de l'avocat général Jacobs dans les affaires ayant donné lieu aux arrêts précités Albany, Brentjens' et Drijvende Bokken, lequel avait considéré, non sans quelques réserves, que seules les conventions collectives qui portaient sur des matières relevant de l'essence même des négociations collectives, telles que les salaires et les conditions de travail et qui n'affectaient pas (directement) des parties tierces ou des marchés étrangers à l'accord pouvaient échapper à l'interdiction énoncée à l'article 81, paragraphe 1, CE (18).

Dans cette perspective, l'avocat général Jacobs estimait que la circonstance que, dans les affaires ayant donné lieu auxdits arrêts, la convention collective ne comportait pas d'effet réel d'exclusion des assureurs autres que le fonds de pension désigné par les partenaires sociaux, en raison notamment de l'existence de la clause de dispense d'affiliation, permettait de faire échapper ladite convention au champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, CE (19). Quant à l'affiliation obligatoire, due à l'intervention du ministre néerlandais, celle-ci constituait une question qui méritait une appréciation distincte.

44. Il est donc correct de considérer, comme l'avance la Commission dans ses observations écrites, que, afin de déterminer si une convention collective instituant un régime complémentaire de soins de santé assortie d'une affiliation obligatoire relève de l'article 81, paragraphe 1, CE, la jurisprudence de la Cour n'accorde aucune pertinence aux modalités de cette affiliation obligatoire, quand bien même celle-ci découlerait de la convention collective elle-même.

45. Il s'ensuit que, dans la présente affaire, il n'est point besoin, pour apprécier si l'accord en cause entre dans le champ de l'interdiction de l'article 81, paragraphe 1, CE, de s'interroger sur le fait de savoir si l'affiliation obligatoire résulte uniquement de l'article 14 de l'avenant ou de l'application combinée de cette clause et de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale.

46. Enfin, en troisième lieu, pour ce qui concerne la décision prise par les pouvoirs publics le 16 octobre 2006 d'étendre l'accord en cause dans l'affaire au principal à l'ensemble des entreprises de la branche d'activités concernée, de sorte à rendre cet accord obligatoire pour lesdites entreprises, à la demande des partenaires sociaux, il découle également des arrêts précités Albany, Brentjens' et Drijvende Bokken qu'une telle décision ne saurait être considérée comme imposant ou favorisant la conclusion d'ententes contraires à l'article 81 CE ou renforçant les effets de telles ententes en méconnaissance des articles 10 CE et 81 CE, puisque, notamment et comme je l'ai déjà relevé, ce type d'accords entre partenaires sociaux est soustrait à l'interdiction énoncée à ce dernier article (20). Les États membres sont donc libres de rendre cet accord obligatoire aux personnes qui ne sont pas liées par les stipulations de celui-ci (21).

47. Je suggère donc de répondre à la première partie de la question préjudicielle en ce sens que, d'une part, l'organisation d'un dispositif d'affiliation à un régime complémentaire de soins de santé, prévoyant l'affiliation à un organisme unique, sans aucune possibilité pour les entreprises concernées d'être dispensées d'affiliation, ne relève pas de l'interdiction prévue à l'article 81, paragraphe 1, CE et, d'autre part, les articles 10 CE et 81 CE ne s'opposent pas à la décision des pouvoirs publics de rendre obligatoire, à la demande des organisations représentatives des employeurs et des travailleurs d'un secteur d'activités déterminé, un accord issu de négociations collectives qui prévoit l'affiliation à un régime complémentaire de soins de santé pour l'ensemble des entreprises du secteur concerné.

C – Sur l'interprétation des articles 82 CE et 86 CE dans le contexte de l'attribution d'un droit exclusif à l'organisme chargé du régime complémentaire de soins de santé, sans possibilité de dispense d'affiliation, et de l'éventuel abus de position dominante

48. L'exception à l'application de l'interdiction prévue à l'article 81, paragraphe 1, CE, qui résulte de l'analyse qui vient d'être développée sur le fondement de la jurisprudence de la Cour, ne s'étend pas à l'article 82 CE.

49. Ainsi, bien que dans les arrêts précités Albany, Brentjens' et Drijvende Bokken, ainsi que dans l'arrêt Pavlov e.a. (22), la Cour ait conclu à l'inapplicabilité de l'interdiction prévue à l'article 81, paragraphe 1, CE aux accords en cause dans ces affaires en raison de leur nature et de leur objet, elle a néanmoins considéré que les fonds chargés de gérer les régimes de pension complémentaire institués par lesdits accords constituaient des entreprises au sens des règles de concurrence du traité qui disposaient d'un droit exclusif leur conférant une position dominante sur une partie substantielle du marché commun, au sens de l'article 82 CE, mais qui étaient investies de la gestion d'un service d'intérêt économique général, au sens de l'article 86, paragraphe 2, CE (23).

50. Partant, afin de répondre utilement à la seconde partie de la question résultant du renvoi effectué par le tribunal de grande instance de Périgueux, il convient de vérifier, eu égard aux éléments du dossier, si l'organisme chargé du régime complémentaire de soins de santé dans l'affaire au principal constitue une entreprise, au sens notamment de l'article 82 CE, susceptible d'être placée dans une position dominante qu'elle exploiterait abusivement sans que les conditions d'application de l'article 86, paragraphe 2, CE soient réunies.

1. Sur la qualité d'entreprise, au sens de règles de concurrence du traité, d'un organisme gestionnaire d'un régime complémentaire de soins de santé tel qu'AG2R

51. S'agissant de la qualité d'entreprise d'AG2R, la juridiction de renvoi paraît admettre que cet organisme en possède toutes les caractéristiques, en référence, par analogie, aux passages pertinents de la motivation de l'arrêt précité Albany.

52. Les parties intéressées ayant déposé des observations devant la Cour sont cependant partagées sur ce point. Alors que les parties au litige au principal ne mettent pas en doute la qualité d'entreprise d'AG2R, le gouvernement allemand considère que la juridiction de renvoi n'a pas fourni suffisamment d'éléments pour répondre à cette question. Le gouvernement français soutient quant à lui que la juridiction de renvoi n'a pas dûment vérifié la qualité d'entreprise d'AG2R et allègue en outre que, eu égard aux différences existant entre le régime complémentaire de soins de santé dont est chargé cet organisme et le fonds de pension en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Albany, précité, la simple lecture de ce dernier jugement ne permet pas de qualifier AG2R d'entreprise, au sens des règles de concurrence du traité. Enfin, bien que nuancée, la Commission estime pour l'essentiel 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.

53. Si, pour ma part et pour les raisons exposées plus loin, je partage globalement l'analyse sur le fond de cette question développée par la Commission dans ses observations écrites ainsi qu'à l'audience devant la Cour, les positions divergentes des parties intéressées soulèvent, à mon sens, un problème procédural d'ordre général, à savoir celui relatif à la possibilité de remettre en discussion devant la Cour une opération de qualification juridique des faits (et non leur appréciation) (24) menée par la juridiction de renvoi.

54. À cet égard, je rappelle que la juridiction de renvoi – au regard vraisemblablement de la convergence des arguments des parties au principal sur ce point – n'émet aucun doute quant à la qualification d'AG2R comme étant une «entreprise» au sens de l'article 82 CE.

55. Or, dans ces conditions, il pourrait être soutenu que la juridiction de renvoi a tranché cette question – ce qui expliquerait la raison pour laquelle elle n'a fourni que très peu d'éléments factuels et de droit ayant présidé à cette qualification – et, partant, que la Cour n'est pas interrogée sur ce point, celui-ci devant être considéré comme constant aux fins de la présente procédure (25).

56. À l'inverse, et comme semblent l'envisager le gouvernement français et la Commission, il serait possible de considérer qu'une telle opération de qualification juridique ne devrait pas priver la Cour de la tâche d'indiquer les éléments d'interprétation du droit de l'Union permettant d'infirmer ou de confirmer une telle qualification juridique, qui plus est lorsque, comme dans l'affaire au principal, cette opération (l'existence d'une entreprise au sens des règles de la concurrence du traité) constitue une condition d'application des règles du droit de l'Union (les articles 82 CE et 86 CE) dont l'interprétation est sollicitée par la juridiction de renvoi.

57. C'est cette seconde solution qui me paraît devoir être privilégiée. En effet, pas plus que la Cour ne saurait être liée par l'interprétation du droit de l'Union retenue par une juridiction nationale dans le cadre d'un renvoi préjudiciel (26), elle ne devrait, en principe, renoncer à apprécier l'exactitude d'une qualification juridique réalisée par un juge national portant sur une notion de droit de l'Union, en l'occurrence celle d'entreprise au sens des règles de concurrence du traité.

58. Ces considérations procédurales faites, il importe de rappeler que, dans le contexte du droit de la concurrence, la Cour a itérativement jugé que la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement (27). À cet égard, la Cour définit une activité économique comme toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné (28).

59. Dans le domaine de la sécurité sociale, la Cour a dégagé deux critères principaux permettant de vérifier la nature économique ou non de l'activité exercée par le ou les organismes chargés des différents régimes concernés. La Cour examine, d'une part, si le régime en cause met en œuvre le principe de solidarité et, d'autre part, dans quelle mesure ce régime est soumis au contrôle de l'État (29). Dans l'hypothèse où le régime met en œuvre le principe de solidarité et se trouve sous le contrôle de l'État, l'organisme en charge du régime sera réputé ne pas exercer une activité économique et échappera donc au champ d'application des articles 81 CE et 82 CE.

60. C'est ainsi que la Cour a jugé que certains organismes chargés des régimes légaux d'assurance maladie et d'assurance vieillesse qui ne font qu'appliquer la loi et n'ont aucune possibilité d'influer sur le montant des cotisations, l'utilisation des fonds et la détermination du niveau des prestations exercent une activité fondée sur le principe de la solidarité nationale, dépourvue de tout but lucratif (30).

61. De même, la Cour a jugé que l'absence de lien direct entre les cotisations acquittées par les assurés et les prestations versées par un organisme chargé d'un régime légal d'assurance contre les risques d'accidents du travail ainsi que la fixation par l'État du montant des prestations ainsi que des cotisations doivent conduire à considérer que cet organisme remplit une fonction de caractère exclusivement social et non pas économique (31).

62. En revanche, dans les situations où étaient en cause des régimes complémentaires au régime de base, y compris lorsque lesdits régimes présentaient une partie des caractéristiques des régimes poursuivant une fonction exclusivement sociale (32), les organismes qui en étaient chargés ont été jugés comme étant des entreprises au sens des règles de concurrence du traité.

63. Ainsi, dans l'arrêt Fédération française des sociétés d'assurance e.a, précité, la Cour a considéré qu'un organisme à but non lucratif, gérant un régime d'assurance vieillesse facultatif complétant un régime de base obligatoire qui fonctionnait selon le principe de capitalisation et dont les prestations dépendaient uniquement du montant des cotisations possédait les caractéristiques d'une entreprise au sens des articles 81 CE et 82 CE. À cet égard, il importe de relever que ni la poursuite d'une finalité à caractère social, ni les exigences de solidarité, dont celle de l'indépendance des cotisations par rapport au risque, sans sélection préalable des personnes assurées, ni les autres règles relatives notamment aux restrictions que l'organisme gestionnaire subissait dans la réalisation des investissements n'ont été considérées comme suffisamment importantes pour enlever à l'activité de l'organisme en cause son caractère économique (33).

64. Pareillement, dans l'arrêt Albany, précité, qui concernait, je le rappelle, un fonds sectoriel de pension complémentaire, sans but lucratif, reposant sur un système d'affiliation obligatoire et appliquant un mécanisme de solidarité pour la détermination du montant des cotisations et du niveau des prestations, la Cour a relevé que le fonds déterminait lui-même le montant des cotisations ainsi que des prestations, fonctionnait selon le principe de capitalisation et était soumis au contrôle de la chambre des assurances, à l'instar des sociétés d'assurance. En outre, la Cour a noté que ce fonds sectoriel de pension avait, dans certaines circonstances, l'obligation ou la faculté de dispenser

des entreprises de l'affiliation, ce qui impliquait qu'il exerçait une activité économique en concurrence avec les sociétés d'assurance (34).

65. Quels enseignements peut-on tirer de cette jurisprudence pour la présente affaire?

66. En premier lieu, la Cour paraît tracer une nette dichotomie entre, d'une part, les régimes légaux dits «de base» pour lesquels les organismes gestionnaires ont toujours, jusqu'à présent, été considérés comme n'étant pas engagés dans une activité économique et, d'autre part, les régimes complémentaires, facultatifs ou rendus obligatoires par les pouvoirs publics, dont les différents organismes chargés de leur gestion ont été qualifiés d'entreprises au sens des règles de concurrence du traité.

67. En deuxième lieu, il est indubitable que sont sans pertinence aux fins d'exclure le caractère économique d'une activité donnée le fait qu'un organisme gestionnaire d'un régime complémentaire de soins de santé, tel que celui en cause dans l'affaire au principal, ne poursuive aucun but lucratif et soit géré de manière paritaire par les partenaires sociaux et/ou le fait que le régime dont il a la charge ait une finalité à caractère social, ce dont atteste, notamment, le préambule de l'avenant.

68. En revanche, et en troisième lieu, il ressort de la jurisprudence de la Cour que c'est la liberté dont dispose l'organisme en question en ce qui concerne la détermination du montant des cotisations et la valeur des prestations servies qui paraît être cruciale quant à la vérification du degré de mise en œuvre du principe de solidarité, le contrôle de l'État s'exerçant à la fois sur la désignation de l'organisme et sur la gestion des éléments essentiels du régime (35).

69. Premièrement, quant au principe de solidarité, celui-ci implique, selon la Cour, que les prestations servies à l'assuré ne soient pas strictement proportionnelles aux cotisations qu'il a acquittées (36).

70. Dans l'affaire au principal, il ressort des pièces du dossier que les prestations garanties par le régime complémentaire de soins de santé sont fixées par une liste annexée à l'avenant, laquelle énumère les prestations offertes en complément à celles garanties par le régime obligatoire de sécurité sociale de base. De plus, l'article 5 de l'avenant fixe le montant des cotisations pour les deux premières années de fonctionnement du régime, de manière forfaitaire et uniforme pour l'ensemble des affiliés, sans égard à leur état de santé ou leur âge, à savoir 40 euros par salarié et par mois, dont la moitié est acquittée par les employeurs (37). Selon ce même article, au-delà de la deuxième année d'application du régime, le montant de la cotisation est réexaminé par les parties signataires de l'avenant, en fonction des résultats du régime et de l'évolution des dépenses de santé ainsi que des législations et réglementations pertinentes.

71. Ainsi que l'a indiqué à juste titre la Commission dans ses observations écrites, il n'existe donc pas de lien direct entre les prestations servies et le montant des cotisations acquittées.

72. Par ailleurs, le fait que les employeurs participent pour moitié à la couverture santé de leurs salariés paraît être l'expression d'un principe de solidarité entre les premiers et les seconds ainsi qu'entre les employeurs au sein même de la branche d'activités concernée, conformément à l'objectif de mutualisation des risques au niveau professionnel rappelé par le préambule de l'avenant. De plus, ainsi que le gouvernement français l'a mis en évidence dans ses observations écrites, et sous réserve de vérification par la juridiction de renvoi, la concrétisation du principe de solidarité paraît avoir été renforcée par plusieurs modifications de l'avenant aux termes desquelles, d'une part, les ayants droit d'un salarié décédé conservent pendant un an la garantie conventionnelle dont bénéficiait ledit salarié, la cotisation correspondante étant prise en charge par le régime lui-même (38) et, d'autre part, le salarié licencié susceptible d'être couvert par le régime obligatoire d'assurance chômage conserve les garanties conventionnelles pour une durée maximale de neuf mois, garanties qui sont financées par les cotisations des entreprises et des salariés en activité affiliés au régime complémentaire de soins de santé (39). Cette solidarité implique, à mon sens, une redistribution de revenus en faveur de personnes qui, en l'absence de ce régime, seraient vraisemblablement privées de couverture complémentaire, eu égard à leurs moyens financiers et/ou à leur état de santé. En outre, sous réserve de vérification par la juridiction de renvoi, AG2R ne paraît avoir aucune marge d'appréciation ni quant à la fixation et à la révision du montant des cotisations, cette dernière relevant de la seule compétence des partenaires sociaux, eu égard aux résultats du régime et à d'autres éléments plus généraux, ni quant à la valeur des prestations offertes.

73. L'organisme gestionnaire du régime complémentaire de soins de santé est donc placé, à mes yeux, dans une situation clairement différente de celle du fonds de pension, qui a présidé à l'arrêt Albany, précité, lequel, je le rappelle, déterminait lui-même le montant des cotisations et des prestations.

74. De plus, contrairement à la situation à l'origine de ce dernier arrêt, AG2R ne dispose d'aucune possibilité d'accorder une dispense d'affiliation à une entreprise assurant déjà ses salariés auprès d'un autre organisme de prévoyance concurrent, élément qui a été analysé dans l'arrêt Albany, précité, comme étayant le caractère économique de l'activité exercée par le fonds de pension en cause dans cette affaire.

75. Partant, s'agissant de la mise en œuvre du principe de solidarité, la situation de l'affaire au principal paraît se rapprocher davantage des affaires ayant donné lieu aux arrêts précités Poucet et Pistre, Cisa, AOK Bundesverband e.a. ainsi que Kattner Stahlbau, dans lesquels les organismes chargés de la gestion des différents régimes légaux de protection sociale concernés ont été considérés, au regard des éléments de fait et de droit portés à la connaissance de la Cour, comme n'étant pas des entreprises au sens des règles de concurrence du traité.

76. Certes, contrairement aux situations à l'origine des affaires ayant donné lieu à ces quatre arrêts, le montant de la cotisation décidé dans le cadre du régime complémentaire de soins de santé en cause dans l'affaire au principal n'est pas fixé en fonction des revenus des affiliés. Toutefois, cette caractéristique, ainsi que l'a indiqué la Commission dans ses observations écrites, ne témoigne pas d'un degré moindre de solidarité, mais paraît davantage s'expliquer par le

fait que le régime mis en place consiste dans le remboursement de frais réels et non dans l'octroi d'un revenu de remplacement.

77. Il n'en demeure pas moins – deuxièmement – que, contrairement aux affaires à l'origine des arrêts précités Poucet et Pistre, Cisl, AOK Bundesverband e.a. ainsi que Kattner Stahlbau, l'État n'exerce notamment aucun rôle quant à la désignation de l'organisme en charge de la gestion du régime complémentaire de soins de santé et que, eu égard au cadre juridique français, un organisme tel qu'AG2R entre notamment en concurrence avec les sociétés d'assurance.

78. À cet égard, il y a lieu de relever que, d'une part, lorsque, comme dans l'affaire au principal, les partenaires sociaux ont choisi la mutualisation des risques au niveau d'une branche d'activités, ces partenaires ne sont aucunement obligés de désigner une institution de prévoyance, telle qu'AG2R, comme gestionnaire d'un tel régime (40). En effet, aux termes de l'article 1^{er} de la loi n° 89-1009, telle que modifiée par la loi n° 94-678, auquel fait référence l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, les activités de prévoyance peuvent également être accomplies par les compagnies d'assurance, régies par le code des assurances ainsi que par les mutualités. Dès lors, si ces partenaires ont opté pour confier la gestion du régime complémentaire de soins de santé à une institution de prévoyance, ceci est le résultat d'un libre choix parmi différents prestataires éventuels (41). Il est donc loin d'être exclu que la sélection de tel ou tel organisme repose non seulement sur des considérations de gestion, telle que la gestion paritaire dans le cadre d'une institution de prévoyance, mais également sur des considérations financières et économiques, toutes susceptibles de laisser penser qu'un tel organisme se positionne comme un prestataire de services à l'égard de partenaires sociaux désireux, par la négociation collective, d'assurer une couverture complémentaire de soins de santé aux salariés d'une branche d'activités donnée (42).

79. D'autre part, il ressort également des dispositions pertinentes du code de la sécurité sociale, évoquées au point 9 des présentes conclusions, que les institutions de prévoyance, comme AG2R, doivent être agréées par l'autorité nationale de contrôle prudentiel et sont soumises à des obligations légales et réglementaires en matière de provisionnement ainsi que de marge de solvabilité, à l'instar des sociétés d'assurance, y compris et surtout lorsqu'elles sont désignées comme gestionnaires d'un régime complémentaire comme celui en cause dans l'affaire au principal.

80. Partant, quand bien même un régime complémentaire de soins de santé tel que celui en cause dans l'affaire au principal met indéniablement en œuvre le principe de solidarité, les considérations qui viennent d'être évoquées militent, à mon sens, pour reconnaître la qualité d'entreprise, au sens des règles de concurrence du traité, à l'organisme gestionnaire d'un tel régime, tel qu'une institution de prévoyance comme AG2R.

2. Sur la position dominante occupée par un organisme gestionnaire d'un régime complémentaire de soins de santé, tel qu'AG2R, et son éventuelle exploitation abusive

81. Sur ce point, les interrogations de la juridiction de renvoi portent en substance sur la question de savoir si AG2R est amenée à exploiter de manière abusive sa position dominante du fait qu'elle gère un régime complémentaire de soins de santé auquel l'affiliation est obligatoire, sans possibilité de dispense et qui a été étendu par les pouvoirs publics, à l'ensemble des boulangeries-pâtisseries artisanales françaises.

82. À cet égard, il résulte des arrêts précités Albany, Brentjens', Drijvende Bokken ainsi que Pavlov e.a. que la décision des pouvoirs publics de rendre obligatoire l'affiliation à un fonds sectoriel de pension implique nécessairement l'octroi à ce fonds du droit exclusif de récolter et de gérer les cotisations versées en vue de la constitution des droits à pension, ce qui signifie que ce fonds doit dès lors être considéré comme une entreprise investie par les pouvoirs publics de droits exclusifs, au sens de l'article 90, paragraphe 1, du traité CE (devenu article 86, paragraphe 1, CE) (43).

83. Cette appréciation peut certainement être étendue à la situation de l'affaire au principal.

84. En effet, l'affiliation obligatoire au régime complémentaire de soins de santé en cause dans l'affaire au principal, qui résulte, d'après la juridiction de renvoi, des dispositions de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale et des stipulations de l'avenant, ainsi que la décision prise par les pouvoirs publics d'étendre cette affiliation à l'ensemble des entreprises du secteur de la boulangerie-pâtisserie artisanale en France, accordent à l'organisme en charge de la gestion d'un tel régime le droit exclusif de prélever les cotisations en vue de la constitution d'une couverture complémentaire des frais de soins de santé encourus par les salariés dudit secteur. Cet organisme peut donc être considéré comme une entreprise titulaire de droits exclusifs, au sens de l'article 86, paragraphe 1, CE.

85. S'agissant de la détention par cette entreprise d'une position dominante au sens de l'article 82 CE, je rappelle aussi que, dans les quatre arrêts cités au point 82 des présentes conclusions, la Cour a constaté, conformément à une jurisprudence bien établie, qu'une entreprise qui dispose d'un monopole légal sur une partie substantielle du marché commun peut être considérée comme occupant une telle position dominante (44).

86. Si la juridiction de renvoi ne nous renseigne aucunement sur la délimitation du marché des produits pertinent, question qui paraît d'ailleurs controversée (45), il y a néanmoins lieu d'admettre que, à l'instar de la situation des fonds de pension à l'origine de ces quatre arrêts, une institution de prévoyance, telle qu'AG2R, qui détient un monopole légal de fourniture de certains services en matière d'assurance dans un secteur professionnel d'un État membre et, partant, sur une partie substantielle du marché commun, doit être considérée comme occupant une position dominante au sens de l'article 82 CE (46).

87. La Cour a cependant itérativement jugé que le simple fait de créer une position dominante par l'octroi de droits exclusifs, au sens de l'article 86, paragraphe 1, CE n'est pas, en tant que tel, incompatible avec l'article 82 CE. Un État membre n'enfreint les interdictions édictées par ces deux dispositions que, d'une part, lorsque l'entreprise en cause est amenée, par le simple exercice des droits exclusifs qui lui ont été conférés, à exploiter sa position dominante de façon

abusive ou, d'autre part, lorsque ces droits sont susceptibles de créer une situation dans laquelle cette entreprise est amenée à commettre de tels abus (47).

88. A ainsi été considéré comme portant atteinte aux articles 82, seconde phrase, sous b), CE (48) et 86, paragraphe 1, CE en favorisant la limitation de la production ou des débouchés de manière abusive, le comportement d'un État membre qui crée une situation dans laquelle la prestation de services se trouve limitée, lorsque l'entreprise, à laquelle il a conféré un droit exclusif sur un marché donné, n'est manifestement pas en mesure de satisfaire la demande que présente ledit marché, et lorsque l'exercice effectif des activités de ce marché par des sociétés privées est rendu impossible par le maintien en vigueur d'une disposition légale interdisant ces activités sous peine de nullité des contrats correspondants (49).

89. À cet égard, il importe de relever que la juridiction de renvoi paraît faire directement découler l'incapacité manifeste d'AG2R de satisfaire la demande que présente le marché de l'absence de toute possibilité pour cette entreprise d'accorder une dispense d'affiliation au régime complémentaire de soins de santé, tel que cela est prévu par l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale (50).

90. Compte tenu de la question posée à la Cour, qui porte précisément sur l'éventuelle exploitation abusive d'une position dominante, il paraît douteux d'accorder à cette appréciation de fait un caractère définitif, d'autant plus qu'elle n'est étayée par aucune autre considération.

91. Il est certes plausible que certaines entreprises du secteur de la boulangerie-pâtisserie artisanale française puissent vouloir continuer à assurer leurs salariés auprès d'autres assureurs, comme c'est d'ailleurs le cas de Beaudout, voire offrir une couverture de soins de santé à leurs salariés autre que celle accordée par le gestionnaire du régime complémentaire désigné par l'avenant.

92. Toutefois, l'impossibilité pour ces entreprises de confier la gestion d'un tel régime complémentaire de soins de santé à un assureur autre qu'AG2R (51) ou de s'adresser à un autre organisme, même à titre individuel, ainsi que la restriction de la concurrence qui en résulte découlent directement du droit exclusif conféré à l'institution de prévoyance chargée de la gestion de ce régime (52).

93. En définitive, l'interdiction faite à l'organisme gestionnaire du régime d'accorder des dispenses d'affiliation paraît cohérente tant avec l'attribution d'un droit exclusif qu'avec la mise en œuvre d'un degré élevé de solidarité.

94. Je relève d'ailleurs que, dans les arrêts précités Albany, Brentjens' et Drijvende Bokken, la Cour n'a examiné les modalités relatives aux dispenses d'affiliation au régime de pension en cause dans ces affaires que pour vérifier si la latitude accordée à cet égard au fonds de pension dans certaines hypothèses était susceptible de l'amener à abuser de sa position dominante (53).

95. J'ajoute que la circonstance que, dans les affaires ayant donné lieu à ces trois arrêts, le Royaume des Pays-Bas obligeaient, dans certains cas, le fonds de pension à accorder des dispenses aux entreprises d'un secteur professionnel qui assuraient une couverture au moins équivalente à celle que leurs salariés auraient acquise en cas d'affiliation audit fonds de pension ne saurait emporter la conséquence qu'une telle obligation doive également être imposée dans un autre État membre. En effet, eu égard à la marge d'appréciation dont disposent les États membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale (54), il leur appartient, à mon sens, d'examiner, compte tenu des particularités de leur système national de couverture des soins de santé, les conditions permettant d'assurer le niveau de couverture qu'ils visent à garantir dans un secteur déterminé en rendant obligatoire l'affiliation à un régime complémentaire de soins de santé, eu égard également au degré de solidarité qu'ils entendent préserver au sein dudit secteur.

96. Il est certes exact que, ainsi que je l'ai déjà fait remarquer au point 29 des présentes conclusions, la juridiction de renvoi paraît admettre que la clause de migration, c'est-à-dire l'interdiction de dispense d'affiliation, s'applique également de manière conforme au droit interne aux entreprises qui, avant l'extension de l'avenant par les pouvoirs publics, avaient contracté auprès d'autres assureurs des garanties éventuellement supérieures à celles prévues par le régime complémentaire de soins de santé.

97. À cet égard, ne paraît pas entièrement décisif l'argument exposé par le gouvernement français dans ses observations écrites selon lequel l'affiliation obligatoire auprès du régime géré par AG2R ne fait aucunement obstacle à ce que des entreprises souscrivent une assurance complémentaire additionnelle dans l'hypothèse où elles souhaitent accorder à leurs salariés des conditions de couverture meilleures. En effet, la souscription d'une telle couverture supplémentaire de soins de santé deviendrait naturellement plus coûteuse pour les entreprises du secteur concerné qu'une affiliation alternative qui serait rendue possible dans le cadre d'une éventuelle dispense d'affiliation pour les entreprises assurant déjà à leurs salariés des garanties supérieures à celles offertes par le régime géré par AG2R.

98. Il n'en demeure pas moins qu'il n'existe aucun élément dans le dossier permettant d'étayer l'affirmation de Beaudout, réitérée à l'audience devant la Cour, selon laquelle les garanties offertes par l'assurance souscrite le 10 octobre 2006 seraient d'un niveau supérieur à celles accordées dans le cadre du régime géré par AG2R.

99. Au demeurant, la tâche qui incomberait non pas à la Cour mais à la juridiction de renvoi de comparer les garanties offertes par la société d'assurance, d'une part, et celles accordées dans le cadre du régime géré par AG2R, d'autre part, serait d'autant plus ardue qu'elle devrait prendre en compte l'ensemble des garanties offertes et non pas uniquement certaines prestations isolées.

100. En tout état de cause, pour exclure l'éventualité d'un abus, les gouvernements allemand et français ainsi que la Commission invoquent l'article 86, paragraphe 2, CE. En particulier, ces parties intéressées considèrent que la

motivation exposée aux points 102 à 111 de l'arrêt Albany, précité, est tout à fait transposable à la situation d'AG2R dans le litige au principal.

101. Je tends à partager cette analyse.

102. S'agissant, en premier lieu, de la mission d'intérêt économique général qui serait impartie à un organisme tel qu'AG2R, il y a lieu de rappeler que, en permettant, sous certaines conditions, des dérogations aux règles générales du traité, l'article 86, paragraphe 2, CE vise à concilier l'intérêt des États membres à utiliser certaines entreprises en tant qu'instrument de politique économique ou sociale avec l'intérêt de l'Union européenne au respect des règles de concurrence et à la préservation de l'unité du marché commun (55).

103. Partant, les États membres sont habilités à tenir compte, lorsqu'ils définissent les services d'intérêt économique général dont ils chargent certaines entreprises, d'objectifs propres à leur politique nationale et d'essayer de réaliser ceux-ci au moyen d'obligations et de contraintes qu'ils imposent auxdites entreprises (56).

104. Or, à l'instar de la solution retenue par la Cour à l'égard du régime de pension complémentaire en cause dans l'arrêt Albany, précité, j'estime qu'il existe des indices suffisants pour considérer que le régime complémentaire de soins de santé géré par AG2R remplit une fonction sociale essentielle lui permettant de relever de la catégorie des services d'intérêt économique général, au sens de l'article 86, paragraphe 2, CE.

105. En effet, d'une part, ledit régime a instauré un degré élevé de solidarité, qui revêt les caractéristiques déjà évoquées aux points 70 à 72 des présentes conclusions et permet ainsi une couverture des frais de santé pour une catégorie professionnelle spécifique dont la faiblesse des revenus pourrait constituer un obstacle à l'accès aux soins de santé, en particulier en raison du phénomène croissant, mis en exergue par la Commission, d'honoraires de soins dépassant les tarifs remboursables par le régime obligatoire de base. D'autre part, des contraintes particulières imposées par la loi pèsent sur une institution de prévoyance telle qu'AG2R. Ainsi, comme l'a indiqué le gouvernement français, et sous réserve de vérification par la juridiction de renvoi, une telle institution ne peut ni suspendre les garanties, ni dénoncer l'adhésion d'une entreprise à défaut de paiement des cotisations en application de l'article L. 932-9, cinquième alinéa, du code de la sécurité sociale. En outre, les garanties subsistent, conformément à l'article L. 932-10 du même code, en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation d'une entreprise du secteur concerné.

106. Cela étant, en deuxième lieu, il résulte de la jurisprudence qu'il n'est pas nécessaire, pour que les conditions d'application de l'article 86, paragraphe 2, CE soient réunies, que l'équilibre financier ou la viabilité économique de l'entreprise chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général soit menacé. Il suffit que, en l'absence des droits litigieux, il soit fait échec à l'accomplissement des missions particulières imparties à l'entreprise, telles qu'elles sont précisées par les obligations et contraintes pesant sur elle, ou que le maintien de ces droits soit nécessaire pour permettre à leur titulaire d'accomplir les missions d'intérêt économique général qui lui ont été imparties dans des conditions économiquement acceptables (57).

107. Ne saurait dès lors prospérer l'argument exposé par Beaudout selon lequel l'introduction d'un mécanisme autorisant des dispenses d'affiliation ne mettrait aucunement en péril l'équilibre financier de l'organisme en charge de la gestion du régime complémentaire de soins de santé mis en place par l'avenant et étendu par les pouvoirs publics.

108. Il est au contraire plausible que, en cas de suppression du droit exclusif dont est titulaire l'organisme en charge de gérer le régime complémentaire de soins de santé, notamment par l'introduction d'un système de dispense d'affiliation au profit d'autres assureurs comme le souhaiterait Beaudout, cet organisme se trouve contraint de prendre en charge une part croissante de «mauvais risques», provoquant ainsi une hausse du montant des cotisations devant être acquittées dans le cadre dudit régime (58), de sorte à ne plus pouvoir assurer la mission qui lui a été impartie dans des conditions économiquement acceptables.

109. En raison du degré élevé de solidarité du régime complémentaire mis en place par l'avenant et étendu par les pouvoirs publics, la clause de migration – ou, en d'autres termes, l'absence de dispense d'affiliation – garantit que le principe de solidarité ne soit pas compromis, en assurant une couverture de soins de santé pour l'ensemble des salariés de ce secteur, lequel se caractérise par des petites et moyennes entreprises qui ne pourraient pas nécessairement offrir un niveau de protection comparable à leurs salariés à titre individuel (59).

110. En outre, ainsi que l'a mis en exergue le gouvernement français dans ses observations écrites, en l'absence d'une telle clause de migration, les organismes susceptibles de gérer un tel régime se verraient dissuadés de fournir des prestations complémentaires de soins de santé s'ils étaient contraints de couvrir une majorité de «mauvais risques» tandis que les «bons risques» resteraient couverts par des entreprises tierces. La réalisation des objectifs poursuivis par les partenaires sociaux dans le cadre de la mise en place d'un tel régime, basé sur la mutualisation des risques au niveau professionnel, serait ainsi compromise.

111. Je considère donc que le droit exclusif accordé à un organisme chargé de la gestion d'un régime complémentaire de soins de santé tel que celui en cause dans le litige au principal peut être justifié sur la base de l'article 86, paragraphe 2, CE.

112. Dans ces conditions, je propose à la Cour de répondre à la seconde partie de la question préjudicielle en ce sens que les articles 82 CE et 86 CE ne s'opposent pas à ce que les pouvoirs publics investissent une institution de prévoyance, telle que celle dans l'affaire au principal, du droit exclusif de gérer un régime complémentaire de soins de santé dans un secteur d'activités déterminé, sans que les entreprises dudit secteur aient la possibilité d'obtenir une dispense d'affiliation audit régime.

VI – Conclusion

113. Au vu des considérations qui précèdent, je propose de répondre comme suit à la question posée par le tribunal de grande instance de Périgueux:

- «1) L'organisation d'un dispositif d'affiliation à un régime complémentaire de soins de santé, prévoyant l'affiliation à un organisme unique, sans aucune possibilité pour les entreprises concernées d'être dispensées d'affiliation, ne relève pas de l'interdiction prévue à l'article 81, paragraphe 1, CE. Les articles 10 CE et 81 CE ne s'opposent pas à la décision des pouvoirs publics de rendre obligatoire, à la demande des organisations représentatives des employeurs et des travailleurs d'un secteur d'activités déterminé, un accord issu de négociations collectives qui prévoit l'affiliation à un régime complémentaire de soins de santé pour l'ensemble des entreprises du secteur concerné.
- 2) Les articles 82 CE et 86 CE ne s'opposent pas à ce que les pouvoirs publics investissent une institution de prévoyance, telle que celle dans l'affaire au principal, du droit exclusif de gérer un régime complémentaire de soins de santé dans un secteur d'activités déterminé, sans que les entreprises dudit secteur aient la possibilité d'obtenir une dispense d'affiliation audit régime.»

1 – Langue originale: le français.

2 – Il est à noter que trois autres renvois préjudiciels introduits par le tribunal d'instance de Dax (France), portant sur l'interprétation des règles de concurrence du traité et qui ont pour origine des litiges similaires entre AG2R et des entreprises du secteur de la boulangerie-pâtisserie artisanale française, sont actuellement pendants devant la Cour [affaires jointes AG2R Prévoyance (C-97/10 à C-99/10)]. Par ailleurs, la demande de décision préjudicielle étant antérieure à l'entrée en vigueur du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, il sera fait référence aux dispositions du traité CE.

3 – Voir étude du ministère du Travail, de la Solidarité et de la Fonction publique – direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques (DREES), *Les contrats les plus souscrits auprès des complémentaires santé en 2007*, études et résultats, n° 698, août 2009, p. 2, disponible sur le site <http://www.travail-solidarite.gouv.fr/etudes-recherche-et-statistiques,898/publications,904/etudes-et-resultats,920/no-698-les-contrats-les-plus,10202.html>

4 – Articles L. 931-5 à L. 931-8-1 du code de la sécurité sociale.

5 – Voir, notamment, articles R. 931-10-12 à R. 931-10-16 du code de la sécurité sociale concernant à la fois les engagements et les provisions techniques pour les institutions de prévoyance dites «non-vie».

6 – Voir, notamment, articles R. 931-10-3 à R. 931-10-5 du code de la sécurité sociale concernant la marge de solvabilité des institutions de prévoyance non-vie.

7 – Cette annexe énumère, de manière détaillée, une série de postes de garantie comprenant l'hospitalisation médicale et chirurgicale, les actes médicaux, les soins dentaires, les frais d'optique, les cures thermales, la maternité ainsi que les actes de prévention.

8 – Ce montant était de 32 euros pour le régime Alsace-Moselle. D'après les indications des parties intéressées, ce dernier montant a été ramené, à compter du 1^{er} janvier 2008, à 28 euros (voir article 2 de l'avenant n° 2 du 12 novembre 2007 à l'avenant, annexé aux observations écrites du gouvernement français).

9 – Arrêté portant extension d'un avenant à la convention collective nationale de la boulangerie-pâtisserie (entreprises artisanales) (JORF du 25 octobre 2006, p. 15787).

10 – C-67/96, Rec. p. I-5751.

11 – Cette interprétation semble découler d'un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation française du 10 octobre 2007 auquel s'est référé AG2R devant la juridiction de renvoi et que cette partie intéressée a annexé à ses observations écrites déposées devant la Cour.

12 – Dans l'affaire au principal, Beaudout semble soutenir que l'avenant est contraire à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale puisque la clause de migration, prévue à l'article 14 dudit avenant, peut être enclenchée lorsque le contrat conclu avec un assureur, antérieurement à l'extension par les pouvoirs publics du régime de mutualisation en cause, offre des garanties supérieures à celles accordées par ce dernier, ce qui serait prétendument le cas de l'assurance souscrite auprès d'ABELA le 10 octobre 2006.

13 – Voir, notamment, arrêts du 17 novembre 1993, Meng (C-2/91, Rec. p. I-5751, point 14); Albany, précité (point 65); du 21 septembre 1999, Brentjens' (C-115/97 à C-117/97, Rec. p. I-6025, point 65); Drijvende Bokken (C-219/97, Rec. p. I-6121, point 55), ainsi que du 19 février 2002, Arduino (C-35/99, Rec. p. I-1529, point 34).

14 – Voir en ce sens, notamment, arrêts du 5 mars 2009, Kattner Stahlbau (C-350/07, Rec. p. I-1513, points 25 et 26), ainsi que du 27 octobre 2009, CEZ (C-115/08, Rec. p. I-10265, point 81 et jurisprudence citée).

15 – Arrêts précités Albany (points 59 et 60); Brentjens' (points 56 et 57), et Drijvende Bokken (points 46 et 47).

16 – Arrêt du 21 septembre 2000 (C-222/98, Rec. p. I-7111, point 25).

17 – Voir arrêt van der Woude, précité (points 26 et 27), ainsi que points 24 à 26 et 31 des conclusions de l'avocat général Fennelly dans l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt.

18 – Voir points 193 et 194 des conclusions présentées dans les affaires ayant donné lieu aux arrêts précités Albany, Brentjens' et Drijvende Bokken.

19 – Voir point 281.

20 – Voir, en ce sens, arrêts précités Albany (points 66 et 68); Brentjens' (points 66 et 68), ainsi que Drijvende Bokken (points 56 et 58).

21 – Arrêts précités Albany (point 66); Brentjens' (point 66), et Drijvende Bokken (point 56).

22 – Arrêt du 12 septembre 2000 (C-180/98 à C-184/98, Rec. p. I-6451).

23 – Voir, respectivement, arrêts précités Albany (points 87, 92, 111 et 123); Brentjens' (points 87, 92, 111 et 123); Drijvende Bokken (points 77, 82, 101 et 113), ainsi que Pavlov e.a. (points 119, 126 et 130).

24 – En effet, conformément à la jurisprudence relative à la répartition des compétences entre la Cour et les juridictions nationales dans le cadre de la procédure préjudicielle, l'appréciation des faits au principal relève exclusivement du juge de renvoi. Voir, notamment, arrêts du 15 mai 2003, RAR (C-282/00, Rec. p. I-4741, point 47); du 10 juin 2010, Fallimento Traghetti del Mediterraneo (C-140/09, non encore publié au Recueil, point 22), ainsi que du 8 septembre 2010, Stoß e.a. (C-316/07, C-358/07 à C-360/07, C-409/07 et C-410/07, non encore publié au Recueil, point 62).

25 – Voir, par analogie, en matière d'aides d'État, arrêt Fallimento Traghetti del Mediterraneo, précité (point 26).

26 – À l'instar de la démarche retenue dans l'arrêt du 12 février 2009, Vereniging Noordelijke Land- en Tuinbouw Organisatie (C-515/07, Rec. p. I-839, points 29 à 40), dans lequel la Cour a infirmé la prémisse sur la base de laquelle les questions préjudicielles avaient été posées par la juridiction de renvoi. Cette prémisse consistait en une interprétation erronée d'une disposition du droit dérivé de l'Union que la juridiction nationale considérait comme pouvant être applicable aux faits du litige au principal. Voir également mes conclusions dans cette même affaire (points 18 et 19 ainsi que 35 à 57).

27 – Voir, notamment, arrêts du 23 avril 1991, Höfner et Elser (C-41/90, Rec. p. I-1979, point 21); du 17 février 1993, Poucet et Pistre (C-159/91 et C-160/91, Rec. p. I-637, point 17); du 16 novembre 1995, Fédération française des sociétés d'assurance e.a. (C-244/94, Rec. p. I-4013, point 14); Albany, précité (point 77); Pavlov e.a., précité (points 74 et 108); du 19 février 2002, Wouters e.a. (C-309/99, Rec. p. I-1577, point 46); du 16 mars 2004, AOK Bundesverband e.a. (C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, Rec. p. I-2493, point 46), ainsi que Kattner Stahlbau, précité (point 34).

28 – Voir, notamment, arrêts Pavlov e.a., précité (point 75), ainsi que du 1^{er} juillet 2008, MOTOE (C-49/07, Rec. p. I-4863, point 22).

29 – Voir en ce sens, notamment, arrêts Poucet et Pistre, précité (points 8 à 15); du 22 janvier 2002, Cisal (C-218/00, Rec. p. I-691, points 37 à 46); AOK Bundesverband e.a., précité (points 47 à 57), ainsi que Kattner Stahlbau, précité (points 43 à 68).

30 – Voir arrêt Poucet et Pistre, précité (points 15 et 18). Voir également, en ce sens, arrêt AOK Bundesverband e.a., précité (points 52 à 56).

31 – Voir arrêt Cisal, précité (points 42, 43 et 45).

32 – Voir arrêt AOK Bundesverband e.a., précité (point 49).

33 – Voir arrêt Fédération française des sociétés d'assurance e.a, précité (points 9 et 17 à 20).

34 – Arrêt Albany, précité (points 81 à 85). Voir aussi arrêts précités Brentjens' (points 81 à 85); Drijvende Bokken (points 71 à 75), ainsi que Pavlov e.a. (points 114 et 115).

35 – Voir, à cet égard, arrêts précités Cisal (point 43), et Kattner Stahlbau (point 65).

36 – Voir, notamment, arrêts précités Cisal (point 44), et Kattner Stahlbau (point 65).

37 – Comme il a déjà été indiqué, ce montant était de 32 euros pour le régime Alsace-Moselle en 2007, ramené, à compter de 2008, à 28 euros.

38 – Voir article 1^{er} de l'avenant n° 2 du 12 novembre 2007 à l'avenant.

39 – Voir article 2 de l'avenant n° 5 du 21 juillet 2009 à l'avenant. Une caractéristique analogue avait été mise en exergue dans l'arrêt Poucet et Pistre, précité (point 10), en ce qui concerne le régime légal obligatoire d'assurance maladie et de maternité en France.

40 – Pas plus que ce dernier n'est obligé par la loi d'assurer la gestion d'un régime complémentaire de soins de santé.

41 – Notons qu'il semble que, en l'occurrence, la sélection du prestataire n'ait pas été précédée d'un appel d'offres. Ceci pourrait, le cas échéant, soulever la question de l'assujettissement des partenaires sociaux aux principes de transparence et de non-discrimination dans le choix de confier la gestion de régimes complémentaires de protection sociale, tels que le régime en cause dans l'affaire au principal. Ce point ne fait cependant pas l'objet du renvoi préjudiciel.

42 – Ainsi, selon l'étude du ministère du Travail, de la Solidarité et de la Fonction publique, op. cit., en 2007, 42 % des contrats collectifs de complémentaire de soins de santé, à adhésion obligatoire ou facultative, ont été proposés par des mutuelles, 38 % par des institutions de prévoyance et 20 % par des sociétés d'assurance. Si ces données paraissent indiquer que la gestion d'un régime complémentaire de soins de santé semble moins attractive pour les sociétés d'assurance que la gestion des contrats individuels (27 %), il n'en demeure pas moins qu'elles occupaient, en 2007, un cinquième du marché.

43 – Arrêts précités Albany (point 90); Brentjens' (point 90); Drijvende Bokken (point 80), ainsi que Pavlov e.a. (point 122).

44 – Voir arrêts précités Albany (point 91); Brentjens' (point 91); Drijvende Bokken (point 81), ainsi que, en ce sens, Pavlov e.a. (point 126).

45 – Ainsi, selon la Commission, il conviendrait d'examiner, aux fins d'apprécier l'existence d'une éventuelle position dominante d'AG2R, si le marché de produits en cause doit être limité aux contrats de remboursement de frais de soins de santé pour le secteur de la boulangerie-pâtisserie artisanale (ce que défend Beaudout) ou si, en revanche, il devrait se définir de manière plus

large, par exemple, comme le marché français des contrats de régimes complémentaires de soins de santé, voire même le marché français de la prévoyance.

46 – Voir, par analogie, arrêts précités Albany (point 92); Brentjens' (point 92); Drijvende Bokken (point 82), ainsi que Pavlov e.a. (point 126). Je rappelle que, selon la jurisprudence, le territoire d'un État membre est susceptible de constituer une partie substantielle du marché commun. Voir en ce sens, notamment, arrêts du 9 novembre 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commission* (322/81, Rec. p. 3461, point 28); *Höfner et Elser*, précité (point 28), ainsi que du 11 décembre 1997, *Job Centre* (C-55/96, Rec. p. I-7119, point 30).

47 – Voir, notamment, arrêts précités *Höfner et Elser* (point 29); Albany (point 93); Brentjens' (point 93); Drijvende Bokken (point 83); Pavlov e.a. (point 127), ainsi que MOTOE (point 49).

48 – Hypothèse de pratiques abusives consistant à limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs.

49 – Voir arrêt *Höfner et Elser*, précité (point 31). Voir, également, arrêts *Job Centre*, précité (point 35); du 8 juin 2000, *Carra e.a.* (C-258/98, Rec. p. I-4217, point 13), ainsi que Pavlov e.a., précité (point 127).

50 – Voir points 19 et 20 du jugement de renvoi: « [...] les dispositions de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale ne laissent pas la possibilité de prévoir une telle dispense d'affiliation. Dans ces conditions [...] AG2R paraît occuper une position dominante dans le secteur concerné [...] et semble dans ce contexte dans l'impossibilité manifeste de satisfaire la demande que présente le marché [...]».

51 – Je rappelle que, en vertu de l'avenant, et conformément à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, la gestion du régime complémentaire de soins de santé en cause dans l'affaire au principal n'est toutefois accordée à AG2R que pour une durée initiale de cinq ans.

52 – Voir, par analogie, arrêts précités Albany (point 97); Brentjens' (point 97), et Drijvende Bokken (point 87).

53 – Voir arrêts précités Albany (points 112 à 121); Brentjens' (points 112 à 121), et Drijvende Bokken (points 102 à 111).

54 – Voir, notamment, arrêts précités Poucet et Pistre (point 6); Albany (point 122); Brentjens' (point 122), ainsi que Drijvende Bokken (point 112).

55 – Voir, en ce sens, arrêts du 19 mars 1991, *France/Commission* (202/88, Rec. p. I-1223, point 12); du 23 octobre 1997, *Commission/France* (C-159/94, Rec. p. I-5815, point 55), et Albany, précité (point 103).

56 – Voir, en ce sens, arrêts précités *Commission/France* (point 56), et Albany (point 104).

57 – Voir, notamment, arrêts précités Commission/France (points 95 et 96), ainsi que Albany (point 107).

58 – Voir, par analogie, arrêt Albany, précité (point 108).

59 – Selon les indications données par le gouvernement français, plus de 90 % des boulangeries françaises emploient moins de dix salariés.