

Résumé

La Cour de justice de l'Union européenne a édifié deux critères pour l'identification des activités exclusivement sociales, qui échappent au champ d'application du droit européen de la concurrence : la mise en œuvre d'un principe de solidarité et le contrôle de l'Etat. L'objet de la contribution est d'identifier la signification exacte et l'articulation de ces deux critères, que les commentateurs jugent souvent peu clairs. Une hypothèse est avancée, qui permet de rendre compte des fluctuations de la jurisprudence de la Cour : selon l'objet des prestations sociales en cause, la Cour se montre plus attentive tantôt à la solidarité, tantôt au contrôle de l'Etat. Quoiqu'elle les déclare cumulatifs, la Cour utiliserait donc les deux critères de manière alternative.

La délimitation du champ des activités exclusivement sociales dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne : essai de clarification*

Quentin Detienne, aspirant du F.R.S.-FNRS à l'Université de Liège

Introduction générale

1. Au fil d'une jurisprudence entamée au début des années 1990, la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après la Cour) s'est efforcée de dégager des critères permettant de décider si un dispositif de protection sociale relève ou non du champ d'application du droit européen de la concurrence¹.

La question présente des enjeux importants². Si le droit européen de la concurrence est déclaré applicable, l'organisme administrant le dispositif de protection sociale en cause doit respecter les interdictions de principe édictées par les articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE), à savoir l'interdiction des ententes entre entreprises et l'interdiction de l'abus d'une position dominante. Par ailleurs, l'Etat doit justifier les droits

* L'auteur remercie les Pr. Fabienne Kéfer, Daniel Dumont et Nicolas Petit, MM. Quentin Cordier et Jean-Benoît Maisin ainsi que les deux relecteurs anonymes pour leurs commentaires sur une première version de ce texte. Les omissions ou inexactitudes éventuelles qu'il contient sont de sa seule responsabilité.

¹ Nous employons volontairement l'expression vague de protection sociale pour désigner à la fois ce que l'on a coutume d'appeler les régimes de sécurité sociale, de base, légaux, ou encore étatiques, et les régimes complémentaires, supplémentaires, professionnels, privés, etc., ces deux catégories de dispositifs ayant pour finalité commune de garantir une certaine « sécurité matérielle » aux individus.

² Pour des études détaillées de l'influence du droit européen de la concurrence sur les systèmes de protection sociale des Etats membres ou certaines de leurs branches, voy. notamment M. D'ALLENDE, *La contribution du droit européen au droit de la protection sociale complémentaire*, Paris, LexisNexis, 2015 ; M. DEL SOL, « Retraites supplémentaires professionnelles : l'influence diffuse de l'Union européenne », *Droit social*, 2014, n° 7, pp. 627-633 ; L. HANCHER et W. SAUTER, *EU Competition and Internal Market Law in the Health Care Sector*, Oxford, Oxford University Press, 2012 ; F. LOUCKX, « L'influence du droit européen de la concurrence sur l'organisation des systèmes de soins de santé nationaux », *Cah. dr. Eur.*, 2008, pp. 339-406 ; L. DRIGUEZ, *Droit social et droit de la concurrence*, Bruxelles-Paris, Bruylant-FEC, 2006 ; M. COUCHEIR, « Gezondheidszorgverstrekking als economische activiteit in de zin van het EG-verdrag: over gevrijwaarde solidariteit en (semi-)territorialiteit », *R.D.S.*, 2005, n° 1, pp. 145-210 ; P. HASSENTEUFEL et S. HENNION-MOREAU (éds.), *Concurrence et protection sociale en Europe*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2003 ; Y. STEVENS *et al.*, « De positie van de aanvullende sociale verzekeringen binnen de eengemaakte Europese Markt: het probleem van de mededinging inzake de ziekteverzekering », *Liber Amicorum Hubert Claassens. Verzekering: theorie en praktijk – Assurance : théorie et pratique*, Antwerpen – Louvain-la-Neuve, Maklu – Academia-Bruylant, 1998, pp. 337-356.

exclusifs ou spéciaux éventuellement octroyés à cet organisme au regard de l'article 106, §2 TFUE, qui autorise que l'on déroge au droit de la concurrence dans la mesure seulement où cela est nécessaire pour permettre à une entreprise chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général d'exercer sa mission. Si, au contraire, le droit de la concurrence est déclaré non applicable, alors le comportement de l'organisme échappe à ces interdictions, et l'Etat est libre, sous réserve d'autres contraintes de droit européen, d'en encadrer comme il l'entend l'activité. En d'autres mots, la délimitation du champ d'application du droit de la concurrence est aussi, par symétrie, celle de la compétence pleine des Etats membres, au regard de cette branche du droit, pour l'organisation de leurs systèmes de protection sociale³.

Tant par les contraintes qu'il fait directement peser sur certains dispositifs que par les conditions qu'il pose pour limiter ou exclure son action, le droit de la concurrence influence donc ou est susceptible d'influencer l'organisation interne des systèmes nationaux de protection sociale. C'est en ce sens qu'on peut dire qu'il est une source du droit de la protection sociale des Etats membres.

2. Controversée et polémique dans les années 1990 et les premières années du nouveau millénaire⁴, la question de l'étendue du droit de la concurrence dans le domaine de la protection sociale ne semble plus aujourd'hui être une préoccupation de premier plan pour les observateurs et les décideurs politiques. La chose semble entendue : les régimes dits légaux échappent à l'emprise du droit de la concurrence, tandis que les régimes organisant une couverture complémentaire à ces derniers y sont soumis, certains d'entre eux bénéficiant par ailleurs d'une dérogation au titre de l'article 106, §2 TFUE.

Plusieurs commentateurs regrettent pourtant un manque de cohérence dans la jurisprudence de la Cour. Si l'on ne s'étonne plus du résultat, on continue de s'interroger sur le raisonnement qui

³ K. LENAERTS, « Droit communautaire et soins de santé : les grandes lignes de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », contribution à la journée d'étude du 16 janvier 2006 organisée par l'OSE et l'INAMI, disponible sur le site de l'Observatoire social européen (www.ose.be/workshop/), consulté pour la dernière fois le 29 novembre 2016), p.1.

⁴ C. PRIETO et D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence: ententes et abus de position dominante*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 370. Voy. par exemple R. KOVAR, « Droit communautaire et service public. Esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée? », *R.T.D. eur.*, 1996, pp. 215-242, qui dresse un état des lieux des réflexions et réactions suscitées en France par les « tensions » entre le droit européen (alors « droit communautaire ») et le service public, en ce compris la sécurité sociale.

le fondé⁵. C'est qu'il semble en porte-à-faux avec des fondamentaux du droit de la concurrence tels que la définition de l'entreprise développée par la Cour⁶, qui est particulièrement extensive, ou l'absence d'exclusion *a priori*, dans le texte des traités, de la protection sociale de son champ d'application⁷.

3. Nous voudrions dans cette contribution avancer une interprétation susceptible d'aider à rendre raison des hésitations et détours apparents de la Cour. Est-ce bien utile, demandera-t-on ? Comme le rappelait souvent la dedicataire de ces lignes dans les considérations méthodologiques dont elle aimait faire précéder ses études, le juriste faisant œuvre scientifique et s'inscrivant dans une perspective positiviste n'a d'autre choix que de prendre comme hypothèse de travail que le corpus juridique qu'il étudie est doté d'une cohérence interne⁸. Certes, remarquait-elle également, cette hypothèse doit souvent s'incliner devant les contradictions réelles du législateur ou de la jurisprudence. Mais, pour fréquent qu'il puisse être, l'abandon de cette hypothèse n'en reste pas moins coûteux : il implique que l'on reconnaisse que la jurisprudence ou la législation étudiées échappent à un discours juridique rationnel, et donc que l'on renonce à la possibilité d'un débat raisonné et argumenté en droit sur les décisions à adopter, dans le futur, dans le domaine qu'elles couvrent⁹.

⁵ Voy. par exemple U. NEERGAARD, « The Concept of SSGI and the Asymmetries Between Free Movement and Competition Law », *Social Services of General Interest in the EU* (dir. U. Neergaard *et al.*), The Hague, T. M. C. Asser Press – Springer, 2013, pp. 205-243.

⁶ J.L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law. Article 86 (former Article 90) of the EC Treaty*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 49-50 ; A. WINTERSTEIN, « Nailing the jellyfish: social security and competition law », *European Competition Law Review*, 1999, n° 6, pp. 324-333 ; K.P.E. LASOK, « When is an undertaking not an undertaking? », *European Competition Law Review*, 2004, n° 7, pp. 383-385 ; J.W. VAN DE GRONDEN et W. SAUTER, « Taking the Temperature: EU Competition Law and Health Care », *Legal Issues of Economic Integration*, 2011, n° 3, pp. 213-241.

⁷ J.L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive rights and state monopolies under EC law*, *op. cit.* pp. 52-55 ; A. WINTERSTEIN, « Nailing the jellyfish », *op. cit.* ; A. NIJENHUIS, « The Application of EC Competition Law to Supplementary Pension Funds », *Euredia*, 2000, n° 3, pp. 340-351.

⁸ Voy. notamment M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, tome I, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales de Liège, 1982, p. VI ; ID., *Seize leçons sur le droit du travail*, Liège, Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1994, p. 6 ; ID., « Les transformations du droit belge du travail depuis 1975 », *Contradictions*, n° 78-79, 1996, p. 102. Précisons que le positivisme (mot particulièrement équivoque) dont se réclamait Micheline Jamouille est celui de Kelsen.

⁹ Précisons que le fait qu'une discussion juridique puisse être menée rationnellement ne signifie pas qu'elle doive mener à une et une seule solution possible. Il y a toujours, dans une décision d'application du droit, l'intervention d'une volonté arbitraire, celle précisément qui est nécessaire pour trancher entre les différentes possibilités qui continuent de s'offrir à la personne investie du pouvoir de décider même après l'étude raisonnée des normes applicables. Sur ces questions, voy. notamment L. FRANÇOIS et N. THIRION, « Les juges dans la politique », *Les juges : décideurs politiques ? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction* (dir. G. Grandjean et J. Wildemeersch), Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 53-77, spéc. le titre 2.

Ces remarques incitent à ne poser le constat de l'incohérence de la Cour dans la délimitation du champ d'application du droit de la concurrence qu'après une étude minutieuse. Là où ce constat s'imposera, nous nous permettrons tout de même de proposer une explication des motifs ayant guidé la Cour tout en gardant à l'esprit l'avertissement, donné lui aussi par Micheline Jamouille, que le juriste qui s'essaye à cet exercice sort de son terrain propre pour empiéter sur celui d'autres sciences humaines et sociales¹⁰.

4. Comme nous le verrons en détail plus loin, la Cour a progressivement dégagé deux critères cumulatifs pour la détermination des dispositifs de protection sociale qui échappent au champ d'application du droit de la concurrence. Le premier est la mise en œuvre d'un principe de solidarité, et le second l'existence d'un certain contrôle de l'Etat sur le montant des cotisations et des prestations. L'activité rencontrant ces deux critères est qualifiée par la Cour d'« exclusivement sociale », par opposition aux activités dites « économiques » qui font l'objet du droit de la concurrence.

Afin de nous doter d'outils d'analyse précis de la jurisprudence de la Cour, nous commencerons par distinguer et définir dans l'abstrait les différents sens qu'y recouvre la notion de solidarité (I.). Nous exposerons ensuite cette jurisprudence de manière chronologique, ceci dans le but de mieux faire apparaître le chemin parfois tortueux suivi par la Cour pour déterminer le contenu des deux critères et leur articulation (II.). En nous appuyant sur ces deux premières parties descriptives, nous proposerons enfin une interprétation permettant d'expliquer de manière plus systématique les solutions retenues par la Cour (III.).

Nous argumenterons dans cette troisième et dernière partie que la solidarité, telle qu'elle est comprise par la Cour, n'offre un critère solide de démarcation entre les activités économiques et exclusivement sociales que pour certaines prestations de protection sociale, typiquement les pensions de retraite. Nous soutiendrons alors que c'est en vue de continuer à faire échapper au droit de la concurrence d'autres prestations, et en particulier les régimes légaux d'assurance soins de santé, que la Cour a progressivement donné une importance égale au critère du contrôle de l'Etat. Enfin, sans que l'on propose d'en tirer aucune conclusion sur le plan politique, qui n'est pas notre affaire dans cette contribution¹¹, nous soulèverons que le critère de la solidarité

¹⁰ Voy. les références citées en note 8.

¹¹ Contentons-nous de remarquer que deux réponses sont possibles à l'analyse qu'un droit ou une jurisprudence ne s'appliquent pas de manière cohérente à un domaine de la vie sociale : soit on plaide pour une application plus

est à notre estime juridiquement plus cohérent avec la jurisprudence traditionnelle de la Cour en droit de la concurrence que ne l'est le critère du contrôle de l'Etat.

I. Les multiples sens de la solidarité dans la jurisprudence de la Cour

5. L'un des deux critères établis par la Cour pour identifier les activités qui échappent au champ d'application du droit de la concurrence est la mise en œuvre d'un principe de solidarité. Cette notion recouvre cependant différents mécanismes ou techniques¹², auxquels la Cour n'accorde pas la même importance pour l'évaluation du caractère solidaire d'un dispositif. Pour être en mesure de donner une description et une explication précises de la jurisprudence de la Cour, il nous faut donc commencer par distinguer entre elles les différentes formes de solidarité que l'on y rencontre.

6. A la fin des années 1990, la doctrine a identifié cinq techniques de solidarité différentes dans les dispositifs de protection sociale à propos desquels la Cour avait dû décider s'ils étaient soumis ou non au champ d'application du droit de la concurrence¹³. Ces cinq techniques étant bien connues dans le domaine des assurances ou dans celui de la sécurité sociale et les arrêts adoptés depuis lors n'en ayant pas, sauf erreur de notre part, abordé de nouvelles, nous les reprenons à notre tour pour l'analyse de la jurisprudence de la Cour. Pour faciliter l'exposé, nous les regroupons selon qu'elles relèvent du mode de financement des prestations de protection sociale (A.) ou qu'elles portent sur le lien établi au sein du dispositif entre le montant des cotisations et celui des prestations (B.).

rigoureuse du droit existant, soit on en dénonce l'inadéquation et on demande sa réformation plus ou moins profonde.

¹² Pour des réflexions plus générales sur la notion de solidarité dans le droit de l'Union et au-delà, voy. A. SUPLOT (éd.), *La solidarité. Enquête sur un principe juridique*, Paris, Odile Jacob, 2015 et C. BOUTAYEB (éd.), *La solidarité dans l'Union européenne. Eléments constitutionnels et matériels*, Paris, Dalloz, 2011. Dans cette contribution, nous nous attachons exclusivement au sens donné à cette notion par la jurisprudence de la Cour en matière de droit de la concurrence.

¹³ Voy. A. WINTERSTEIN, « Nailing the jellyfish », *op. cit.*, spéc. pp. 327-328, et J.-M. BINON, « Solidarité et assurance : mariage de cœur ou de raison? », *Revue du marché unique européen*, 1997, n°4, pp. 87-140. Ce dernier auteur mentionne deux autres formes de solidarité, la mutualisation des risques – principe même de l'assurance, dont il est question *infra* aux n° 11 et s. – et la « solidarité palliative » – sur laquelle il n'était pas utile de nous attarder pour notre propos.

A. Les solidarités liées au mode de financement des prestations de protection sociale

7. Certaines formes de solidarité peuvent être mises en œuvre au niveau du mode de financement des dispositifs de protection sociale. Elles sont soit liées au financement direct de l'entité (a), soit le résultat de l'organisation de transferts financiers entre plusieurs entités (b).

8. **(a) La répartition** et la capitalisation¹⁴ sont les deux modes principaux de financement des dispositifs de protection sociale. Alors qu'en capitalisation les cotisations sont investies en vue de financer les prestations futures, en répartition les cotisations payées par certains sur une période donnée financent les prestations versées à d'autres sur la même période.

En raison de cette organisation particulière, le financement par répartition est qualifié de solidaire : ceux qui sont en mesure de cotiser paient pour ceux qui ne le sont pas ou qui le ne sont plus. Il entraîne une « solidarité intergénérationnelle » lorsque la distinction entre les cotisants et les bénéficiaires repose sur le critère de l'âge ou, plus généralement, lorsque le dispositif financé de la sorte est destiné à perdurer dans un temps long : il ne pourra couvrir les prestations futures des participants actuels que si les nouvelles générations y participent à leur tour. Par contraste, dans un dispositif financé par capitalisation, le financement des prestations futures dépend uniquement du rendement des sommes auparavant versées par ou au nom de ceux qui en bénéficieront.

9. **(b) La solidarité financière**¹⁵ est l'autre forme de solidarité relative au financement des dispositifs. Elle prend corps lorsque sont mis en place des systèmes de participation des dispositifs bénéficiaires ou en équilibre financier au financement de dispositifs déficitaires ou en difficulté financière. Ces systèmes peuvent être ponctuels (par exemple, chaque dispositif contribue à un fonds commun qui n'intervient qu'en cas de nécessité) ou structurels (par

¹⁴Pour une présentation des caractéristiques respectives de la répartition et de la capitalisation et de leurs combinaisons possibles dans le domaine des pensions, voy. notamment P. DEVOLDER et J. BOULET, *Défis et perspectives des régimes belges de pension*, Bruxelles, La Chartre, 2009, pp. 19-21.

¹⁵ J.-M. BINON, « Solidarité et assurance : mariage de cœur ou de raison ? », *op. cit.*, p. 96. L'expression est utilisée par l'avocat général Tesauro au point 16 de ses conclusions précédant l'arrêt *FFSA* (CJUE, 16 novembre 1995, *FFSA*, C-244/94). On trouve aussi l'expression « solidarité inter-régimes » dans J.-M. BINON et H. CLAASSENS, « La protection sociale complémentaire en droit européen : cadre général, acquis et questions pendantes », *La protection sociale complémentaire dans l'Union Européenne. La problématique des pensions et des soins de santé – De aanvullende sociale voorzieningen in de Europese Unie. Pensioenen en gezondheidszorg* (dir. C. Van Schoubroeck), Antwerpen – Louvain-la-Neuve, Maklu – Academia-Bruylant, 2003, pp. 39-150, spéc. p. 46. C'est celle qu'utilise A. WINTERSTEIN, « Nailing the jellyfish », *op. cit.*, p. 328 (« inter-scheme solidarity »).

exemple, les excédents de certains dispositifs sont systématiquement transférés en fin d'exercice comptable vers ceux qui s'avèrent en déficit).

B. Les solidarités portant sur le lien entre le montant des cotisations et le montant des prestations

10. La solidarité peut aussi se manifester dans la manière d'établir le lien au sein d'un dispositif de protection sociale entre les cotisations payées par ou au nom du bénéficiaire et les prestations auxquelles il a droit. Deux formes de solidarités appartiennent à cette catégorie, la solidarité subventionnelle (a) et la solidarité (re)distributive (c). Nous en présenterons également ici une troisième, la solidarité anti-sélective (b). Bien qu'elle ne porte pas à proprement parler sur le lien entre les cotisations et les prestations, elle est le complément logique de la solidarité subventionnelle.

11. **(a) La solidarité subventionnelle** ne se rencontre que dans les dispositifs opérant sur le modèle de l'assurance. Pour comprendre en quoi elle consiste, il est utile de dire quelques mots à propos du principe fondamental de la technique assurantielle qu'est la mutualisation des risques ou, plus précisément, la mutualisation des dépenses dues à la réalisation d'un aléa, ainsi que sur la manière dont les primes sont calculées par les assureurs privés.

12. Le principe même de l'assurance est de regrouper des personnes soumises à un même type d'aléa afin de répartir entre elles la charge financière qui pèsera sur celles chez qui il se réalisera. En d'autres mots, l'objet de l'assurance est de protéger ses bénéficiaires contre les répercussions financières de la survenance d'un élément aléatoire.

L'aléa est donc au cœur de la technique assurantielle. Une assurance au sein de laquelle l'exposition à l'aléa de chacun des assurés serait parfaitement prévisible et évaluée n'aurait plus d'assurance que le nom. Le principe de la mutualisation ferait place, dans cette hypothèse, à une logique autre, par exemple celle de l'épargne.

13. Dans la logique des assurances privées, le montant de la prime est en principe fixé, d'une part, selon la probabilité, au regard des caractéristiques propres de l'individu, que l'aléa assuré se réalise et, d'autre part, selon la hauteur de l'intervention de l'assurance en cas de réalisation de l'aléa. Si la probabilité de réalisation de l'aléa est mal appréciée, la prime payée est déconnectée du coût de principe de l'assurance, la différence entre les deux étant alors financée par d'autres moyens.

14. Ce défaut dans l'appréciation de l'aléa peut être volontaire ou involontaire. Dans le premier cas, il n'y a pas, à proprement parler, défaut d'évaluation mais non-prise en compte délibérée de certains critères liés à l'aléa ou substitution aux critères liés à l'aléa de critères d'un autre ordre. Il en va par exemple ainsi lorsque la législation interdit que le bénéficiaire d'une assurance soins de santé soit soumis, préalablement au calcul de sa prime, à un questionnaire ou à un examen médical. On parle de « solidarité subventionnelle consciente »¹⁶. Lorsque le défaut de calcul est involontaire, la solidarité subventionnelle est dite « inconnue ». Elle est présente dans tout mécanisme d'assurance étant donné l'impossibilité de prendre en compte l'ensemble des facteurs de risque de l'individu pour la détermination de la prime¹⁷.

15. Lorsqu'elle est organisée au sein d'un dispositif de protection sociale, la solidarité subventionnelle est bien entendu mise en œuvre de manière consciente¹⁸ puisque l'objectif poursuivi avec l'instauration de ces dispositifs est précisément de rendre financièrement accessible une couverture assurancielle aux « mauvais profils de risques », c'est-à-dire ceux pour qui la probabilité de survenance de l'aléa est élevée par comparaison aux autres. Elle peut y être obtenue par l'interdiction ou la modalisation de la technique de la segmentation tarifaire utilisée par les assureurs privés, qui consiste à différencier les primes selon l'exposition à l'aléa des individus¹⁹. Le même objectif d'accessibilité explique que la solidarité subventionnelle soit souvent combinée avec la solidarité anti-sélective.

16. **(b) La solidarité anti-sélective** vise à garantir l'accès au dispositif de protection sociale à tous ceux qui relèvent de son champ d'application (accès dit « universel »), indépendamment de leur situation particulière au regard de l'aléa couvert par le dispositif. Elle repose sur l'interdiction, pour les organismes administrant un dispositif assurantiel ou de protection

¹⁶ N. DE PRIL et J. DHAENE, « Commission des Assurances. Rapport du groupe de travail Segmentation », *Competitiviteit, ethiek en verzekering – Compétitivité, éthique et assurance* (dir. H Cousy et al.), Antwerpen – Louvain-la-Neuve, Maklu – Academia-Bruylant, 1998, p. 119, rapport cité par. J.-M. BINON, « Solidarité et assurance : mariage de cœur ou de raison ? », *op. cit.*, p. 94.

¹⁷ N. DE PRIL et J. DHAENE, « Commission des Assurances. Rapport du groupe de travail Segmentation », *op. cit.*, p. 119.

¹⁸ Pour cette raison, nous ne parlerons plus que de solidarité subventionnelle dans la suite de cette contribution, sans préciser à chaque reprise qu'il s'agit d'une solidarité subventionnelle consciente.

¹⁹ A propos de cette technique et de ses rapports avec la solidarité subventionnelle ou « solidarité de subvention », voy. notamment C. DEVOET, *Les assurances de personnes*, Limal, Anthemis, 2011, pp. 191-194, et F. CORLIER, « Segmentation : le point de vue de l'assureur », *Competitiviteit, ethiek en verzekering – Compétitivité, éthique et assurance* (dir. H Cousy et al.), *op. cit.*, pp. 189-204.

sociale, de refuser l'accès au bénéfice de l'activité en question en raison d'autres critères que ceux qui définissent le groupe cible de ce dispositif.

17. La solidarité anti-sélective et la solidarité subventionnelle se distinguent donc en ceci que la première interdit que les caractéristiques du bénéficiaire pertinentes pour établir la probabilité de survenance de l'aléa soient prises en considération au stade de l'accès au dispositif, tandis que la seconde interdit en tout ou en partie qu'elles le soient au stade de la fixation du montant de la cotisation au dispositif.

18. **(c) La solidarité (re)distributive**, seconde forme de solidarité opérant sur le lien entre les cotisations et les prestations, est mise en œuvre lorsque le montant des prestations octroyées n'est pas fonction du montant des cotisations payées. Généralement associée à l'idée d'une atténuation des inégalités de revenus, on la tient souvent pour la caractéristique essentielle, ou devant l'être, des systèmes de sécurité sociale²⁰.

19. Il ne suffit toutefois pas que le montant des prestations soit en tout ou en partie indépendant du montant des cotisations versées pour qu'il y ait redistribution de ressources depuis les riches vers les pauvres. Celle-ci n'opère qu'à condition que les prestations soient forfaitaires ou plafonnées sans que les cotisations le soient – tous reçoivent la même chose ou un montant maximum alors que certains paient plus que les autres – ou que les prestations soient garanties à tous les individus couverts par le dispositif à hauteur d'un montant minimum indépendamment du niveau de cotisation effectivement supporté par chacun.

Cette précision nous paraît importante. Elle signifie que si un plafond de cotisations existe et que les prestations varient entre un minimum garanti et un montant maximum, le dispositif n'opère une redistribution qu'envers ceux n'ayant pas payé de cotisations ou seulement des cotisations très faibles. Pour tous les autres, le système n'organise pas une redistribution depuis les riches vers les pauvres (ce que l'on appelle une « redistribution verticale »), mais une distribution de revenus selon une logique autre que l'équivalence entre ce que l'on verse et ce

²⁰ Voy. notamment parmi les auteurs français J.-J. DUPEYROUX, « 1945-1995 : quelle solidarité ? », *Droit social*, 1995, n° 9-10, pp. 713-717 et M. BORGETTO, « La solidarité : le maître mot de la protection sociale ? », *La solidarité dans l'Union européenne. Éléments constitutionnels et matériels* (dir. C. Boutayeb), *op. cit.*, pp. 157-164 ; pour la Belgique, voy. par exemple B. CANTILLON, « Het herverdelend vermogen van de sociale zekerheid: beschouwingen, een halve eeuw later », *B.T.S.Z.*, 2014, n° 4, pp. 523-541., qui actualise les analyses proposées en 1967 par H. DELEECK, « Maatschappelijke zekerheid en inkomensherverdeling in België », *B.T.S.Z.*, 1967, n° 6-7, pp. 887-901., texte reproduit en 2014 dans le n°4 de la même revue, pp. 543-558.

que l'on reçoit (que l'on désigne parfois par l'expression de « redistribution horizontale »)²¹. Afin de garder en tête cette caractéristique, nous utilisons la graphie « solidarité (re)distributive ».

20. A côté des dispositifs (re)distributifs proprement dits, d'autres dispositifs peuvent intégrer de manière ponctuelle ou limitée un élément (re)distributif sans pour autant pouvoir être qualifiés eux-mêmes de (re)distributifs au sens qui vient d'être exposé. C'est par exemple le cas des mécanismes d'assurance qui octroient des dispenses de cotisation dans certaines circonstances (maladie, chômage, ...) sans conséquence sur le montant des prestations. De même en va-t-il des systèmes qui prévoient que les cotisations n'ayant donné lieu à aucune prestation, à défaut d'évènement déclencheur ou de bénéficiaire (« prestations en déshérence »), sont conservées pour financer à concurrence de leur montant les prestations des autres participants. On parle alors de « solidarité (re)distributive secondaire »²².

La présentation des différentes formes de solidarité susceptibles d'être mises en œuvre dans des dispositifs de protection sociale étant faite, il importe maintenant de déterminer l'importance qu'accorde la Cour à chacune d'entre elles pour l'identification d'une activité exclusivement sociale.

II. La construction jurisprudentielle de la frontière entre les activités économiques et les activités exclusivement sociales

21. Conformément à l'approche fonctionnelle adoptée par la Cour dans son célèbre arrêt *Höfner*²³, le champ d'application *rationae personae* du droit de la concurrence se définit par référence non pas aux caractéristiques d'une entité, mais au type d'activité qu'elle exerce. Dans une jurisprudence entamée en 1993, la Cour a progressivement dessiné une frontière entre les activités économiques, qui indiquent l'existence d'une entreprise et sont donc soumises au droit

²¹ Voy. les références citées dans la note précédente, qui nuancent fortement pour les systèmes belge et français, passés et actuels, la représentation de la sécurité sociale comme étant essentiellement un dispositif de redistribution depuis les riches vers les pauvres. Sur l'importance du plafond des cotisations pour le caractère redistributeur d'un dispositif, voy. en particulier H. DELEECK, « Maatschappelijke zekerheid en inkomensherverdeling in België », *op. cit.*, p. 891 pour l'édition de 1967 et p. 547 pour la réédition de 2014.

²² J.-M. BINON, « Solidarité et assurance : mariage de cœur ou de raison ? », *op. cit.*, p. 95.

²³ CJUE, 23 avril 1991, *Höfner*, C-41/90. A propos de cet arrêt et des implications de l'approche fonctionnelle de l'entreprise qu'il consacre, voy. notamment J.L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive rights and state monopolies under EC law*, *op. cit.*, pp. 47-49 et O. ODUDU, « The Meaning of Undertaking within 81 EC », *op. cit.*

européen de la concurrence, et les activités exclusivement sociales, qui sont exclues du champ d'application de celui-ci. Selon la compréhension que nous en avons, cette jurisprudence a connu deux temps. Le premier moment est entamé avec deux arrêts pionniers, les arrêts *Poucet et Pistre*²⁴ et *FFSA*²⁵, qui définissent les lignes qui allaient être suivies dans cinq arrêts ultérieurs²⁶ (A.). Le passage au deuxième moment s'opère avec l'arrêt *AOK Bundesverband* de 2004²⁷, qui semble rompre avec la logique de la jurisprudence poursuivie jusque-là en décidant que la présence de mécanismes limités de solidarité suffit pour exclure du champ d'application du droit de la concurrence des entités se faisant pourtant partiellement concurrence. Un autre arrêt²⁸, adopté quelques années plus tard, donne la même impression que la Cour a revu son approche de la frontière entre les activités économiques et les activités exclusivement sociales (B.). Cette présentation chronologique de la jurisprudence de la Cour nous permettra de formuler l'hypothèse, développée dans la troisième partie, que ce repositionnement trouve son explication dans la différence d'objet entre les dispositifs de protection sociale en cause dans le premier et le deuxième moment.

A. La jurisprudence fondatrice et ses suites

22. Les balises de la jurisprudence qui allait être adoptée pendant une dizaine d'années ont été posées par la Cour dans les arrêts *Poucet et Pistre* et *FFSA* (1.). Les arrêts adoptés ensuite allaient confirmer l'orientation prise par la Cour : la mise en œuvre d'une solidarité par répartition et (re)distributive par des organismes liés entre eux par une solidarité financière systématique caractérise une activité exclusivement sociale ; la solidarité subventionnelle et la solidarité (re)distributive secondaire présentes dans des dispositifs financés par capitalisation ne sont, elles, pas suffisantes pour enlever à une activité de protection sociale son caractère économique (2.).

²⁴ CJUE, 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, C-159/91 et C-160/91.

²⁵ Aussi appelé arrêt *Coreva*. CJUE, 16 novembre 1995, *FFSA*, C-244/94.

²⁶ On cite parfois deux décisions supplémentaires pour donner la position de la Cour sur la qualification des dispositifs de protection sociale au regard des traités européens : l'arrêt *Garcia* (CJUE, 26 mars 1996, *Garcia e. a.*, C-238/94) et l'arrêt *Commission c. Belgique (assurance accident du travail)* (CJUE, 18 mai 2000, *Commission c. Royaume de Belgique*, C-206/98). Celles-ci portant sur le champ d'application d'une directive adoptée en matière d'assurance (dite « troisième directive 'assurance non vie' »), et pas sur celui du droit de la concurrence, nous ne les aborderons pas dans notre contribution.

²⁷ CJUE, 16 mars 2004, *AOK Bundesverband*, affaires jointes C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01.

²⁸ CJUE, 3 mars 2011, *AG2R*, C-437/09.

1. Les premières balises pour l'identification d'une activité exclusivement sociale

23. Dans les deux affaires à l'origine de l'arrêt *Poucet et Pistre*²⁹, un litige était né à propos de l'obligation en droit français de s'affilier à des organismes de protection sociale déterminés, l'un chargé de la gestion d'un régime d'assurance maladie et maternité, l'autre de la gestion d'un régime d'assurance vieillesse. Les demandeurs ne contestaient pas l'obligation d'affiliation elle-même, mais revendiquaient le droit de s'adresser à des compagnies d'assurance privées. A l'appui de leurs prétentions, ils avançaient la non-conformité de l'obligation d'affiliation aux organismes cités au regard de l'article 102 TFUE (alors article 86 TCE) interdisant l'abus de position dominante. Se posait dès lors la question de l'applicabilité de l'article aux organismes concernés, qui relevaient au regard du droit français du domaine de la sécurité sociale.

24. La Cour, comme l'avocat général Tesauo dans ses conclusions, a conclu à son inapplicabilité en raison de la « fonction de caractère exclusivement social » des deux organismes. Sa solution repose sur trois éléments : l'absence de but lucratif, la mise en œuvre du principe de la « solidarité nationale », et la fixation du montant des cotisations et des prestations par la loi³⁰.

25. Les éléments de solidarité nationale relevés par la Cour correspondaient à trois des formes de solidarité décrites plus haut. Le calcul des cotisations sur la base des revenus alors que les prestations étaient identiques pour tous les assurés garantissait une solidarité (re)distributive entre les affiliés au régime d'assurance maladie et maternité, renforcée par des mécanismes de solidarité (re)distributive secondaire. Quant à lui, le régime d'assurance vieillesse mettait en œuvre une solidarité par répartition et une solidarité (re)distributive (les droits à pensions octroyés étaient « non proportionnels aux cotisations versées »). Enfin, chacun des deux régimes était intégré dans un système de solidarité financière entre organismes de protection sociale³¹.

²⁹ Pour les premières analyses de cet arrêt, voy. notamment P. LAIGRE, « Les organismes de Sécurité sociale sont-ils des entreprises ? », *Droit social*, 1993, n° 5, pp. 488-493 et P. CHENILLET, « Assurance vieillesse, Communauté européenne et libre concurrence », *Revue de droit sanitaire et social*, 1993, n° 3, pp. 554-564.

³⁰ Point 18 de l'arrêt.

³¹ Points 10 à 12 de l'arrêt.

Prenant acte de ces éléments de solidarité, et en particulier des mécanismes à caractère (re)distributif, la Cour reconnaît, à la suite de l'avocat général³², la nécessité de l'affiliation obligatoire aux deux régimes³³. C'est que la possibilité pour les bénéficiaires de verser leurs cotisations dans un autre système que ceux gérés par les organismes en cause aurait mis à mal le principe de solidarité et leur équilibre financier. L'affiliation obligatoire constituait donc le corrélat technique du principe de solidarité.

26. Quant au rôle de l'Etat dans l'organisation des dispositifs en cause, la Cour relève que les organismes chargés de leur gestion ne font qu'appliquer la loi « et n'ont donc aucune possibilité d'influer sur le montant des cotisations, l'utilisation des fonds et la détermination du niveau des prestations ». Elle mentionne également que leur activité est soumise au contrôle de l'administration³⁴.

27. La question de la qualification, au regard du droit de la concurrence, d'un dispositif de protection sociale est revenue devant la Cour dès l'année 1995. Cette année-là, la Cour fut saisie à deux reprises : d'abord à propos de la compatibilité avec le droit de la concurrence du régime d'un fonds de pension néerlandais (arrêt *Van Schijndel et Van Veen*³⁵), ensuite à propos de celle d'un régime complémentaire d'assurance vieillesse français (arrêt *FFSA*³⁶).

28. Pour des raisons procédurales, la première affaire n'a pas été tranchée par la Cour. Il est cependant intéressant de noter que l'avocat général Jacobs avait proposé de lui donner une réponse opposée à celle que la Cour allait retenir, quelques années plus tard, dans les arrêts *Albany* et *Pavlov*, à propos de fonds de pensions à l'organisation pourtant similaire à celle du fonds dont il était alors question³⁷.

29. Le litige à l'origine de l'arrêt *FFSA*³⁸ portait, lui, sur la légalité du décret français prévoyant la déductibilité du revenu professionnel imposable des cotisations versées à un régime complémentaire facultatif d'assurance vieillesse. Plusieurs entreprises d'assurance, dont

³² Point 12 des conclusions.

³³ Point 13 de l'arrêt.

³⁴ Points 14 et 15 de l'arrêt.

³⁵ CJUE, 14 décembre 1995, *Van Schijndel et Van Veen*, C-430/93 et C-431/93.

³⁶ CJUE, 16 novembre 1995, *FFSA*, C-244/94.

³⁷ Sur ces arrêts, voy. *infra*, n°33 à 36.

³⁸ Pour les premiers commentaires de cet arrêt, voy. notamment P. LAIGRE, « L'intrusion du droit communautaire de la concurrence dans le champ de la protection sociale », *Droit social*, 1996, n° 1, pp. 82-90 ; M.-C. BERGERES, « Les organismes chargés de la gestion des régimes sociaux échappent-ils aux règles communautaires de la concurrence? », *Répertoire Dalloz*, 1996, n° 23, pp. 317-319.

les clients ne pouvaient bénéficier de ce régime fiscal favorable, avaient argumenté devant le Conseil d'Etat de France qu'une telle disposition violait, notamment, le droit européen de la concurrence.

Pour répondre à la question de la soumission ou non du dispositif en cause au droit de la concurrence, la Cour commence par rappeler les éléments de solidarité (re)distributive, financière et par répartition relevés dans sa jurisprudence *Poucet et Pistre*. Elle pointe ensuite trois caractéristiques du dispositif en question dont elle déduit, par contraste avec le régime de l'arrêt *Poucet et Pistre*, son caractère économique, en raison de ce qu'il ne comporte pas les éléments de solidarité rappelés : « il importe (...) de relever que l'affiliation au régime 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. [L'organisme en question] exerce donc une activité économique en concurrence avec les compagnies d'assurance vie »³⁹.

Comme nous le verrons plus loin⁴⁰, le caractère facultatif du régime se révélera, dans la jurisprudence postérieure, moins déterminant que ce que ce passage laisse entendre. Apparaissent donc décisifs, dans le raisonnement de la Cour, le financement par capitalisation et le lien au niveau individuel entre, d'une part, le montant des cotisations préalablement versées et le résultat des investissements réalisés et, d'autre part, le montant des prestations attribuées, c'est-à-dire l'absence de solidarité (re)distributive. Le raisonnement de la Cour nous semble donc parfaitement aligné sur la jurisprudence *Poucet et Pistre* pour ce qui regarde le principe de solidarité : la solidarité par répartition, la solidarité financière et la solidarité (re)distributive étant absentes, rien n'empêche la reconnaissance d'une activité économique.

30. Quant à l'absence de but lucratif, sur laquelle la Cour fondait également sa décision dans son arrêt de 1993, elle est, en l'espèce, considérée comme non pertinente. La Cour estime en effet que l'activité considérée « peut donner lieu à des comportements que les règles de concurrence visent à réprimer »⁴¹, que l'entité qui l'exerce ait un but lucratif ou non. Cette solution est en parfaite conformité avec l'approche fonctionnelle adoptée dans l'arrêt

³⁹ Point 17 de l'arrêt.

⁴⁰ Voy. *infra* le commentaire des arrêts *Albany* et *Pavlov*, n°36.

⁴¹ Point 21 de l'arrêt.

*Höfner*⁴² : c'est la nature de l'activité et pas le cadre légal applicable à l'entité qui l'exerce qui décide de la soumission ou non de cette dernière au champ d'application du droit de la concurrence.

31. Enfin, le dernier élément mis en avant dans l'arrêt *Poucet* – le contrôle de l'Etat – est repris par la Cour, mais jugé non décisif en l'espèce. La Cour est concise sur ce point, mais on comprend de l'économie de l'arrêt et de la lecture des conclusions de l'avocat général que les contraintes imposées à l'organisme en question par l'Etat sont insuffisantes pour considérer qu'elles excluent le caractère économique de l'activité⁴³.

32. Une combinaison d'arguments se dégage donc de ces deux premiers arrêts. Premièrement, la mise en œuvre d'une solidarité par répartition, financière et (re)distributive semble décisive pour exclure le caractère économique d'une activité. Deuxièmement, le contrôle de l'Etat doit être suffisamment serré pour qu'une activité puisse être qualifiée d'exclusivement sociale. La Cour semble cependant accorder un poids plus important au premier de ces deux arguments. Cinq arrêts postérieurs, dont trois ont été adoptés le même jour et seront présentés comme un seul, s'inscrivent dans la même ligne argumentative.

2. Continuité et précision de la jurisprudence antérieure

33. Dans les arrêts *Albany*⁴⁴ et *Pavlov*⁴⁵, adoptés respectivement en 1999 et en 2000, la Cour s'est prononcée sur la nature de l'activité de fonds de pension néerlandais octroyant une pension complémentaire sur la base d'une activité professionnelle salariée ou indépendante. Pour ce qui concerne notre question, les deux fonds en cause présentaient des caractéristiques pour l'essentiel identiques : financement par capitalisation ; autonomie dans la détermination du montant des cotisations et des prestations ; éléments de solidarité subventionnelle et anti-

⁴² CJUE, 23 avril 1991, *Höfner*, C-41/90, précité. Pour des références à des travaux portant sur cette approche fonctionnelle, voy. *supra* la note 23.

⁴³ Point 20 de l'arrêt ; point 21 des conclusions.

⁴⁴ CJUE, 21 septembre 1999, *Albany International*, C-67/96. La Cour a adopté le même jour deux autres arrêts dans des affaires similaires : il s'agit des arrêts *Brentjens*, C-115/97 et *Drijvende Bokken*, C-219/97. Son raisonnement est identique dans les trois cas. Parmi les nombreux commentaires de ces arrêts, voy. notamment X. PRETOT, « La Cour de justice des Communautés européennes et les fonds de pension néerlandais. Ad augusta per angusta », *Droit social*, 2000, n° 1, pp. 106-111 et A. NIJENHUIS, « The Application of EC Competition Law to Supplementary Pension Funds », *op. cit.*

⁴⁵ CJUE, 12 septembre 2000, *Pavel Pavlov*, C-180/98 à C-184/98.

sélective, d'une part, et de solidarité (re)distributive secondaire, d'autre part ; absence de solidarité financière⁴⁶.

34. Dans les deux arrêts, la Cour conclut au caractère économique de l'activité des fonds. Elle justifie sa conclusion par les mêmes termes : « (...) 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 assurances⁴⁷ ».

L'argument paraît identique à celui avancé dans l'arrêt *FFSA*, qui mettait en avant le lien direct entre le montant des cotisations versées par les bénéficiaires et les résultats financiers des investissements effectués par l'organisme gestionnaire, d'une part, et les prestations reçues par le bénéficiaire, d'autre part, pour démontrer l'absence d'une solidarité forte dans le dispositif. Cependant, une petite différence de formulation laisse entendre que la Cour se place ici à un autre niveau d'analyse. En indiquant un lien de conséquence entre l'autonomie de décision et la capitalisation, d'une part, et la dépendance du montant des prestations vis-à-vis des résultats financiers, d'autre part, la Cour nous semble situer son argumentation sur le plan du financement du régime et pas, comme c'était le cas dans l'arrêt *FFSA*, sur le plan du mode de calcul des prestations. En effet, la manière de calculer les prestations délivrées par un système est, dans une certaine mesure, indépendante de la manière de le financer⁴⁸. L'Italie et la Suède, par exemple, connaissent en matière de pensions des dispositifs financés par répartition dont le mode de calcul des prestations s'inspire d'un modèle de comptes individuels⁴⁹, tandis que, à

⁴⁶ Pour un exposé des éléments de solidarité mis en œuvre par les fonds en cause dans les arrêts *Albany*, *Brentjens* et *Drijvende Bokken*, voy. le point 109 de l'arrêt *Albany* : « indépendance des cotisations par rapport au risque, (...) obligation d'accepter tous les travailleurs sans examen médical préalable, (...) continuation de la constitution de la pension en dispense de versement des cotisations en cas d'incapacité de travail, (...) prise en charge par le Fonds de l'arriéré de cotisations dû par l'employeur en cas de faillite de ce dernier (...) indexation du montant des pensions afin de maintenir leur valeur ». Pour un exposé des caractéristiques du fonds en cause dans l'arrêt *Pavlov*, voy. le point 80 de l'arrêt : les éléments de solidarité consistent en l'espèce en « l'indépendance des cotisations par rapport au risque, l'obligation d'accepter tous les membres de la profession sans examen médical préalable, la prise en charge du versement des cotisations en vue de poursuivre la constitution de la pension en cas d'invalidité, l'octroi de droits à pension rétroactifs aux affiliés qui exerçaient déjà la profession à la date de l'entrée en vigueur du régime ainsi que par l'indexation du montant des pensions afin de maintenir leur valeur ».

⁴⁷ Point 114 de l'arrêt *Pavlov*, qui reprend les points 81 et 82 de l'arrêt *Albany*.

⁴⁸ Voy. Y. STEVENS, *Gelijkheid en solidariteit in aanvullende werknemerspensioenen*, Katholieke Universiteit Leuven, 2002, pp. 105-106, n° 170 (thèse inédite disponible sur le site internet de la K.U.L. : <https://lirias.kuleuven.be/handle/123456789/159755>).

⁴⁹ A propos du modèle suédois, voy. notamment P. NORBERG, « The Use of Market Forces in Social Security: How Insurance-like Should Social Insurance Be ? », *Normative Patterns and Legal Development in the Social*

l'inverse, des dispositifs par capitalisation délivrent des prestations dont le montant n'est pas en lien direct avec le montant des cotisations versées par ou au nom de leur bénéficiaire. Selon le gouvernement néerlandais et le fonds lui-même, le dispositif en cause dans l'arrêt *Albany* relevait précisément de ce dernier cas : mettant en œuvre une solidarité subventionnelle, il se caractérisait par « l'absence d'équivalence à titre individuel entre la cotisation versée (...) et les droits à pension (...) »⁵⁰.

L'équivalence relevée par la Cour entre le montant des cotisations et des résultats financiers, d'une part, et celui des prestations, d'autre part, semble donc devoir s'entendre, dans ces deux arrêts, comme la caractéristique d'un dispositif financé par capitalisation : le montant global des prestations qu'il est en mesure de délivrer est déterminé par le montant global des cotisations reçues et des résultats de leur investissement, dont il assure lui-même la gestion. Cette équivalence ne semble donc pas être mise en avant par la Cour pour démontrer l'absence de solidarité portant sur le lien entre les prestations individuelles et les cotisations versées par le bénéficiaire ou en son nom, comme c'était le cas dans l'arrêt *FFSA*. La précision nous paraît importante. Elle amène à se demander à quelles formes de solidarité la Cour accorde le plus d'attention : est-ce aux solidarités liées au mode de financement des dispositifs de protection sociale ou à celles qui s'expriment dans la manière dont le lien est établi entre les cotisations et les prestations délivrées par ces dispositifs⁵¹ ? Nous reviendrons sur cette question dans la troisième partie de cette contribution, après avoir exposé l'ensemble de la jurisprudence de la Cour⁵².

35. Quant à l'autre élément de notre combinaison d'arguments, le contrôle de l'Etat, la Cour se contente de relever que les fonds concernés déterminent eux-mêmes le montant des cotisations et des prestations, et que leurs investissements sont soumis au même contrôle que

Dimension of the EU (dir. A. Numhauser-Henning et M. Rönmar), Oxford et Portland, Hart Publishing, 2013, p. 171 et suivantes, spécialement p. 175, ainsi que P. DEVOLDER et J. BOULET, *Défis et perspectives des régimes belges de pension*, *op. cit.*, p. 199 à 208. Pour une étude ancienne mais toujours éclairante des implications de l'adoption de la technique des comptes notionnels en Italie, voy. E. REYNAUD, « Réforme des retraites en Italie : principaux aspects et questions soulevées », *Revue d'économie financière*, n° 2, 1997, pp. 65-84.

⁵⁰ Point 75 de l'arrêt. Comme l'avocat général dans ses conclusions (voy. la note 46), le gouvernement soulignait que les cotisations, consistant en une « moyenne », étaient indépendantes du profil de risque et que le montant des prestations était calculé par référence à un salaire moyen. Il en tirait cependant la conclusion contraire à celle défendue par lui.

⁵¹ L'explication de ces deux catégories de solidarité et des mécanismes qu'elles recouvrent est donnée *supra*, aux n°5 et s.

⁵² Voy. *infra* le n°64.

ceux des compagnies d'assurance. Comme dans les arrêts précédents, le critère du contrôle de l'Etat ne semble invoqué qu'à l'appui de l'argumentation principale portant sur le principe de solidarité : en l'espèce, il est l'indice venant confirmer que la solidarité mise en œuvre dans l'activité de protection sociale en question n'empêche pas qu'elle soit qualifiée d'activité économique.

36. Un dernier enseignement relatif à la question qui nous intéresse se dégage des deux arrêts. Le caractère obligatoire de l'affiliation à un dispositif de protection sociale ne suffit pas pour exclure le caractère économique de l'activité. Le contraire aurait d'ailleurs été étonnant. En effet, il aurait alors suffi aux Etats membres de rendre obligatoires les mécanismes qu'ils souhaitent soustraire à la concurrence. En outre, l'article 106, §2 TFUE relatif aux entreprises bénéficiant de droits spéciaux ou exclusif en raison de l'exercice d'un service d'intérêt économique général aurait perdu une bonne part de son utilité dans le domaine de la protection sociale. En effet, l'octroi d'un droit spécial ou exclusif à une entité active dans ce domaine s'accompagne très souvent d'une obligation, pour les individus concernés, de s'affilier au dispositif qu'elle gère. Si le caractère obligatoire d'un dispositif avait suffi pour l'exclure du champ d'application du droit de la concurrence, les entités en charge d'un dispositif de protection sociale se seraient alors partagées entre des entités exerçant une activité exclusivement sociale et des entreprises pleinement soumises au droit de la concurrence⁵³ ; il n'aurait pu exister d'entreprises dotées de droits exclusifs en principe contraires aux interdictions édictées par le droit de la concurrence, mais bénéficiant de dérogations en raison de l'exercice d'une activité de protection sociale pouvant être qualifiée de service d'intérêt économique général.

37. L'arrêt *Cisal*⁵⁴, adopté en 2002, a la particularité de porter sur un régime d'assurance obligatoire contre les accidents du travail et les maladies professionnelles dont une branche – celle du secteur agricole – était financée par répartition tandis que l'autre – celle du secteur industriel – l'était par une technique partageant plusieurs traits avec celle de la capitalisation⁵⁵.

⁵³ L. DRIGUEZ, *Droit social et droit de la concurrence*, op. cit., p. 266.

⁵⁴ CJUE, 22 janvier 2002, *Cisal*, C-218/00.

⁵⁵ La technique de financement employée était le système de répartition des capitaux de couverture. Pour une explication de son fonctionnement, voy. P. DEVOLDER et J. BOULET, *Défis et perspectives des régimes belges de pension*, op. cit., p. 21.

38. L'avocat général Jacobs, dans ses conclusions précédant l'arrêt, organise son argumentation en tenant compte de cette différence. Pour la première branche, le seul fait de la répartition suffit pour conclure que l'activité d'assurance en cause n'est pas de nature économique. C'est que, argumente-t-il, personne ne serait prêt à payer aujourd'hui sans garantie que d'autres payeront encore demain. Or, une entreprise privée ne peut apporter cette garantie. Le contrôle exercé par l'Etat sur l'activité de l'organisme et la garantie financière qu'il apporte à son financement confortent selon lui cette analyse⁵⁶.

L'argumentation de l'avocat général en faveur de la reconnaissance du caractère exclusivement social de la seconde branche est plus complexe. La politique de financement à l'œuvre, estime-t-il, n'est pas fondamentalement différente de celle qu'adopterait ou pourrait adopter une entreprise privée. Cependant, « une des caractéristiques essentielles de l'assurance privée réside (...) dans le lien qui existe entre les cotisations et les prestations non seulement au niveau global (l'ensemble des prestations doit être financée par l'ensemble des cotisations) mais également au niveau individuel. L'assuré (ou un tiers qui cotise pour lui) ne sera disposé à payer des cotisations que s'il peut attendre en contrepartie des prestations qui sont fonction du montant des cotisations »⁵⁷. Or, contrairement à ce que soutenait le demandeur, ce lien n'existe pas en l'espèce. Certes, cotisations et prestations sont calculées sur une base commune, la rémunération des travailleurs. Mais alors que le montant de la rémunération est plafonné pour le calcul des prestations, il ne l'est pas pour le calcul des cotisations. En outre, une prestation minimum est prévue, qui est donc octroyée quel que soit le montant des cotisations payées. En raison de ces caractéristiques, dont on a vu plus haut qu'elles appartiennent au mécanisme de la solidarité (re)distributive⁵⁸, l'avocat général estime que le lien entre cotisations et prestations est « trop indirect pour être comparable à celui qui caractérise une assurance privée »⁵⁹. Cet élément, combiné au contrôle effectif de l'Etat sur le montant des cotisations et des prestations, le conduit à conclure au caractère non économique de l'activité en cause, malgré donc qu'elle soit financée par une technique proche de la capitalisation.

39. Ces deux éléments – l'absence de lien direct entre les cotisations et les prestations et le contrôle de l'Etat sur le montant de celles-ci – ont été repris par la Cour pour justifier sa

⁵⁶ Points 56 et 57 des conclusions.

⁵⁷ Point 62 des conclusions (les parenthèses sont dans le texte).

⁵⁸ Voy. *supra* n°19.

⁵⁹ Point 80 des conclusions.

décision, conforme à celle de l'avocat général. A la différence des arrêts *Albany* et *Pavlov*, où la Cour semblait se concentrer sur les formes de solidarité relatives au mode de financement des dispositifs⁶⁰, c'est donc ici la présence d'une solidarité portant sur le lien entre les cotisations et les prestations, et en particulier celle d'une solidarité (re)distributive, qui occupe une place centrale dans l'argumentation de la Cour. Et ceci est d'autant plus remarquable que la question du mode de financement du régime est, elle, tout simplement ignorée.

Conclusions intermédiaires

40. Avec l'arrêt *Cisal* se clôt ce que nous considérons être le premier moment de la jurisprudence de la Cour. L'analyse que nous venons de mener permet d'en dégager plusieurs enseignements. Les arrêts *FFSA*, *Albany* et *Pavlov* nous apprennent tout d'abord que ni l'interdiction pour l'entité exerçant une activité de protection sociale d'agir dans un but lucratif, ni le caractère facultatif ou obligatoire du dispositif de protection sociale ne sont des critères pertinents pour établir la distinction entre les activités économiques et les activités exclusivement sociales. Ils nous apprennent, ensuite, que la mise en œuvre d'une solidarité subventionnelle ou d'une solidarité (re)distributive secondaire ne suffit pas pour altérer la nature économique des dispositifs financés par capitalisation. L'arrêt *Poucet et Pistre* permet quant à lui d'affirmer que les dispositifs financés par répartition et organisant une solidarité financière et (re)distributive sont de nature exclusivement sociale. Enfin, l'arrêt *Cisal* permettrait de soutenir que la présence d'une solidarité (re)distributive suffit à elle seule pour qualifier une activité d'exclusivement sociale. Le fait cependant que le dispositif en cause dans cet arrêt repose sur un système de financement plus complexe que dans les arrêts précédents – l'une de ses branches est financée par répartition tandis que l'autre repose sur un type de financement par capitalisation particulier – doit peut-être nous amener à la prudence : la Cour aurait-elle décidé de la même manière si le dispositif était entièrement financé par capitalisation ?

Par ailleurs, il se dégage de l'ensemble de ces arrêts l'impression que le critère du contrôle de l'Etat est de seconde importance par rapport à celui de la solidarité⁶¹. Plutôt qu'un critère

⁶⁰ Voy. *supra* n° 34.

⁶¹ Dans le même sens, voy. notamment J. FAULL et A. NIKPAY (éds.), *Faull & Nikpay: the EC law of competition*, 2^e édition, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 599, n°6.21 (Une troisième édition de l'ouvrage est parue en

autonome, il semble être invoqué par la Cour à l'appui de ce que son analyse du critère de la solidarité a déjà permis de dégager, à savoir que les caractéristiques de l'activité de protection sociale en cause excluent ou n'excluent pas qu'elle puisse être qualifiée d'activité économique. C'est à propos de cette articulation entre les critères du contrôle de l'Etat et de la solidarité que la jurisprudence de la Cour nous semble s'être modifiée dans ce que nous avons désigné comme son deuxième moment.

B. En rupture avec la jurisprudence antérieure ?

41. L'arrêt *AOK Bundesverband* de 2004⁶² est le premier, parmi les arrêts analysés jusqu'ici, dans lequel la Cour n'a pas suivi l'avis de l'avocat général sur la nature de l'activité en cause. Le dispositif de protection sociale concerné est le système d'assurance maladie allemand. Il est administré par plusieurs caisses de maladie indépendantes, entre lesquelles existe cependant un mécanisme de solidarité financière. Les prestations de base qu'elles délivrent sont fixées par la loi. Elles disposent par contre d'une certaine marge de manœuvre dans la fixation des cotisations. Elles sont également autorisées à délivrer certaines prestations accessoires aux prestations de base. Sur ces deux points, elles peuvent donc entrer en concurrence. Par ailleurs, certains travailleurs sont dispensés de l'obligation d'affiliation à l'assurance maladie légale et ont le choix entre s'affilier à une caisse de maladie et s'assurer auprès d'une compagnie d'assurance.

42. Ces éléments de concurrence entre caisses de maladie et entre caisses de maladie et compagnies d'assurance ont amené l'avocat général Jacobs à conclure à l'applicabilité des règles de concurrence. Le raisonnement est cohérent : qui dit concurrence, fût-elle encadrée, dit existence d'entités exerçant une activité potentiellement lucrative, et donc application des règles ayant précisément pour objet le comportement de ces entités sur le marché⁶³. En conformité avec l'approche fonctionnelle adoptée dans l'arrêt *Höfner*, c'est la nature de l'activité qui décide de l'application ou non du droit de la concurrence.

2014. Nous n'avons malheureusement pas pu en prendre connaissance.) ; S. HENNION-MOREAU, « Services sociaux et concurrence », *Revue de droit sanitaire et social*, 2006, n° 5, pp. 801-810 et « La notion d'entreprise en droit social communautaire », *Droit social*, 2001, n° 11, pp. 957-966, ainsi que R. KOVAR, « Droit communautaire et service public. Esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée? », *op. cit.* qui ne se prononce évidemment qu'à propos des arrêts prononcés à l'époque de la rédaction de l'article (1996), à savoir les arrêts *Poucet et Pistre* et *FFSA*.

⁶² CJUE, 16 mars 2004, *AOK Bundesverband*, affaires jointes C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, précité.

⁶³ Points 40 à 42 des conclusions.

43. La Cour, on l'a dit, a choisi une autre solution. La fixation des prestations « pour l'essentiel identiques » par la loi et la solidarité financière entre les caisses de maladie ont emporté sa conviction que l'activité en cause ne devait pas être qualifiée d'économique⁶⁴. Certes, « un élément de concurrence » existe en matière de cotisations, mais celui-ci, relève la Cour, a été introduit par le législateur « afin d'inciter les caisses de maladie à exercer leur activité (...) 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 d'un tel objectif ne remet donc pas en cause, estime la Cour, la nature – exclusivement sociale – de l'activité de ces caisses⁶⁵.

44. La divergence entre la solution adoptée par la Cour et sa jurisprudence antérieure n'a pas manqué d'être relevée⁶⁶. Certains y ont vu une atténuation du principe, proclamé notamment dans la jurisprudence *Höfner*, selon lequel une concurrence antérieure, existante ou potentielle dans un domaine d'activité révèle son caractère économique. N'emporterait pas la qualification d'activité économique la concurrence qui satisfait à un critère quantitatif – être limitée à « un élément de concurrence » – et à un critère qualitatif – être intentionnellement introduite au service de la pérennité du système au sein duquel elle est organisée⁶⁷. Une autre particularité de l'arrêt tient à nos yeux aux arguments mis en avant par la Cour pour justifier sa décision. D'une part, elle insiste sur l'encadrement par l'Etat des dispositifs en cause, semblant faire du critère du contrôle de l'Etat le critère principal pour l'identification d'une activité exclusivement sociale. Le résumé de sa jurisprudence antérieure qu'elle propose à l'appui de son argumentation va nettement dans ce sens⁶⁸. D'autre part, elle accorde une importance toute particulière à la solidarité financière à l'œuvre entre les organismes en cause⁶⁹. Or, les dispositifs mettaient également en œuvre une solidarité (re)distributive, puisque les prestations étaient pour l'essentiel identiques tandis que les cotisations étaient proportionnelles à la

⁶⁴ Points 52 et 53 de l'arrêt.

⁶⁵ Point 56 de l'arrêt.

⁶⁶ S. BELHAJ et J.W. VAN DE GRONDEN, « Some room for competition does not make a sickness fund an undertaking. Is EC competition law applicable to the health care sector? », *European Competition Law Review*, 2004, n° 11, pp. 682-687. Pour un avis sur l'affaire *AOK Bundesverband*, exprimé avant la décision de la Cour, qui concluait à la soumission du régime allemand au droit européen de la concurrence, voy. P.J. SLOT, « Applying the competition rules in the healthcare sector », *European Competition Law Review*, 2003, n° 11, pp. 580-593.

⁶⁷ M. KRAJEWSKI et M. FARLEY, « Limited competition in national health systems and the application of competition law: the AOK Bundesverband case », *European Law Review*, 2004, n° 6, pp. 842-851, spéc. p. 848.

⁶⁸ Voy. les points 45 à 50 de l'arrêt.

⁶⁹ Point 53 de l'arrêt.

rémunération, seuls leurs taux pouvant varier d'un organisme à l'autre. A la différence des arrêts précédents, et de l'arrêt *Cisal* en particulier, où la solidarité (re)distributive avait semblé jouer un rôle important, voire décisif, la Cour semble donc ici lui préférer la solidarité financière pour l'identification d'une activité exclusivement sociale⁷⁰.

45. Il nous semble qu'une explication de cette particularité de l'argumentation de la Cour peut se trouver dans l'objet du système de protection sociale concerné. L'arrêt *AOK Bundesverband* est le premier à se prononcer sur la nature d'un dispositif uniquement consacré à la couverture de frais – en l'occurrence, des dépenses médicales⁷¹. Dans tous les autres dispositifs soumis jusque-là à l'analyse de la Cour, les prestations consistaient, pour l'essentiel⁷², en l'octroi d'un revenu de remplacement. Or, pour des raisons que nous exposerons dans la troisième partie, il nous semble que le critère de la solidarité tel qu'il a été développé par la Cour ne permet pas toujours de départager les dispositifs de couverture de soins de santé entre activités exclusivement sociales et activités économiques de manière aussi nette qu'il ne le fait pour les dispositifs d'octroi d'un revenu de remplacement. De ce fait, la décision de la Cour ne peut éviter de donner le sentiment qu'elle repose *in fine* sur le choix de placer le curseur à tel endroit plutôt qu'à tel autre entre, d'une part, la volonté de l'Etat membre et, de l'autre, les exigences du droit européen de la concurrence⁷³.

46. Peut-être est-ce en raison de ces difficultés d'argumentation rencontrées dans l'arrêt *AOK Bundesverband* que la Cour a décidé de donner une présentation plus systématique, dans l'arrêt *Kattner*⁷⁴, des critères de l'exclusivement social. L'arrêt porte sur le système allemand

⁷⁰ Cette différence dans le raisonnement de la Cour apparaît d'autant mieux que la mise en œuvre d'une solidarité (re)distributive n'est pas mentionnée dans le résumé de l'arrêt *Cisal* proposé par la Cour au point 48 de l'arrêt *AOK Bundesverband*.

⁷¹ Il est vrai qu'un régime national de couverture des soins de santé (en l'occurrence le système national de santé espagnol) avait déjà été concerné par une affaire de droit de la concurrence, jugée par le Tribunal de première instance (TPIUE, 4 mars 2003, *FENIN/Commission*, T-319/99) dont la décision a été confirmée en appel par la Cour (CJUE, 11 juillet 2006, *FENIN/Commission*, C-205/03 P). La nature de l'activité du régime en question n'y a cependant pas été discutée, les plaignants soutenant seulement que l'exclusion du champ d'application du droit de la concurrence reconnue aux entités exerçant une activité exclusivement sociale ne portait pas sur les relations entre celles-ci et leurs fournisseurs. Le Tribunal, suivi par la Cour, leur a donné tort.

⁷² Le régime d'assurance maladie et maternité des travailleurs non salariés des professions non agricoles notamment en cause dans l'arrêt *Poucet et Pistre* assurait certainement aussi la couverture de certains soins.

⁷³ Dans le même sens, voy. J. FAULL et A. NIKPAY (éds.), *Faull & Nikpay: the EC law of competition, op. cit.*, pp. 1355-1356, n°11.146.

⁷⁴ CJUE, 5 mars 2009, *Kattner Stahlbau*, C-350/07. Sur cet arrêt, voy. notamment J.-P. LHERNOULD, « Le monopole des régimes de protection sociale à l'épreuve de la jurisprudence récente de la CJUE », *Droit social*, 2011, n° 12, p. 1265-1268 ; L. DRIGUEZ, « Les institutions de protection sociale face au droit de la concurrence : confirmations ou inflexions ? », *Revue de droit sanitaire et social*, 2010, n° 6, p. 1048-1061 ; M. ORZAN, « The

d'assurance contre les accidents du travail. A la différence du régime italien en cause dans l'arrêt *Cisal*, il est administré par plusieurs caisses d'assurance.

47. L'avocat général Mazak, dans ses conclusions précédant l'arrêt, pointe des éléments appartenant à trois des formes de solidarité identifiées plus haut : la solidarité subventionnelle pour ce qui concerne le remboursement des frais d'hospitalisation et des soins ambulatoires, minoritaire dans l'ensemble des prestations assurées par les caisses⁷⁵ ; la solidarité (re)distributive pour ce qui concerne le versement des pensions⁷⁶ ; et la solidarité financière qui assure une certaine péréquation des coûts entre les caisses⁷⁷. Considérant par ailleurs que les éléments essentiels du dispositif – les cotisations et les prestations – sont soumis à un contrôle effectif et important de l'Etat, il conclut à la nature non économique de l'activité en cause.

48. La Cour reprend ces éléments habituels dans son argumentation. Mais, pour la première fois, elle exprime explicitement le caractère cumulatif des deux critères de l'exclusivement social, « la mise en œuvre du principe de solidarité » et « le contrôle exercé par l'Etat »⁷⁸. Cette innovation n'a pas d'effet autre que stylistique dans le cas d'espèce. Le régime allemand étant finalement assez semblable à celui en cause dans l'arrêt *Cisal*, la Cour conclut sans surprise à son caractère exclusivement social.

49. L'arrêt *AG2R*⁷⁹, rendu deux ans plus tard, en révèle cependant les potentialités. La question posée à la Cour est celle de la qualification à donner, au regard du droit de la concurrence, à un organisme français chargé par les partenaires sociaux d'exécuter le régime complémentaire dont ils ont fixé les paramètres.

50. Comme dans l'arrêt *AOK Bundesverband*, le dispositif en cause a pour objet la couverture des frais de soins de santé. Mais à la différence de celui-là, le dispositif concerné est issu d'un accord conclu entre partenaires sociaux, il met en œuvre une assurance complémentaire à l'assurance légale, et aucune solidarité financière n'est prévue.

concept of economic activity in the *Kattner* case : between the free movement rules and competition law », *European Law Reporter*, 2009, n° 12, pp. 416-421.

⁷⁵ Points 49 et 51 des conclusions. Le remboursement de ces frais représentait 12,4% du total des prestations en 2002.

⁷⁶ Point 53 des conclusions.

⁷⁷ Point 50 des conclusions.

⁷⁸ Points 44 et 60 de l'arrêt.

⁷⁹ CJUE, 3 mars 2011, *AG2R*, C-437/09.

La Cour commence par relever les éléments de solidarité subventionnelle et de solidarité (re)distributive secondaire présents dans le régime, dont elle conclut qu'il est « caractérisé par un degré élevé de solidarité »⁸⁰. Elle se penche ensuite sur les liens entre les partenaires sociaux et l'organisme qu'ils ont choisi pour organiser le régime afin de déterminer si le critère du contrôle de l'Etat est rencontré. Constatant que l'encadrement légal de ce type d'arrangement laisse une place pour la négociation entre les premiers et le second sur les modalités de leur collaboration, elle estime qu'« il pourrait être conclu » que l'organisme en cause est une entreprise exerçant une activité économique en concurrence avec d'autres entreprises sur le marché de la prévoyance⁸¹.

La Cour semble donc douter que le contrôle de l'Etat soit suffisamment étroit pour conclure au caractère exclusivement social de l'activité⁸². Elle s'intéresse ensuite en détail à la réponse qu'il conviendrait de donner à l'étape suivante du raisonnement s'il était décidé que l'activité est de nature économique : le dispositif pourrait-il être justifié sur la base de l'article 106, §2 TFUE, qui permet de déroger au droit de la concurrence dans la mesure nécessaire pour permettre l'exercice, par une entreprise, d'une mission d'intérêt économique général⁸³ ?

51. Cet arrêt étonne à deux titres. D'abord, parce qu'il conclut à la rencontre du critère de solidarité dans un régime dont on peine à voir ce qui le rend plus solidaire que les fonds de pension néerlandais des arrêts *Albany* et *Pavlov*. L'organisme AG2R est une « institution de prévoyance », un type d'organisation encadré par le Code de la sécurité sociale français dont le régime financier est soumis aux dispositions du Code ayant transposé les directives

⁸⁰ Point 52 de l'arrêt. En l'occurrence, la solidarité subventionnelle consiste en ceci que « la cotisation (au dispositif) est fixée au montant uniforme de 40 euros, supporté pour partie par l'employeur et pour partie par le salarié. (Le) régime ne prend dès lors pas en considération des éléments tels que l'âge, l'état de santé ou encore les risques particuliers inhérents au poste de travail occupé par le salarié assuré » (points 48 et 49 de l'arrêt). La solidarité (re)distributive secondaire s'exprime, elle, dans le fait que « les prestations sont, dans certains cas, servies indépendamment du paiement des cotisations dues » : par exemple, « le bénéficiaire du régime est reconnu rétroactivement lorsque le salarié a atteint l'ancienneté minimale d'un mois requise pour adhérer audit régime » (point 51 de l'arrêt).

⁸¹ Point 65 de l'arrêt.

⁸² Dans le même sens, voy. le commentaire de l'arrêt par J.-P. KOVAR, « La CJUE considère que la gestion d'un régime complémentaire de santé obligatoire par un organisme à but non lucratif constitue un service d'intérêt économique général justifiant l'octroi de droits exclusifs », *Concurrences*, 2011, n° 2, pp. 209-210. U. NEERGAARD, « The Concept of SSGI and the Asymmetries Between Free Movement and Competition Law », *op. cit.*, p. 228 et J.W. VAN DE GRONDEN et W. SAUTER, « Taking the Temperature: EU Competition Law and Health Care », *op. cit.*, p. 221 considèrent quant à eux que la Cour a (implicitement) conclu que le critère du contrôle de l'Etat n'était pas rempli.

⁸³ En l'espèce, elle considère que c'est le cas. Voy. le point 81 de l'arrêt.

européennes successives en matière d'assurance⁸⁴. Son mode de financement ne diffère donc pas dans son principe de celui d'une entreprise d'assurance privée⁸⁵. Quant aux mécanismes de solidarité opérant sur le lien entre les cotisations et les prestations, ils consistent en une solidarité subventionnelle et une solidarité (re)distributive secondaire, soit les deux formes de solidarité également présentes dans les dispositifs néerlandais de pension complémentaire, que la Cour a pourtant qualifiés d'activité économique⁸⁶.

Cet arrêt étonne, ensuite, en raison de la volonté assez marquée de la Cour de déplacer les débats vers l'article 106, §2 TFUE, dont on a pertinemment relevé la nouveauté par rapport à la jurisprudence antérieure⁸⁷. Dans ce que nous avons appelé le premier moment de sa jurisprudence, la Cour avait à chaque reprise tranché de manière nette la question de la nature économique ou exclusivement sociale de l'activité en cause. Et ses décisions se fondaient en premier lieu sur la rencontre ou non du critère de la solidarité, les analyses relatives au critère du contrôle de l'Etat ne venant qu'appuyer le résultat qui se dégageait déjà des discussions relatives au caractère solidaire de l'activité. Dans l'arrêt *AG2R*, la situation semble renversée. Le critère de la solidarité est jugé rencontré après une analyse rudimentaire et étonnante au regard de la jurisprudence antérieure, tandis que c'est le critère du contrôle de l'Etat qui concentre les discussions : ce contrôle est-il suffisamment serré pour que l'on puisse considérer que l'activité échappe au droit de la concurrence, ou devrait-on plutôt évaluer la conformité de l'intervention étatique dans l'organisation de cette activité à l'article 106, §2, qui pose des

⁸⁴ J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO et R. LAFORE, *Droit de la sécurité sociale*, 18e édition, Paris, Dalloz, 2015, pp. 1125-1127. Ces directives sont aujourd'hui reprises et coordonnées dans 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) (refonte).

⁸⁵ On remarquera qu'institutions de prévoyance et entreprises d'assurance sont d'ailleurs toutes soumises à la surveillance de l'« Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles » (*ibid.*, pp. 1132-1134) ; or, la Cour avait précisément usé de l'argument que les fonds de pensions néerlandais en cause dans les arrêts *Albany* et *Pavlov* étaient soumis à la même autorité de contrôle que les entreprises d'assurance pour appuyer sa décision de qualifier leur activité d'économique (voy. le point 82 de l'arrêt *Albany* et le point 112 de l'arrêt *Pavlov*).

⁸⁶ Pour un rappel des éléments solidaires de ces dispositifs, voy. *supra* les notes 46 et 50. On remarquera par ailleurs que, dans la jurisprudence que nous venons de passer en revue, l'expression « un degré élevé de solidarité » utilisée dans l'arrêt *AG2R* (point 52) n'avait été utilisée jusque-là que deux fois par la Cour, précisément dans les arrêts *Albany* et *Pavlov*. Elle y apparaît dans le cadre, respectivement, des discussions sur justification du droit exclusif reconnu au fond après avoir conclu qu'il est une entreprise chargée d'un service d'intérêt économique général (point 109 de l'arrêt *Albany*) et du débat sur la qualité de consommateur ou d'entreprise de médecins organisant en commun un régime de pension complémentaire (point 80 de l'arrêt *Pavlov*).

⁸⁷ C. KERSTING, « Social Security and Competition Law—ECJ focuses on Art. 106(2) TFEU », *Journal of European Competition Law & Practice*, 2011, n° 5, pp. 473-476. L. IDOT, « Notion d'entreprise et affiliation à un régime complémentaire de soins de santé », *Europe*, 2011, n° 5, commentaire n° 180, estime au contraire que l'arrêt est « tout à fait dans la ligne de la jurisprudence des années 1999/2000 ».

conditions à l'octroi par l'Etat de droits spéciaux ou exclusifs aux entreprises chargées d'un service d'intérêt économique général ? La question n'est donc plus tant de savoir de quelle « nature » est l'activité de protection sociale considérée que de déterminer le rapport qu'entretient l'Etat avec l'organisme chargé d'exercer cette activité. En l'espèce, la Cour semble considérer que l'article 106, §2 est plus approprié pour appréhender ce rapport⁸⁸.

Conclusions intermédiaires

52. Ce que nous avons appelé le deuxième moment de la jurisprudence de la Cour se compose donc des arrêts *AOK Bundesverband* et *AG2R*, l'arrêt *Kattner* se trouvant lui dans la même ligne que la jurisprudence élaborée entre les arrêts *Poucet et Pistre* et *Cisal*. Comment rendre compte des différences importantes, au regard des arrêts du premier moment de sa jurisprudence, dans la manière dont la Cour y appréhende les activités de protection sociale ? Doit-on y voir un revirement ou du moins une évolution de la jurisprudence dont les causes seraient à chercher dans des motifs d'opportunité, extérieurs aux raisonnements exposés dans les arrêts antérieurs ? Ou peut-on donner une raison qui permettrait de les expliquer au moins en partie sur la base de ce qui a été dit par la Cour ?

Comme nous l'avons déjà mentionné plus haut⁸⁹, notre hypothèse est que ces tensions trouvent une explication dans la différence d'objet entre les prestations en cause dans le premier moment et les prestations en cause dans le deuxième moment. De même que l'arrêt *AOK Bundesverband*, l'arrêt *AG2R* devait se prononcer sur la « nature » d'un dispositif de couverture des soins de santé, c'est-à-dire d'un type de dispositif que le critère de la solidarité permet moins facilement d'identifier comme étant économique ou exclusivement sociale, pour des raisons que nous expliciterons dans la troisième partie de cette contribution. Pour contrer cette

⁸⁸ Sur la base de l'article 106, §2 TFUE, et pour autant que l'activité en cause soit qualifiée d'économique, la Cour de justice reconnaît donc, dans cet arrêt *AG2R*, la validité de principe au regard du droit européen de la concurrence des accords collectifs désignant un organisme unique pour la gestion d'un dispositif de protection sociale complémentaire. Dans sa décision n° 2013-672 du 13 juin 2013, le Conseil constitutionnel français, quant à lui, les a jugés contraires à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre et a donc déclaré inconstitutionnelle la disposition légale sur laquelle ils reposaient. Cette décision a fait l'objet d'une réclamation collective introduite le 28 avril 2015 devant le Comité européen des droits sociaux par le syndicat CGT-Force ouvrière pour non-respect de l'article 6, §2 de la Charte sociale européenne relatif au droit de négociation collective. A propos de la décision du Conseil constitutionnel, voy. notamment J. Barthélémy, « Le concept de garantie sociale confronté à l'article L. 1 du code du travail et à la décision des sages du 13 juin 2013 », *Droit social*, 2013, n° 9, pp. 673-679.

⁸⁹ Voy. *supra* le n°45.

difficulté, la Cour s'est écartée de la ligne suivie dans le premier moment de sa jurisprudence pour donner au critère du contrôle de l'Etat une importance qu'il n'avait pas jusque-là. Cette reconfiguration de son argumentation lui donne ainsi une plus grande souplesse dans la prise de décision. Le caractère déclaré cumulatif des critères de la solidarité et du contrôle de l'Etat permet en réalité de moduler l'importance respective de chacun de ces critères. Si la solidarité mise en œuvre est insuffisante au regard de la jurisprudence antérieure pour conclure au caractère exclusivement social de l'activité en cause, la Cour peut n'en proposer qu'une analyse sommaire et déplacer la discussion vers le critère du contrôle de l'Etat. A l'inverse, lorsque la solidarité est telle qu'elle suffit pour exclure l'activité du champ d'application du droit de la concurrence, la Cour peut passer plus rapidement sur l'étude de l'encadrement étatique de l'activité. En d'autres termes, alors qu'elle présente les critères de la solidarité et du contrôle de l'Etat comme étant cumulatifs, il semble que la Cour les utilise en réalité de manière alternative, focalisant son attention sur l'un ou sur l'autre selon le type de prestation sociale en cause.

Il convient maintenant de développer plus avant cette hypothèse en passant de la description des solutions retenues par la Cour à une explication des raisons pour lesquelles elle fait des critères de la solidarité et du contrôle de l'Etat les marques d'une activité exclusivement sociale.

III. Les raisons de l'édification de la solidarité et du contrôle de l'Etat comme critères d'une activité exclusivement sociale

53. Pour comprendre au mieux les raisons des variations de la jurisprudence de la Cour entre ses deux moments, il est utile de mettre en évidence ce que le critère de la solidarité et le critère du contrôle de l'Etat ont en commun en même temps que ce qui les distingue. De notre point de vue, ils expriment en effet une même exigence, celle que l'entité en charge de l'activité de protection sociale n'ait pas d'autonomie de gestion du risque couvert. Mais ils ne remplissent pas cette exigence pour les mêmes raisons (A.). Cette double précision permet d'explicitier l'hypothèse que nous formulons pour rendre compte des variations de la jurisprudence : en raison de caractéristiques propres à cette activité, la couverture de soins de santé d'une population se prête mieux, par comparaison aux systèmes de pension étatiques, à une organisation reposant sur la coordination de plusieurs entités dotées d'une certaine autonomie de gestion financière du risque. C'est cette spécificité, nous semble-t-il, qui explique que la

Cour accorde une plus grande attention au critère du contrôle de l'Etat lorsqu'elle se prononce sur la nature économique ou exclusivement sociale des dispositifs de couverture des soins de santé, tandis qu'elle peut, par contre, se concentrer sur le principe de solidarité lorsqu'elle a à se prononcer sur d'autres dispositifs (B.).

A. Solidarité, contrôle de l'Etat et autonomie de gestion

1. Solidarité et autonomie de gestion « en fait »

54. Le critère de la solidarité est intimement lié à la notion d'activité économique telle qu'elle a été développée par la Cour dans sa jurisprudence en matière de droit de la concurrence ; il en est le pendant négatif. Si la définition exacte de cette notion et son caractère opératoire font l'objet de nombreuses discussions et controverses⁹⁰, il semble qu'on puisse la présenter comme l'activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné et qui serait susceptible, au moins en principe, d'être celle d'une entité privée poursuivant un but lucratif⁹¹. Le raisonnement de la Cour faisant application du critère de la solidarité peut donc être résumé comme suit. N'est pas de nature économique et échappe donc au champ d'application du droit de la concurrence l'activité qui, parce qu'elle met en œuvre une certaine forme de solidarité, ne pourrait être exercée, pas même en principe, par une entreprise privée agissant dans un but lucratif. Et les arrêts du premier moment de la jurisprudence de la Cour nous apprennent que ces formes de solidarité exclusives d'une activité économique sont la solidarité du financement par répartition, la solidarité financière dans certaines de ses configurations et la solidarité (re)distributive. Ce raisonnement se fonde donc sur la nature des activités considérées ou, pour le dire autrement, sur leurs caractéristiques intrinsèques.

55. Mais pourquoi ces formes de solidarité excluent-elles que l'activité qui les met en œuvre puisse être exercée par une entreprise privée poursuivant un but lucratif ? Qu'est-ce qui

⁹⁰ Voy. par exemple E. BERNARD, « L'activité économique', un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation », *Revue internationale de droit économique*, 2009, n° 3, pp. 353-385.

⁹¹ Définition donnée par l'avocat général Jacobs au point 38 de ses conclusions précédant l'arrêt *Cisal*, précité. Voy. O. ODUDU, « Are State-owned health-care providers that are funded by general taxation undertakings subject to competition law? », *European Competition Law Review*, 2011, n° 5, pp. 231-241 et « The Meaning of Undertaking within 81 EC », *op. cit.* ; J. FAULL et A. NIKPAY (éds.), *Faull & Nikpay: the EC law of competition*, *op. cit.*, p. 599, n°6.18 ; A. DECOCQ et G. DECOCQ, *Droit de la concurrence. Droit interne et droit de l'Union européenne*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ-Lextenso, 2014, p. 50 ; N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, Paris, Montchrestien-Lextenso, 2013., pp. 76-77. Précisons que les définitions retenues par ces différents auteurs ne sont pas identiques. Mais toutes nous semblent se retrouver dans celle que nous venons de donner.

explique qu'elles ne pourraient être assumées par cet acteur typique d'une économie de marché ? A notre estime, pour répondre à cette question, il faut commencer par observer que pour qu'une entité puisse être considérée comme poursuivant une activité au moins potentiellement lucrative, les résultats financiers de l'activité en question doivent pouvoir lui être imputables. A l'inverse, si les moyens d'influer sur ces résultats échappent de fait à son autonomie de gestion, on doit conclure à l'absence de but lucratif : on ne peut soupçonner quelqu'un de poursuivre une fin dont il n'a de toute façon pas les moyens⁹². Les trois formes de solidarité à laquelle la Cour accorde une importance certaine tiendraient-elles donc leur caractère exclusif d'une activité économique de leur influence sur l'autonomie de gestion de l'entité qui les exerce ? C'est ce qu'il convient de déterminer pour chacune d'entre elles ((a), (b) et (c)).

56. **(a) La solidarité par répartition.** L'absence d'imputabilité des résultats financiers à l'entité en charge d'un dispositif de protection sociale se démontre aisément dans les dispositifs financés par répartition. On s'en souvient, la répartition et la capitalisation sont les deux modes principaux de financement des dispositifs de protection sociale⁹³. Alors qu'en répartition, les cotisations perçues sur une période donnée sont immédiatement utilisées pour le paiement des prestations à verser sur la même période, en capitalisation les cotisations sont investies en vue de financer des prestations futures.

Cette différence dans l'utilisation des cotisations entre les deux méthodes a des implications importantes pour la question qui nous intéresse ici⁹⁴. D'abord, le rôle de l'entité chargée de la gestion du dispositif change fondamentalement selon que celui-ci est financé par répartition ou par capitalisation. Dans le premier cas, elle sert uniquement d'intermédiaire entre ceux qui cotisent et les bénéficiaires du dispositif. Dans le second, elle doit mettre en place les techniques adéquates pour garantir que le patrimoine constitué à partir des cotisations perçues sera au

⁹² O. ODUDU, « The Meaning of Undertaking within 81 EC », *op. cit.* et N. PETIT, *Droit européen de la concurrence, op. cit.*, p. 76 font tous les deux de « l'endossement du risque économique et financier lié à l'activité entreprise » un des trois critères pour l'identification d'une activité économique, les deux autres étant l'offre de biens ou de services sur le marché et la possibilité d'exercer l'activité en question dans un but lucratif. Or, une condition, non suffisante, pour qu'il soit rencontré est que l'entité en question puisse agir en vue d'influer les résultats financiers de son activité (voy. sur ce point l'article précité d'O. Odudu, pp. 221-222). Par ailleurs, l'autonomie de l'entité est une condition essentielle pour l'application du droit de la concurrence, qui vise à encadrer le comportement d'acteurs économiques libres de leur comportement. Le critère de l'imputabilité des résultats financiers de l'activité à l'entité qui l'exerce n'en est qu'une facette.

⁹³ Voy. *supra* le n°8.

⁹⁴ Sur les questions qui suivent, voy. notamment P. DEVOLDER et J. BOULET, *Défis et perspectives des régimes belges de pension, op. cit.*, pp. 33-35.

moins équivalent au montant total des prestations à payer dans le futur. Ensuite, la « localisation » du risque que le financement du dispositif soit insuffisant pour honorer les prestations futures est différente. En répartition, il pèse sur la collectivité au sein de laquelle la répartition est organisée dans son ensemble. Plus précisément, il pèse sur un groupe dont les membres ne cessent de changer, puisque ce sont toujours les générations suivantes de cotisants qui assurent le paiement des prestations des générations ayant cotisé dans le passé. En capitalisation, il se concentre sur le patrimoine constitué à partir des cotisations, dont la gestion est confiée à une entité déterminée. Autrement dit, il est « individualisé ». Enfin, la nature du risque change. En répartition, le risque est que la collectivité devienne, dans le futur, incapable de fournir les cotisations nécessaires au paiement des prestations à assumer au moment même, soit parce qu'elle disparaît, soit parce que sa santé économique ne lui permet pas. En capitalisation, il est que l'équilibre établi grâce aux projections actuarielles entre les cotisations perçues et les prestations futures ne puisse être atteint, en raison d'une mauvaise estimation du coût réel de ces prestations ou d'un rendement moindre des cotisations que celui espéré.

Au vu de ces caractéristiques, il apparaît que l'entité chargée de la gestion d'un dispositif financé par répartition ne pourrait se voir imputer les résultats financiers, positifs ou négatifs, de l'activité exercée, autrement dit qu'ils ne sont pas de sa responsabilité. A supposer même qu'elle ait le pouvoir de fixer elle-même le montant des cotisations et des prestations, elle n'a aucune emprise sur les conditions de la soutenabilité financière du dispositif : en raison de sa localisation et de sa nature, la gestion du risque échappe à son contrôle. Son activité de simple intermédiaire entre les cotisants et les bénéficiaires n'étant donc pas de nature à lui permettre de s'imputer d'éventuels bénéfices, elle ne ressortit pas au champ d'application du droit de la concurrence.

57. **(b) La solidarité financière.** La deuxième forme de solidarité que le premier moment de la jurisprudence de la Cour permet de considérer, dans certaines de ses configurations du moins, comme exclusive d'une activité économique est la solidarité financière. Pour rappel, cette solidarité consiste à faire participer les dispositifs bénéficiaires ou en équilibre financier au financement des dispositifs déficitaires ou qui connaissent une difficulté financière passagère. Elle peut être ponctuelle – elle n'intervient par exemple que lorsqu'un des dispositifs concernés est dans une situation financière particulièrement préoccupante, ou que le système de couverture est défaillant – ou systématique – elle intervient par exemple pour équilibrer les

résultats des dispositifs concernés par un système de « vases communicants » lorsque la disproportion entre leurs charges respectives dépasse un certain seuil.

Si l'on adopte la compréhension du critère de la solidarité que l'on propose, on peut comprendre de la manière suivante pourquoi une solidarité financière, dès lors qu'elle est systématique et de grande ampleur, s'oppose à ce que l'on considère qu'un dispositif de protection sociale exerce une activité économique. Non seulement la mise en œuvre d'une telle solidarité empêche l'entité qui gère le dispositif de s'approprier tous ou une partie des bénéfices éventuellement dégagés, mais plus fondamentalement elle court-circuite l'idée même de l'imputabilité des résultats financiers du dispositif à sa bonne ou mauvaise gestion par l'entité qui en a la charge. Si elle est organisée de manière systématique, c'est que l'on estime que des causes objectives exposent les dispositifs à des charges financières différentes, et qu'il est donc nécessaire en vue de garantir une certaine égalité entre leurs bénéficiaires de répartir tout ou partie du coût final de la couverture du risque concerné entre eux. Une solidarité financière systématique et d'ampleur importante organisée entre des dispositifs seuls responsables de leur bonne ou mauvaise santé financière serait vite dénoncée comme inacceptable et inappropriée.

58. Le caractère exclusif d'une activité économique de la solidarité financière dépend donc de son caractère systématique et de son ampleur. Au regard de la compréhension du critère de la solidarité que nous proposons, il paraît en effet exclu qu'une solidarité seulement ponctuelle puisse suffire à qualifier un dispositif d'activité exclusivement sociale : le partage, même préventif, entre différentes entités du coût d'une charge exceptionnelle, par exemple provoquée par un acte terroriste⁹⁵, ne permettrait pas de conclure que celles-ci ne jouissent pas d'une autonomie de gestion pour leurs activités habituelles. Mais à partir de quel montant ou de quelle proportion de bénéfices concernés par le transfert une solidarité financière systématique permet-elle d'exclure les dispositifs qu'elle lie entre eux du champ d'application du droit de la concurrence ? La rencontre du critère de la solidarité en raison de la mise en œuvre d'une solidarité financière serait avant tout, selon l'interprétation que nous proposons, une question de degré.

Dans les trois arrêts où elle l'invoque dans son argumentation, la Cour semble plutôt prompte à considérer qu'une solidarité financière, dès lors qu'elle est systématique au sens où elle vise

⁹⁵ Voy. par exemple le régime de solidarité entre assureurs, avec intervention de l'Etat, mis en place en Belgique par la loi du 1^{er} avril 2007 relative à l'assurance contre les dommages causés par le terrorisme.

à assurer une certaine péréquation des coûts supportés par différentes entités, est suffisamment significative pour appuyer ou confirmer le caractère exclusivement social d'une activité. Ainsi, dans l'arrêt *Poucet et Pistre*, la Cour se contente de mentionner l'existence d'une telle solidarité, sans donner plus de détails sur son organisation. Dans l'arrêt *AOK Bundesverband* non plus, aucune indication précise n'est donnée sur les modalités de la solidarité financière systématique qui, combinée à la fixation par la loi des prestations qu'elles dispensent, permet à la Cour de conclure que les caisses d'assurance maladie allemandes ne sont pas soumises au droit de la concurrence⁹⁶. De toute évidence, elle devait cependant être d'une importance limitée. En effet, on se souvient que le législateur allemand avait introduit une certaine dose de concurrence entre les caisses de maladies afin de réduire ou maîtriser le coût total de la couverture des soins de santé. Or, il aurait été absurde de poursuivre un tel objectif par ce moyen dans un système où tous ou une majeure partie des bénéficiaires dégagés par certaines caisses sont de toute façon reversés aux caisses déficitaires. Enfin, dans l'arrêt *Kattner*, la solidarité financière entre les caisses professionnelles allemandes n'est enclenchée qu'en cas de disproportion (très) importante entre leurs charges respectives⁹⁷. Elle est pourtant pointée par la Cour pour appuyer sa décision de qualifier leur activité d'exclusivement sociale⁹⁸.

Si la Cour reconnaît donc facilement son existence, il est toutefois malaisé de déterminer à partir de quand une solidarité financière peut être considérée comme suffisamment forte pour exclure une activité du champ d'application du droit de la concurrence. En effet, dans les arrêts que nous venons de rappeler, elle est toujours invoquée en combinaison avec d'autres éléments, et son poids propre dans l'argumentation de la Cour n'apparaît pas clairement.

59. (c) **La solidarité (re)distributive.** Le caractère exclusif du caractère économique d'une activité accordé à la solidarité (re)distributive ne semble pas, à première vue, pouvoir être justifié par les mêmes raisons que celui de la solidarité par répartition et de la solidarité financière. La (re)distribution, entendue comme disproportion au niveau individuel entre le

⁹⁶ Points 52 à 54 de l'arrêt *AOK Bundesverband*, précité.

⁹⁷ La législation allemande alors applicable prévoyait que « Pour autant que 1) la charge des pensions d'une caisse professionnelle soit plus de *4,5 fois supérieure* à la charge des pensions moyenne des caisses professionnelles, 2) la charge des pensions d'une caisse professionnelle qui répartit entre les entreprises au minimum 20 % et au maximum 30 % de ses dépenses pour les pensions, allocations de décès et indemnités sans tenir compte du degré de risque (...) dépasse le *triple* de la charge moyenne des pensions des caisses professionnelles, ou 3) le taux de la charge d'indemnisation d'une caisse professionnelle dépasse le *quintuple* du taux moyen de la charge d'indemnisation des caisses professionnelles, les caisses professionnelles compensent entre elles la charge excédentaire (...) » (point 10 de l'arrêt *Kattner*) (nous soulignons).

⁹⁸ Points 48 et 53 de l'arrêt *Kattner*, précité.

montant des cotisations payées et le montant des prestations reçues, peut, en théorie du moins, se déployer dans un dispositif financé par capitalisation, donc dans un mode de financement qui fait peser la responsabilité de la gestion du risque financier sur une entité précisément identifiée. En effet, dès lors que la capitalisation n'est pas organisée sur une base individuelle mais collective, donc que les cotisations versées ne sont pas attribuées à un individu en particulier mais réunies dans un pot commun, la règle présidant à la distribution des ressources générées par la capitalisation peut parfaitement déboucher sur une (re)distribution interne au groupe concerné par la capitalisation collective. En réalité, la solidarité (re)distributive organisée au sein d'un dispositif financé par capitalisation n'est qu'une variante de la solidarité subventionnelle, dont on a vu plus haut qu'elle est toujours présente de manière involontaire et fréquemment présente de manière consciente dans les dispositifs d'assurance. En effet, la solidarité subventionnelle consiste à ne pas tenir compte de tout ou partie du profil de risque individuel pour la fixation des cotisations. C'est ce que fait également, à sa manière, la solidarité (re)distributive : le critère pour établir le montant des cotisations n'est pas le profil de risque du bénéficiaire, mais par exemple sa capacité contributive, son état de fortune. On choisit donc de substituer aux critères liés au risque à couvrir des critères d'un autre ordre, et pas seulement d'interdire, comme dans le cas de la solidarité subventionnelle, la prise en compte de certaines informations relatives au profil de risque. Mais, dans un tel système financé par capitalisation, le rôle de l'entité, lui, reste le même : assurer l'équilibre entre les cotisations reçues et les prestations à payer dans le futur.

60. La solidarité (re)distributive peut donc être mise en œuvre dans des dispositifs dont la gestion ne diffère pas dans son principe de celle des dispositifs organisés par des entreprises privées poursuivant un but lucratif, c'est-à-dire dans lesquels les résultats financiers sont imputables à une entité précisément identifiée. Or, la Cour en fait un élément apparemment central pour l'identification d'une activité exclusivement sociale. A lire certains passages de sa jurisprudence, on pourrait même être amené à croire que la solidarité (re)distributive est l'expression même du principe de solidarité⁹⁹. Notre interprétation du critère de la solidarité – il traduit l'exigence que l'entité en charge du dispositif de protection sociale ne soit pas

⁹⁹ Dans les arrêts *Poucet et Pistre* (point 10), *Cisal* (point 42) et *Kattner* (point 59), précités, soit trois des quatre arrêts dans lesquels la Cour conclut au caractère exclusivement social d'une activité, la solidarité à l'œuvre dans les dispositifs en cause est résumée comme opérant « entre les travailleurs les mieux rémunérés et ceux qui, compte tenu de leurs faibles revenus, seraient privés d'une couverture sociale adéquate » si elle venait à disparaître, c'est-à-dire comme consistant en une solidarité (re)distributive verticale.

responsable de la gestion financière du risque couvert – doit-elle donc être abandonnée ? Deux remarques complémentaires l’une à l’autre nous semblent pouvoir être formulées, qui permettent de la maintenir.

61. La première est que l’analyse de la jurisprudence qui a été proposée plus haut conduit à nuancer l’importance de la solidarité (re)distributive pour la prise de décision de la Cour. Il convient en effet de remarquer que le dispositif de couverture des soins de santé en cause dans l’arrêt *AOK Bundesverband* mettait en œuvre une solidarité (re)distributive puisque les cotisations étaient nécessairement proportionnelles aux revenus (seul le taux des cotisations pouvait varier entre les différentes caisses de maladie), tandis que les prestations, fixées par la loi, étaient pour l’essentiel identiques pour tous les bénéficiaires. Or, comme il a été dit plus haut¹⁰⁰, l’élément ayant déterminé la décision de la Cour dans cette affaire est selon toute vraisemblance moins la présence d’une solidarité portant sur le lien entre le montant des cotisations et celui des prestations que l’encadrement par l’Etat de l’activité des caisses de maladie allemandes. Par ailleurs, on se souvient que la Cour a considéré, dans l’arrêt *AG2R*, que le critère de la solidarité était rencontré alors que le dispositif en cause mettait en œuvre une solidarité subventionnelle. On peut donc douter que la solidarité (re)distributive suffise à elle seule pour emporter la conviction de la Cour qu’un dispositif de protection répond au critère de la solidarité.

Il est pourtant vrai que son rôle a été décisif dans l’arrêt *Cisal*, puisque c’est le seul fait que les cotisations n’étaient pas plafonnées tandis que les prestations l’étaient qui a décidé la Cour de juger que le dispositif italien d’assurance accident du travail en cause répondait au principe de solidarité ; le mode de financement des prestations – répartition ou capitalisation – était quant à lui ignoré. On se souvient cependant que le financement du régime en cause était particulier : l’une de ses branches était financée par répartition, tandis que l’autre mettait en œuvre une technique de capitalisation particulière appelée « répartition des capitaux de couverture ». Sans rentrer dans le détail¹⁰¹, cette technique suppose pour sa soutenabilité financière, comme en répartition « pure » bien que de manière différente et moins déterminante, la pérennité de la collectivité au sein de laquelle est organisé le dispositif, dans son existence même comme dans sa santé économique. On peut donc se demander si le mode de financement

¹⁰⁰ Voy. *supra* n°43.

¹⁰¹ Pour plus de précisions sur ce point, voy. P. DEVOLDER et J. BOULET, *Défis et perspectives des régimes belges de pension*, *op. cit.*, p. 21.

du dispositif en cause n'a pas tout de même facilité la décision de la Cour de le qualifier d'activité exclusivement sociale. Et cette question nous paraît d'autant plus légitime que, comme on l'a soutenu plus haut¹⁰², la Cour semble avoir considéré dans les arrêts *Albany* et *Pavlov* que la technique de la capitalisation, en raison du lien direct qu'elle établit entre le montant total des cotisations et le montant total des prestations, suffit pour considérer que l'activité est de nature économique. Il nous semble donc que l'importance de la solidarité (re)distributive, assurément proclamée par la Cour, doit être relativisée. Elle nous semble susceptible d'être reconnue comme excluant une activité économique avant tout dans les dispositifs financés par répartition ou selon une technique qui partage avec celle-ci le besoin d'une certaine pérennité de la collectivité couverte.

62. Cette précision étant faite, une deuxième remarque permet peut-être d'éclairer la raison pour laquelle la Cour a accordé une importance certaine à la solidarité (re)distributive pour l'identification d'une activité exclusivement sociale. Si elle est neutre quant à la question de l'imputabilité des résultats financiers et donc d'éventuels bénéfices à une entité déterminée, la solidarité (re)distributive l'est certainement moins quant à l'existence effective de *bénéfices* importants pour l'entité elle-même. On peut en effet considérer que la fonction explicitement (re)distributrice d'un dispositif se combinerait mal avec la volonté de l'entité chargée de le gérer de dégager des bénéfices – si le mode de financement le lui permet, donc si elle est financée par capitalisation – pour elle et elle seule, c'est-à-dire qui ne soient pas eux aussi redistribués à ses bénéficiaires. En d'autres termes, en rompant la logique des échanges économiques qui veut que l'on paie un prix correspondant à la valeur du service ou du bien que l'on reçoit en retour¹⁰³, la solidarité (re)distributive serait le signe d'une absence de but lucratif non pas (ou pas seulement) imposée par la loi, mais de fait¹⁰⁴. Selon cette approche, le caractère solidaire d'une activité serait donc avant tout, comme pour la solidarité financière, une question de degré : la (re)distribution mise en œuvre est-elle d'une importance telle qu'on peut raisonnablement considérer que le dispositif est tout entier déterminé par l'objectif de

¹⁰² Voy. *supra* n°34.

¹⁰³ L'avocat général Jacobs soulève un argument de cet ordre aux points 62 et 80 de ses conclusions précédant l'arrêt *Cisal*, précité.

¹⁰⁴ Dans un sens comparable, voy. O. ODUDU, « The Meaning of Undertaking within 81 EC », *op. cit.*, pp. 227-228.

l'organisation d'une solidarité forte entre ses bénéficiaires, de sorte qu'il semble absurde d'envisager que l'entité chargée de sa gestion puisse poursuivre un but lucratif ?

Conclusions intermédiaires

63. La compréhension que nous proposons du critère de la solidarité permet donc d'expliquer que la Cour accorde une importance certaine à ces trois formes de solidarité que sont la solidarité par répartition et la solidarité financière (relatives au mode de financement d'un dispositif), d'une part, et la solidarité (re)distributive (relative au lien établi au niveau individuel entre le montant des cotisations et celui des prestations), d'autre part. Touchant aux caractéristiques de l'activité exercée, elles influent directement sur la possibilité pour l'entité en charge de la gestion du dispositif de protection sociale de poursuivre un but lucratif. Soit elles la privent, en fait, des moyens de contrôle des résultats financiers de l'activité (solidarité par répartition et, dans certaines de ses configurations, solidarité financière). Soit elles s'accommodent mal, toujours en fait, avec la poursuite d'un tel objectif (solidarité (re)distributive et, dans certaines de ses configurations, solidarité financière). Leur mise en œuvre permet ainsi d'exclure ou du moins de douter que l'activité en question pourrait être exercée, même en principe, par une entreprise privée poursuivant un but lucratif.

64. Quoique leur articulation et leur poids respectif dans le raisonnement de la Cour restent flous à la lecture des arrêts, ce qui vient d'être dit permet de proposer un ordre d'importance de ces trois formes de solidarité. Seule la solidarité par répartition semble être par elle-même suffisante pour exclure le caractère économique d'une activité : à la différence de la solidarité (re)distributive et de la solidarité financière dans certaines de ses configurations, son effet sur la possibilité pour une entité de poursuivre un but lucratif ne tient pas au degré d'intensité avec lequel elle est mise en œuvre, mais à sa « nature ». Si le dispositif est financé par répartition, il semble dès lors entendu qu'il échappe au droit de la concurrence. Au contraire, s'il est financé par capitalisation ou selon une technique qui en emprunte certains aspects, le critère de la solidarité doit faire l'objet d'une évaluation plus circonstanciée. Lorsque la solidarité mise en œuvre est une solidarité financière, il convient de se demander si elle fait suffisamment obstacle à l'imputabilité des résultats financiers de l'activité de protection sociale à l'entité qui l'exerce. Si le seul élément de solidarité présent dans le dispositif est une solidarité (re)distributive, c'est à la question de savoir si la disproportion entre le montant des cotisations payées et celui des

prestations payées est telle qu'elle exclut toute logique lucrative qu'il faut alors répondre. Pour ce qui nous concerne, comme cela a déjà été dit, nous sommes d'avis que la solidarité (re)distributive ne permettrait pas de faire échapper un dispositif financé en « pure » capitalisation au champ d'application du droit de la concurrence¹⁰⁵.

Dans cette structure argumentative manque le critère du contrôle de l'Etat. Pour comprendre comment il s'articule au critère de la solidarité, il importe d'identifier les raisons pour lesquelles la Cour l'a édifié comme second critère pour l'identification d'une activité exclusivement sociale.

2. Contrôle de l'Etat et autonomie de gestion « en droit »

65. On vient de le voir, le critère de la solidarité porte sur les caractéristiques de l'activité considérée ayant une incidence sur l'imputabilité de ses résultats financiers positifs à l'entité qui l'exerce. Le critère du contrôle de l'Etat se situe, lui, sur un autre plan. Il porte sur l'encadrement *juridique* de l'activité ayant une incidence sur l'autonomie de l'entité pour la définition d'éléments essentiels de l'activité considérée, à savoir le montant des cotisations et des prestations.

66. Pourquoi la Cour en a-t-elle fait l'un des critères pour l'identification des activités de protection sociale qui échappent au droit de la concurrence ? On remarquera que l'organisation des trois formes de solidarité exclusives d'une activité économique nécessite un encadrement législatif de l'activité. Sans la contrainte de la loi rendant obligatoire les dispositifs qui les mettent en œuvre, elles ne pourraient tout simplement pas exister. Il serait en effet illusoire de croire que les individus feraient tous le choix spontané de participer à un dispositif qui les fait payer plus pour la même couverture (solidarité (re)distributive et financière) ou dont ils savent qu'il ne sera en mesure de leur venir en aide que si d'autres font dans plusieurs années le choix d'y participer également (solidarité par répartition). Il n'est dès lors pas étonnant que l'encadrement étatique des activités de protection sociale soit un des éléments du débat.

Cette réponse n'est cependant pas satisfaisante. D'une part, que l'Etat légifère pour rendre obligatoire l'affiliation à un dispositif est une chose. Qu'il s'occupe de la détermination du

¹⁰⁵ Dans le même sens, P. RODIERE, « L'impact des libertés économiques sur les droits sociaux dans la jurisprudence de la CJCE », *Droit social*, 2010, n° 5, p. 580 est d'avis que c'est l'« opposition entre répartition et capitalisation » qui est décisive pour qualifier l'organisme qui gère un dispositif de retraite d'entreprise ou non au sens du droit européen de la concurrence.

montant des cotisations et des prestations en vigueur dans ces dispositifs en est une autre : cette intervention-ci, au contraire de celle-là, n'est pas nécessaire à l'existence et au maintien d'un dispositif solidaire. D'autre part, comme cela est explicite depuis l'arrêt *Kattner* et à notre sens déjà implicite dans l'arrêt *AOK Bundesverband*, le critère du contrôle de l'Etat est devenu autonome vis-à-vis du critère de la solidarité. On ne peut donc l'expliquer en le réduisant à ce dernier.

67. Ce critère nous semble devoir être compris comme traduisant l'exigence que l'entité en charge d'un dispositif de protection sociale soit dans l'impossibilité non plus de « fait », mais de « droit » de s'organiser en vue de dégager des bénéfices les plus importants possibles. En effet, le contrôle de l'Etat sur le montant des cotisations et des prestations prive l'entité d'une maîtrise sur des éléments aussi essentiels pour la rentabilité d'une activité de service que le « prix » et le contenu précis de ce service¹⁰⁶. Que l'activité soit rentable ou non, l'entité qui l'exerce est donc de toute façon dans l'impossibilité en droit d'agir en vue de rétablir ou d'augmenter ses bénéfices. De ce fait, elle ne peut être assimilée à une entreprise exerçant une activité économique, c'est-à-dire agissant dans un but lucratif.

68. Il reste que le critère du contrôle de l'Etat s'accommode difficilement avec l'approche fonctionnelle de l'entreprise adoptée de longue date par la Cour dans l'arrêt *Höfner*. Pour rappel, cette approche consiste à définir l'entreprise non pas d'après son statut ou plus généralement le cadre juridique dans lequel elle évolue, mais selon le type d'activité qu'elle exerce. Certes, le critère de la solidarité suppose lui aussi que l'on n'adopte pas une compréhension trop restrictive de la notion d'activité – et qu'on accepte notamment que celle-ci puisse être tributaire d'un certain encadrement législatif – pour qu'il ne jure pas avec cette approche. Si l'on devait réduire cette notion à une simple relation factuelle et purement interindividuelle (l'« individu » pouvant être une personne physique ou morale), on aurait par exemple bien des difficultés à dire en quoi une épargne pension individuelle se distingue d'une pension étatique financée par répartition : dans les deux cas, une institution reçoit de l'argent d'un individu à un moment donné et lui en verse en retour à un autre moment.

Mais l'écart entre le critère du contrôle – par définition exercé de l'extérieur – de l'Etat et le principe mainte fois proclamé que ce sont les caractéristiques propres de l'activité exercée qui

¹⁰⁶ O. ODUDU, « The Meaning of Undertaking within 81 EC », *op. cit.*, p. 227.

décident de l'application ou non du droit de la concurrence est, nous semble-t-il, bien plus important. Et il l'est plus encore depuis que la Cour en a fait, dans ce que nous avons appelé le deuxième moment de sa jurisprudence, un critère autonome et, pensons-nous, seulement formellement cumulatif à celui de la solidarité. On est donc amené à se demander si l'on ne doit pas voir dans la proclamation explicite de ce critère la volonté de la Cour de se ménager une marge de manœuvre en réalité plus importante que celle que lui laisse la seule approche fonctionnelle lorsqu'elle fait face à un certain type de prestation sociale dont le caractère solidaire est parfois moins assuré. Autrement dit, quoiqu'elle les présente comme cumulatifs, la Cour nous semble en fait utiliser le critère du contrôle de l'Etat de manière alternative au critère de la solidarité lorsque celui-ci ne permet pas de préserver, avec la même certitude et en conformité avec l'approche fonctionnelle, certains régimes légaux de protection sociale de l'emprise du droit de la concurrence. C'est ce que nous allons maintenant argumenter.

B. La solidarité, un critère plus décisif pour certains types de prestations sociales que pour d'autres ?

69. Comme nous l'avons déjà dit à plusieurs reprises, il nous semble que certaines prestations de protection sociale se prêtent mieux à la présence d'une solidarité exclusive d'une activité économique que d'autres, et ce en raison de leur objet. Nous allons développer cet argument en prenant le cas des pensions de retraite, d'une part, et celui de la couverture des soins de santé, d'autre part (b). Nous choisissons ces deux types de prestations pour la raison, d'une part, qu'ils nous semblent les plus représentatifs des caractéristiques d'une activité qui font qu'elle est plus susceptible ou non d'être qualifiée de solidaire au sens de la Cour et, d'autre part, qu'ils sont généralement et de loin les postes les plus importants du budget des systèmes de sécurité sociale (a). Et nous nous limitons à eux par souci de rester dans les limites de volume, mais aussi d'ambition de cette contribution. Nous ne ferons ici que lancer quelques pistes de réflexion que l'on pense à même de donner un éclairage sur les raisons des fluctuations de la jurisprudence de la Cour. Abstraites car d'un certain niveau de généralité, elles mériteraient sans aucun doute d'être appuyées sur une étude plus précise des dispositifs existant effectivement dans les Etats membres.

70. **(a) Caractéristiques propres des pensions de retraite et des assurances soins de santé.** En quoi les pensions de retraite se distinguent-elles des assurances soins de santé sur le plan de leur organisation ? Comme tout dispositif de protection sociale, ces prestations ont pour objet de couvrir un risque : celui de la pauvreté ou de la baisse du niveau de vie suite à l'arrêt

du travail en raison de l'âge pour les pensions ; celui que l'état de fortune ne permette pas de supporter les frais nécessaires pour garder ou recouvrer la bonne santé pour les assurances soins de santé. Et comme tout dispositif d'assurance ou assimilable à une assurance, elles permettent de protéger l'individu par le transfert de la gestion de ce risque à un niveau collectif. Si elles s'organisent donc toutes les deux autour d'un aléa, il ne faut cependant pas perdre de vue que celui-ci n'est pas du même ordre ni ne joue le même rôle dans les deux cas¹⁰⁷.

Dans un dispositif de pension, l'aléa est la durée de la vie du pensionné. De la même manière que pour les assurances vie en général, il n'a pas pour effet de déclencher le paiement des prestations mais d'en déterminer la quotité ou le montant total final. Par ailleurs, il n'est pas en lui-même négatif : le pensionné, ose-t-on l'espérer, souhaite vivre le plus longtemps possible.

Dans un dispositif d'assurance soins de santé, c'est l'inverse qui est vrai. L'aléa est la survenance d'une maladie ou d'un accident. Il n'a pas pour effet de déterminer le montant de la prestation, mais d'en déclencher le paiement. Et le bénéficiaire du dispositif cherche à l'éviter : un individu, ose-t-on l'espérer également, cherche à conserver la santé ou à la recouvrer au plus vite lorsqu'il la perd.

71. Une dernière différence, importante pour notre question, doit être relevée. Elle porte sur la prévisibilité du coût total du dispositif et sur la manière dont on évalue son adéquation au risque couvert. En matière de pensions, dès lors que le mode de calcul du montant des prestations et les conditions auxquelles on y a droit ont été fixées (et en faisant l'hypothèse que ces paramètres ne changent pas), le coût total des prestations à payer aujourd'hui et dans le futur peut être projeté avec une assez grande précision. Par ailleurs, l'évaluation du caractère adéquat ou non du dispositif mis en place repose sur un critère que l'on pourrait qualifier d'interne. On entend par là qu'il n'y a pas de référent objectif (sinon l'indigence mettant en danger la survie même d'un individu), extérieur donc au dispositif en question, qui permette de juger s'il est efficace ou non. En d'autres termes, le montant des prestations que l'on souhaite garantir au pensionné n'a pas d'autre raison que le choix politique qui le fonde. En matière de soins de santé, il en va autrement. L'évolution des techniques médicales, les variations du coût des médicaments et de manière générale les variations de l'état de santé d'une population sont

¹⁰⁷ Les réflexions qui suivent sont tirées ou inspirées de P. PALSTERMAN, « Le financement des pensions », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2011, n° 2088-2089, p. 26 et B. DUBUISSON, « Les contrats aléatoires », *J.T.*, n° 12, 2004, p. 328.

moins facilement prévisibles. Par ailleurs, l'adéquation du dispositif s'évalue à partir d'un critère qui lui est extérieur. Garantit-il effectivement aux individus qu'il couvre l'accès aux soins nécessaires pour qu'ils recouvrent la santé ? Bien entendu, les montants consacrés à la couverture des soins de santé sont aussi l'objet d'un choix. Mais ce choix s'opère sur la base de données qui en sont indépendantes : *si* l'on veut garantir l'accès à tel ou tel types de soins, on *doit* accepter de déboursier tel ou tel montant.

72. Ces quelques développements semblent fort éloignés de notre propos. Ils nous permettent pourtant de reformuler avec plus de précision notre hypothèse que le critère de la solidarité développé par la Cour n'est pas toujours décisif pour tous les types de dispositif de protection sociale. Cette hypothèse devient que les caractéristiques qui font de la solidarité par répartition la forme de solidarité permettant de distinguer de la manière la plus nette les dispositifs soumis au champ d'application du droit de la concurrence et ceux qui en sont exclus ne se trouvent pas de manière aussi nécessaire dans les dispositifs de couverture de soin de santé que dans les dispositifs de pension.

73. **(b) Incidence des caractéristiques propres des pensions de retraite et des assurances soins de santé sur leur caractère solidaire.** On se souvient que la solidarité par répartition influe sur l'autonomie de gestion de l'entité qui exerce l'activité et donc sur l'imputabilité des résultats financiers de cette activité à sa gestion¹⁰⁸. Dans un dispositif de pension financé par répartition, cette autonomie fait défaut pour les raisons que nous avons développées plus haut : la localisation et la nature du risque généré par ce mode de financement font qu'il échappe au contrôle de l'entité en charge de ce dispositif. En réalité, les paramètres du système (montant des cotisations, mode de calcul et conditions d'obtention des prestations) étant fixés, celle-ci a pour seule fonction de servir d'intermédiaire entre les cotisants et les pensionnés.

74. Par comparaison, l'entité en charge d'un dispositif de couverture des soins de santé est susceptible de se voir confier un rôle plus complexe. En effet, le paiement des prestations et la hauteur de l'intervention du dispositif ont par « nature », si l'on fait abstraction de l'encadrement légal du dispositif, un caractère moins automatique : décide-t-on par exemple d'intervenir pour tel type de traitement préventif ou tel type de soins, et si oui, quel montant

¹⁰⁸ Voy. *supra* n°56.

accepte-t-on de déboursier ? ne pourrait-on trouver un accord avec les prestataires des soins ou les vendeurs de produits médicaux pour abaisser le coût des interventions ? etc. Toute une série de questions se pose et ne cesse donc de se poser à l'organisateur d'un dispositif de couverture de soins de santé, qui est dictée par l'objet des prestations¹⁰⁹.

Cette complexité peut amener les Etats à choisir des modes d'organisation de leur système de couverture des soins de santé très différents. Et il semblerait qu'au sein de l'Union européenne, un certain nombre d'entre eux aient fait le choix de confier la gestion de cette couverture à une pluralité d'entités organisées soit à un échelon local, soit visant à couvrir des groupes particuliers de la population¹¹⁰, considérant peut-être que ce mode d'organisation permet une gestion plus informée et donc une meilleure gestion des besoins des individus couverts. Or, il semble raisonnable de penser que cette délégation d'une part au moins de la gestion de la couverture des soins de santé à une pluralité d'entités s'accompagne, dans une certaine mesure et par la force des choses, d'une certaine autonomie de gestion financière au profit de celles-ci. Et ceci, nous semble-t-il, reste vrai, que les entités en question reçoivent leurs moyens financiers directement de l'Etat ou d'une institution parastatale par application d'une grille plus ou moins fixe de répartition des ressources, comme c'est apparemment le cas dans plusieurs Etats, ou qu'elles aient elles-mêmes la possibilité de récolter certains fonds, comme c'est le cas dans d'autres¹¹¹.

Dans les Etats ayant fait le choix d'organiser leur système de couverture des soins de santé sur la base d'une pluralité d'entités dotées d'une certaine autonomie de gestion des fonds reçus ou perçus, il nous semble donc que les caractéristiques de la solidarité par répartition (qu'on vient de rappeler) qui expliquent que celle-ci soit exclusive d'une activité économique ne sont pas ou moins susceptibles d'être rencontrées : l'entité n'est pas un simple intermédiaire entre les cotisants et les bénéficiaires mais bénéficie d'une certaine autonomie lui permettant d'influer sur le coût total du risque couvert. Le débat, s'il devait avoir lieu, à propos du caractère

¹⁰⁹ Pour d'intéressantes réflexions sur la difficulté et les implications des choix auxquels doit faire face l'Etat qui organise une assurance soins de santé, voy. C. THEBAUT, *Ethique et évaluation économique des interventions de santé en vue d'une définition du périmètre des soins remboursables*, Université Paris-Dauphine, 2012 (thèse inédite disponible sur le site internet de l'Université Paris-Dauphine : <https://basepub.dauphine.fr/handle/123456789/10920?show=full>)

¹¹⁰ Voy. S. THOMSON, T. FOUBISTER et E. MOSSIALOS, *Financing health care in the European Union. Challenges and policy responses*, Copenhagen, World Health Organization on behalf of the European Observatory on Health Systems and Policies, 2009, spéc. le tableau comparatif très complet repris aux pages 37 à 40.

¹¹¹ *Ibid.*

économique ou exclusivement social au sens de la jurisprudence de la Cour de l'activité de ces entités convoquerait donc certainement plutôt l'existence d'une solidarité financière. Or, comme cela a été dit plus haut¹¹², à la différence de la solidarité par répartition, le caractère exclusif d'une activité économique de la solidarité financière est à notre sens une question de degré plus que de « nature ». Elle est donc plus susceptible de ne pas suffire à elle seule pour exclure la qualification économique de l'activité. On comprend dès lors que dans une telle situation, le critère du contrôle de l'Etat serait amené à jouer un rôle de premier plan : comme ce fut le cas dans l'arrêt *AOK Bundesverband*, un enjeu important des discussions consisterait certainement à décider si le contrôle qu'exerce l'Etat sur la détermination des éléments essentiels de l'activité des entités est suffisant pour garantir qu'elles ne puissent se comporter à la façon d'une entreprise privée poursuivant un but lucratif.

Conclusion générale : l'articulation du critère de la solidarité et du contrôle de l'Etat pour la délimitation du champ des activités exclusivement sociales

75. L'exposé chronologique de la jurisprudence de la Cour nous a permis de montrer que celle-ci comprend deux moments. Le premier commence avec l'arrêt *Poucet et Pistre* et se termine avec l'arrêt *Cisal*. On y rattache également l'arrêt *Kattner*, adopté quelques années plus tard. Dès ce premier moment, la Cour invoque deux critères pour l'identification d'une activité exclusivement sociale, le critère de la solidarité et le critère du contrôle par l'Etat du montant des cotisations et des prestations. Selon toute vraisemblance, elle accorde cependant plus d'importance au premier d'entre eux, le critère du contrôle de l'Etat ne venant que confirmer ou appuyer ce que l'analyse du critère de la solidarité permettait déjà de conclure. Ce premier moment nous apprend également que trois formes de solidarité sont potentiellement exclusives d'une activité économique : la solidarité par répartition, la solidarité financière et la solidarité (re)distributive. Le deuxième moment se compose des arrêts *AOK Bundesverband* et *AG2R*. Constatant que dans ces arrêts, la Cour s'est montrée plus attentive au critère du contrôle de l'Etat qu'au critère de la solidarité pour qualifier des dispositifs de protection sociale d'activité exclusivement sociale, nous avons formulé l'hypothèse que ce changement d'accent s'explique par la différence entre l'objet des prestations en cause dans le premier moment – des pensions

¹¹² Voy. *supra* n°56 et 58.

de retraite ou d'invalidité – et celui des prestations en cause dans le second moment – la couverture de soins de santé.

76. Afin d'être en mesure de développer plus avant cette hypothèse, nous sommes passé à l'exposé des raisons permettant d'expliquer pourquoi la Cour a retenu ces deux critères pour la délimitation du champ des activités exclusivement sociales. Nous avons vu dans le critère de la solidarité un obstacle « de fait » à l'exercice de l'activité par une entreprise privée agissant dans un but lucratif. Par « nature », la solidarité par répartition prive l'entité en charge d'un dispositif de protection sociale de l'autonomie de gestion nécessaire à ce qu'elle puisse se voir imputer des bénéficiaires. La solidarité financière a le même effet, pour autant cependant qu'elle soit systématique et d'un degré suffisamment élevé. La solidarité (re)distributive, quant à elle, en rompant la logique de l'échange économique qui veut que l'on paie le prix correspondant à la valeur du bien ou du service reçu en retour, s'accommode mal avec la poursuite d'un but lucratif. Mais son caractère exclusif d'une activité économique dépend lui aussi de l'ampleur de la (re)distribution qu'elle opère.

Dans le critère du contrôle de l'Etat, nous avons vu un obstacle « de droit » à l'autonomie de gestion nécessaire à la poursuite d'un but lucratif. En contrôlant les éléments essentiels d'un dispositif de protection sociale que sont le montant des cotisations et celui des prestations, l'Etat empêche l'entité concernée de se comporter comme une entreprise agissant dans un but lucratif. Nous avons également relevé que ce critère s'accorde mal avec l'approche fonctionnelle adoptée de longue date par la Cour en droit de la concurrence, qui consiste à s'attacher au type d'activité exercée par une entité plutôt qu'au cadre juridique dans lequel elle évolue pour la définition d'une entreprise.

Ayant éclairé les raisons respectives de l'utilisation par la Cour du critère de la solidarité et du critère du contrôle de l'Etat pour l'identification d'une activité exclusivement sociale, nous avons pu reformuler avec plus de précision notre hypothèse. En raison de caractéristiques propres à son objet, l'organisation d'une assurance soins de santé par l'Etat est plus susceptible de s'appuyer sur une pluralité d'entités dotées d'une certaine autonomie de gestion. Or, dans une telle situation, la solidarité par répartition ne permet pas d'exclure avec autant de certitude le caractère économique de l'activité qu'elle ne le peut dans un système de pension. Privée de l'argument le plus décisif qu'elle puisse tirer du critère de la solidarité pour soustraire un dispositif de protection sociale du champ d'application du droit de la concurrence, mais souhaitant selon toute vraisemblance, en raison du caractère politiquement très sensible de la

question, arriver à un tel résultat, la Cour est alors encline à accorder une plus grande importance au critère du contrôle de l'Etat. Autrement dit, le basculement du centre de gravité depuis le critère de la solidarité vers celui du contrôle de l'Etat constaté dans le deuxième moment de la jurisprudence de la Cour s'expliquerait par la volonté de la Cour de faire échapper au champ d'application du droit de la concurrence ceux des dispositifs de protection sociale – parmi lesquels les assurances soins de santé – organisés par l'Etat qui ne présenteraient pas un caractère solidaire suffisant, par nature, pour les en exclure.

77. Quoiqu'il en soit du bien-fondé de cette hypothèse, nous pensons pouvoir tirer un enseignement principal de nos développements. La solidarité par répartition, dès lors qu'elle présente les caractéristiques que nous lui avons prêtées, à savoir empêcher tout contrôle de l'entité sur l'aléa autour duquel le dispositif s'organise, semble être la seule forme de solidarité qui puisse à elle seule justifier l'exclusion du caractère économique d'une activité en parfaite cohérence avec les fondamentaux du droit de la concurrence que sont la définition fonctionnelle de l'entreprise et l'absence d'exclusion *a priori*, dans les traités, d'un domaine d'activité de son champ d'application. Elle est donc aussi celle pour laquelle le caractère cumulatif du critère du contrôle de l'Etat semble le moins nécessaire. L'opinion de certains que l'affirmation formelle de ce caractère cumulatif dans l'arrêt *Kattner* aurait soumis les régimes légaux de sécurité sociale à une emprise plus grande du droit de la concurrence, puisque le critère de la solidarité ne serait plus par soi suffisant pour les en immuniser¹¹³, nous semble donc pouvoir être nuancée. À notre estime, la Cour utilise d'ailleurs, en réalité, les deux critères de manière alternative.

78. Reste qu'il est vrai que si cette forme de solidarité est absente, alors non seulement le caractère exclusif de la solidarité mise en œuvre dans une activité est une question de degré, mais en outre les débats sont susceptibles de s'orienter principalement vers la question du contrôle de l'Etat. Plus flous et donc plus propices à voir leur contenu redéfini au gré de la jurisprudence, ces deux éléments ne permettent pas de distinguer de manière aussi nette et définitive où s'arrête la souveraineté pleine des Etats pour l'organisation de leurs systèmes de protection sociale et où commence l'intervention potentielle du droit européen de la concurrence. En l'état actuel des choses, la Cour semble vouloir respecter la distinction établie

¹¹³ J.W. VAN DE GRONDEN et W. SAUTER, « Taking the Temperature: EU Competition Law and Health Care », *op. cit.*, p. 221-222. Précisons que leur argumentation s'inscrit dans une étude centrée sur les systèmes de soins de santé. Elle ne distingue donc pas, comme nous proposons de le faire, entre les dispositifs de couverture de soins de santé et les dispositifs d'octroi d'un revenu de remplacement (et en particulier les pensions de retraite).

en interne par les Etats membres entre les régimes légaux de sécurité sociale, d'une part, et les régimes complémentaires à ceux-ci, d'autre part, en excluant les premiers du champ d'application du droit de la concurrence. Mais la réponse à une question aussi importante que celle-là mériterait sans doute de recevoir un fondement plus solide que la bonne volonté de la Cour.

79. Trois voies pourraient être empruntées pour donner un fondement plus certain à l'étendue du droit de la concurrence en matière de protection sociale, avec des résultats différents. La première consisterait à redéfinir ou préciser les rôles respectifs du droit européen de la concurrence, d'une part, et des libertés économiques du marché intérieur, et en particulier de la libre prestation des services et de la liberté d'établissement, d'autre part. Au premier reviendrait d'encadrer les actions des acteurs privés uniquement, et aux secondes d'évaluer la validité, au regard de critères préétablis, des normes ou règles édictées par les Etats ou avec leur concours pour l'organisation des activités économiques sur leur territoire¹¹⁴. La délimitation du champ d'application du droit de la concurrence ne reposerait alors plus sur la « nature » de l'activité, comme le propose l'approche fonctionnelle, mais sur la qualité de l'acteur en cause. Une autre voie serait de considérer que c'est l'idée-même selon laquelle les dispositifs de protection sociale des Etats membres doivent être justifiés au regard d'un droit ayant pour finalité l'organisation d'un marché concurrentiel qui doit être abandonnée. Enfin, une dernière voie consisterait à soutenir, à l'inverse de la position précédente, qu'il convient d'être cohérent avec l'approche fonctionnelle adoptée par la Cour et d'assurer l'application rigoureuse du droit européen de la concurrence à toutes les activités susceptibles d'être exercées, au moins en principe, par une entité privée poursuivant un but lucratif.

A ces trois voies, dont il ne saurait être ici question de discuter les mérites respectifs, correspondent trois positions politiques différentes quant au bien-fondé et aux contours précis à donner à une dimension essentielle de l'Union européenne, à savoir l'organisation d'un marché intérieur où la concurrence est libre et non faussée.

¹¹⁴ Sur l'évolution du rôle de la distinction entre le public et le privé dans le droit du marché intérieur, voy. notamment O. ODUDU, « The public/private distinction in EU Internal Market Law », *R.T.D. eur.*, 2010, n° 4, pp. 826-841.

Table des matières

Introduction générale.....	2
I. Les multiples sens de la solidarité dans la jurisprudence de la Cour	6
A. Les solidarités liées au mode de financement des prestations de protection sociale... 7	7
B. Les solidarités portant sur le lien entre le montant des cotisations et le montant des prestations.....	8
II. La construction jurisprudentielle de la frontière entre les activités économiques et les activités exclusivement sociales	11
A. La jurisprudence fondatrice et ses suites	12
1. Les premières balises pour l'identification d'une activité exclusivement sociale. 13	13
2. Continuité et précision de la jurisprudence antérieure.....	16
B. En rupture avec la jurisprudence antérieure ?	22
III. Les raisons de l'édification de la solidarité et du contrôle de l'Etat comme critères d'une activité exclusivement sociale	29
A. Solidarité, contrôle de l'Etat et autonomie de gestion.....	30
1. Solidarité et autonomie de gestion « en fait ».....	30
2. Contrôle de l'Etat et autonomie de gestion « en droit »	39
B. La solidarité, un critère plus décisif pour certains types de prestations sociales que pour d'autres ?	41
Conclusion générale : l'articulation du critère de la solidarité et du contrôle de l'Etat pour la délimitation du champ des activités exclusivement sociales	45