

La gestion d'un régime obligatoire d'assurance soins de santé constitue-t-elle une activité économique?

Commentaire des conclusions de l'avocat général
Pikamäe dans l'affaire des aides d'État présumées
à l'organisme public du régime d'assurance soins
de santé slovaque

Quentin DETIENNE

Chargé de cours à l'ULiège

◆ TABLE DES MATIÈRES ◆

I.	Le régime slovaque d'assurance soins de santé et les faits litigieux	6
II.	L'arrêt du Tribunal et ses liens à la jurisprudence antérieure de la Cour	8
III.	Les conclusions de l'avocat général Pikamäe : pour l'explicitation d'une condition implicitement contenue dans la jurisprudence AOK	11
IV.	Vers l'abandon d'une approche essentialiste pour une approche contextuelle du champ d'application du droit européen de la concurrence ?	12



La question de l'applicabilité du droit européen de la concurrence à des régimes nationaux de sécurité sociale est soulevée à intervalles réguliers devant les juridictions de l'Union européenne. La dernière affaire en date concerne le régime slovaque d'assurance soins de santé. Dans un arrêt de février 2018, passé quelque peu inaperçu⁽¹⁾, le Tribunal de l'UE, allant contre une décision de la Commission, a estimé que les entités gestionnaires de ce régime sont soumises aux règles du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) en matière de concurrence. Cet arrêt est un accroc dans une ligne jurisprudentielle jusque-là parfaitement lisse, la Cour de justice ayant quant à elle toujours décidé, dans chaque affaire portée devant elle, que les entités gestionnaires d'un régime de sécurité sociale échappent au champ d'application du droit européen de la concurrence⁽²⁾.

La Commission et la République slovaque ont chacune introduit un pourvoi devant la Cour de justice pour demander l'annulation de l'arrêt du Tribunal. L'avocat général Pikamäe a présenté ses conclusions le 19 décembre 2019. Il y invite la Cour non seulement à maintenir le cap de sa jurisprudence antérieure, mais aussi à le renforcer en explicitant certains principes qu'il pense pouvoir y déceler.

Ces conclusions sont l'occasion de revenir sur cette affaire, de la resituer par rapport aux enseignements de la jurisprudence passée de la Cour et d'en discuter les prolongements potentiels. Nous commençons par présenter les principaux traits du régime slovaque et les faits litigieux (I), avant d'exposer l'arrêt du Tribunal et ses liens de continuité et de rupture avec la jurisprudence antérieure (II). Nous présentons ensuite les conclusions de l'avocat général (III), pour conclure enfin par quelques commentaires et réflexions prospectives (IV).

I. LE RÉGIME SLOVAQUE D'ASSURANCE SOINS DE SANTÉ ET LES FAITS LITIGIEUX

Depuis le début des années 1990, le régime slovaque d'assurance soins de santé n'est plus géré par une entité unique mais par plusieurs organismes, dont certains ont l'État pour actionnaire tandis que d'autres ont été établis par des acteurs privés. L'affiliation au régime est obligatoire, mais le choix de l'organisme gestionnaire est laissé libre et peut être changé chaque année.

⁽¹⁾ TUE, 5 février 2018, *Dôvera zdravotná poisťovňa c. Commission*, T-216/15. Cet arrêt a fait l'objet de commentaires par J. DERENNE et C. BARBU-O'CONNOR, « Commentaires sous Trib. UE, 5 février 2018, *Dôvera zdravotná poisťovňa*, a.s., aff. T-216/15 », *Concurrences*, Chroniques Aides d'État, 2018, n° 2, pp. 149-151 ainsi que par L. IDOT, « Notion d'entreprise », *Europe – Actualité du droit de l'Union européenne*, 2018, n° 4, pp. 30-31.

⁽²⁾ Pour un commentaire détaillé de cette jurisprudence, on se permet de renvoyer à Q. DETIENNE, « La délimitation du champ des activités exclusivement sociales dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne : essai de clarification », *Revue de Droit Social/Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 2017, n° 1-2, pp. 331-364.

Les organismes gestionnaires sont tous soumis au même cadre réglementaire. Il leur est notamment interdit d'exercer d'autres activités que celles prévues par la loi. Des règles particulières encadrent également l'utilisation et la distribution de leurs bénéfices éventuels. Ils sont par ailleurs soumis à une forme de solidarité financière par égalisation des risques : les organismes dont les affiliés présentent de mauvais profils de risque sont aidés financièrement par les organismes dont le portefeuille de risque est plus avantageux.

Le montant des cotisations à verser au régime est fixé par la loi. Il est proportionnel aux revenus, ce qui exclut toute prise en compte du profil de risque de l'assuré dans la détermination de l'effort contributif : jeunes, vieux, malades, sains de corps, tous paient la même chose à revenus égaux. Par ailleurs, les organismes ne peuvent sélectionner leurs affiliés ; ils ont l'obligation d'assurer tous ceux qui leur en font la demande. Les prestations octroyées par les organismes gestionnaires sont également définies par la loi. Tous les assurés ont donc droit aux mêmes services, indépendamment de la hauteur de leurs cotisations.

Quatre organismes étaient actifs au moment des faits litigieux : deux sociétés d'assurance privées – Dôvera zdravotná poisťovňa, a.s. (ci-après « Dôvera ») et Union zdravotná poisťovňa a.s. (ci-après « Union ») – et deux sociétés d'assurance publiques – Všeobecná zdravotná poisťovňa, a.s. (ci-après « VŠZP ») et Spoločná zdravotná poisťovňa, a.s. (ci-après « SZP »). Ces deux dernières ont fusionné en 2010.

En 2007, Dôvera a déposé plainte auprès de la Commission européenne contre une aide d'État présumée octroyée à SZP sous la forme d'une augmentation de capital. Cette plainte a été étendue en 2011 à trois autres aides présumées accordées à SZP ou à VŠZP sous la forme d'un acquittement de dettes, d'un subside étatique et, à nouveau, d'une augmentation de capital.

Au terme d'une procédure d'un peu plus de sept années, la Commission a adopté, en octobre 2014, une décision rejetant la qualification d'aides d'État des mesures incriminées⁽³⁾. La Commission a considéré, en substance, que SZP et VŠZP n'exercent pas une activité économique et ne peuvent donc être qualifiées d'entreprise au sens du droit européen de la concurrence. Or, seules les aides accordées à des entreprises sont visées par l'article 107, § 1^{er}, TFUE, qui énonce l'interdiction de principe des aides d'État. Les deux organismes publics n'étant pas couverts par cet article, les mesures octroyées par la Slovaquie ne sont pas critiquables, selon la Commission, au regard de cette interdiction.

Dôvera a introduit un recours contre cette décision devant le Tribunal de l'UE ; la société d'assurance Union est intervenue en soutien de ses conclusions. La République slovaque est également intervenue dans la procédure, en soutien des conclusions de la Commission.

⁽³⁾ Décision (UE) 2015/248 du 15 octobre 2014 concernant les mesures SA.23008 (2013/C) (ex 2013/NN) accordées par la République slovaque à SZP et VŠZP.

II. L'ARRÊT DU TRIBUNAL ET SES LIENS À LA JURISPRUDENCE ANTÉRIEURE DE LA COUR

Le Tribunal a annulé la décision de la Commission, estimant que l'activité exercée par les organismes gestionnaires du régime d'assurance soins de santé slovaque est bien une activité économique, ces organismes devant donc tous – qu'ils soient publics ou privés – être qualifiés d'entreprise et soumis au droit européen de la concurrence.

Pour atteindre cette conclusion, le Tribunal commence par rappeler l'approche fonctionnelle adoptée par la Cour de justice pour définir l'entreprise en droit européen de la concurrence. Selon cette approche, la qualité d'entreprise dépend de la nature de l'activité exercée : dès lors qu'elle exerce une activité économique, toute entité est une entreprise au sens du droit européen de la concurrence, indépendamment de son régime juridique en droit national ou de son mode de financement⁽⁴⁾. Au contraire, si l'entité est considérée comme exerçant une activité dite « exclusivement sociale », elle ne peut être qualifiée d'entreprise et échappe au champ d'application du droit de la concurrence.

Le Tribunal synthétise ensuite la jurisprudence de la Cour relative aux critères de l'activité exclusivement sociale. Selon ses termes, cette jurisprudence enseigne que « la finalité sociale d'un régime d'assurance maladie n'est pas en soi suffisante pour exclure la qualification d'activité économique. Il convient encore d'examiner si ce régime peut être considéré comme mettant en œuvre le principe de solidarité et s'il est soumis au contrôle de l'État qui l'a instauré »⁽⁵⁾.

Le Tribunal procède alors à l'évaluation du régime d'assurance soins de santé slovaque à l'aune des deux critères mis en avant, ceux de solidarité et de contrôle étatique. Il accorde que le régime « présentait des aspects sociaux, solidaires et réglementaires importants » en pointant les caractéristiques présentées plus haut (cotisations proportionnelles aux revenus, prestations fixées par la loi, obligation d'accepter toute demande d'affiliation, encadrement légal de l'utilisation et de la distribution des bénéfiques, etc.). Deux éléments toutefois sont de nature, aux yeux du Tribunal, à faire obstacle à la qualification de l'activité des organismes gestionnaires du régime en une activité exclusivement sociale.

Premièrement, la législation applicable aux organismes gestionnaires, privés comme publics, ne leur interdit pas de chercher à dégager des bénéfiques : si elle en encadre l'utilisation et la distribution, elle ne fait pas obstacle à la recherche d'un profit. Cette possibilité donnée aux organismes de poursuivre

⁽⁴⁾ À propos de l'approche fonctionnelle, voy. les travaux classiques de 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. 47-49 et de O. ODUDU, « The Meaning of Undertaking within 81 EC », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2005, vol. 7, pp. 211-241.

⁽⁵⁾ § 51 de l'arrêt.

une « finalité lucrative » implique, selon le Tribunal, « que les activités qu'[ils] exercent sur le marché relèvent de la sphère économique »⁽⁶⁾.

Secondement, le Tribunal relève qu'il existe une certaine concurrence entre les organismes participant à la gestion du régime. Certes, la loi définit les prestations que les organismes doivent obligatoirement offrir à leurs affiliés. Mais toute possibilité de différenciation, et donc de concurrence n'est pas absente pour autant puisque « les organismes peuvent librement compléter les prestations légales obligatoires par des prestations connexes gratuites, telles qu'une meilleure prise en charge de certains types de traitement complémentaire et préventif dans le cadre des prestations de base obligatoires ou l'existence d'un service renforcé d'assistance aux assurés »⁽⁷⁾. Aux yeux du Tribunal, une concurrence entre les organismes sur le « rapport qualité-prix » existe bien, qu'il qualifie même d'« intense et complexe »⁽⁸⁾.

La combinaison de ces deux éléments – poursuite d'une finalité lucrative et existence d'une concurrence sur des prestations accessoires aux prestations légales obligatoires – conduit le Tribunal à conclure à la nature économique de l'activité des organismes slovaques.

Cette décision s'écarte nettement de la jurisprudence antérieure de la Cour de justice. Dans un arrêt *AOK Bundesverband*⁽⁹⁾, la Cour avait été invitée à se prononcer sur le caractère économique ou exclusivement social de l'activité des organismes gestionnaires du régime allemand d'assurance soins de santé. Ce régime présentait, à tout le moins à l'époque des faits, de fortes similitudes avec le régime slovaque. Il était administré par plusieurs caisses de maladie indépendantes entre lesquelles un mécanisme de solidarité financière avait été mis en place. Les prestations de base qu'elles délivraient étaient fixées par la loi, avec l'autorisation de délivrer certaines prestations accessoires aux prestations de base. Sur deux points, le régime allemand montrait par contre des signes plus marqués d'ouverture à la concurrence que son homologue slovaque.

(6) § 64 de l'arrêt.

(7) § 66 de l'arrêt.

(8) § 67 de l'arrêt.

(9) CJUE, 16 mars 2004, *AOK Bundesverband*, aff. jointes C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01. À propos de cet arrêt, voy. not. 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, vol. 25, n° 11, pp. 682-687; A. JACQUEMIN, « Le droit de la concurrence et les systèmes de soins de santé », in P. NIHOUL et A.-C. SIMON (éds), *L'Europe et les soins de santé: marché intérieur, sécurité sociale, concurrence*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 292-295; J.W. VAN DE GRONDEN et W. SAUTER, « Taking the Temperature: EU Competition Law and Health Care », *Legal Issues of Economic Integration*, 2011, vol. 38, n° 3, pp. 213-241; M. GUY, *Competition Policy in Healthcare: Frontiers in Insurance-based and Taxation-funded Systems*, Cambridge, Intersentia, 2019, p. 71. Pour un avis sur l'affaire *AOK Bundesverband* exprimé avant la décision de la Cour et concluant, au contraire de celle-ci, à l'applicabilité du droit européen de la concurrence au régime allemand, voy. P.J. SLOT, « Applying the competition rules in the healthcare sector », *European Competition Law Review*, 2003, vol. 24, n° 11, pp. 580-593.

D'une part, les organismes gestionnaires disposaient d'une certaine marge de manœuvre dans la fixation des cotisations. D'autre part, certains travailleurs étaient dispensés de l'obligation d'affiliation à l'assurance maladie légale et avaient le choix entre s'affilier à une caisse de maladie gestionnaire du régime ou s'assurer auprès d'une compagnie d'assurance.

La Cour avait estimé que le régime allemand ne relevait pas de la sphère des activités économiques. La fixation des prestations «pour l'essentiel identiques» par la loi et la solidarité financière entre les caisses de maladie avait emporté sa conviction que l'activité en cause consistait en une activité exclusivement sociale. Elle avait certes admis qu'«un élément de concurrence» existait en matière de cotisations, mais avait considéré que celui-ci avait 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». En tant qu'elle n'était qu'un moyen au service de cet objectif, la Cour avait estimé que cette dimension concurrentielle ne remettait pas en cause la nature exclusivement sociale de l'activité de ces caisses.

On notera que l'arrêt AOK est le premier arrêt portant sur la délimitation du champ des activités exclusivement sociales dans lequel la Cour n'a pas suivi les conclusions de son avocat général. Dans ses conclusions précédant l'arrêt, l'avocat général Jacobs avait en effet adopté la solution inverse à celle de la Cour. Selon lui, l'organisation d'une concurrence entre organismes gestionnaires devait suffire à conclure à la nature économique de leur activité. Le raisonnement présentait une certaine cohérence: qui dit concurrence, fût-elle encadrée, dit existence d'entités exerçant une activité potentiellement lucrative, et donc application des règles visant précisément à encadrer le comportement de ces entités sur le marché, c'est-à-dire le droit de la concurrence⁽¹⁰⁾.

Dans son arrêt relatif au régime slovaque, le Tribunal a donc décidé de ne pas suivre la solution adoptée par la Cour de justice. Il s'est justifié de cet écart en insistant sur ce qui distingue, selon lui, les deux affaires. Il relève que, dans le régime allemand en cause, tous les organismes agissaient sans but lucratif, tandis que dans le régime slovaque, les organismes, à tout le moins ceux aux capitaux privés, poursuivent bien une finalité lucrative. Le Tribunal avance que cette différence est essentielle. Selon son interprétation, la jurisprudence AOK de la Cour de justice affirme uniquement que «le seul fait de se trouver en situation de concurrence sur un marché donné» ne saurait suffire pour conclure automatiquement au caractère économique d'une activité. Il argumente par contre, en renvoyant à des arrêts de la Cour adoptés dans des affaires ne portant pas sur des régimes de sécurité sociale⁽¹¹⁾, que «la présence, sur ledit marché, d'opéra-

⁽¹⁰⁾ §§ 40 à 42 des conclusions de l'avocat général Jacobs précédant l'arrêt CJUE, 16 mars 2004, AOK *Bundesverband*, aff. jointes C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, préc.

⁽¹¹⁾ Il s'agit des arrêts CJUE, 1^{er} juillet 2008, *MOTOE*, C-49/07, § 27 et CJUE, 10 janvier 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze e.a.*, C-222/04, §§ 122-123.



teurs poursuivant un but lucratif» est quant à elle décisive. Dans la mesure où les deux sociétés privées d'assurance actives dans le régime slovaque poursuivent effectivement un but lucratif et qu'elles sont en concurrence avec les sociétés publiques, le Tribunal estime que celles-ci doivent « par effet de contagion, être considérées comme des entreprises »⁽¹²⁾, peu importe qu'elles poursuivent elles aussi un but lucratif ou non.

III. LES CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL PIKAMÄE : POUR L'EXPLICITATION D'UNE CONDITION IMPLICITEMENT CONTENUE DANS LA JURISPRUDENCE AOK

Dans ses conclusions relatives au recours introduit par la Commission contre l'arrêt du Tribunal, l'avocat général Pikamäe invite la Cour à annuler ce dernier et à statuer définitivement sur le litige en décidant que l'activité des organismes gestionnaires du régime slovaque n'a pas de caractère économique.

L'avocat général commence par contester l'affirmation du Tribunal que la présence d'acteurs poursuivant un but lucratif dans un environnement concurrentiel indique le caractère économique de l'activité. Selon lui, cette affirmation repose sur une interprétation erronée de la jurisprudence. Il estime que le seul élément pertinent aux yeux de la Cour est l'existence d'une situation de concurrence, la finalité lucrative ou non de tout ou partie des acteurs dudit marché étant quant à elle indifférente. Cette position est d'ailleurs conforme, relève-t-il, à l'approche fonctionnelle de la notion d'entreprise, d'après laquelle la qualification d'une entité dépend seulement de l'activité qu'elle exerce et pas de son régime juridique ou de son mode de financement.

Cette clarification étant faite, l'avocat général revient sur l'arrêt AOK et propose d'en dégager un enseignement général. On a déjà dit que la Cour a estimé dans cet arrêt que toute situation concurrentielle n'implique pas automatiquement l'existence d'une activité économique : une activité exclusivement sociale peut tolérer un « certain degré » de concurrence sans perdre cette qualité. Selon l'avocat général, la Cour ne se serait toutefois pas arrêtée là. Elle aurait implicitement soumis cette tolérance d'une certaine concurrence à la condition que celle-ci ait été voulue et organisée de manière cohérente par le législateur en vue d'atteindre un objectif social. Il appuie cette interprétation sur le passage de l'arrêt AOK, déjà cité, par lequel la Cour justifie sa décision que l'existence d'une concurrence sur le montant des cotisations ne remet pas en cause la nature exclusivement sociale de l'activité des caisses d'assurance du régime allemand. Pour rappel, la Cour y relève que « le législateur a introduit [cet] élément de concurrence [...] afin d'inciter les caisses de maladie à exercer leur activité selon les principes d'une bonne gestion, à savoir de la manière la plus efficace

(12) § 69 de l'arrêt.

et la moins coûteuse possible, dans l'intérêt du bon fonctionnement du système de sécurité sociale allemand»⁽¹³⁾.

Dans ses conclusions, l'avocat général invite la Cour à profiter de l'occasion qui lui est donnée par l'affaire slovaque pour (ré)affirmer, cette fois de manière explicite, cette condition de l'inapplicabilité du droit de la concurrence en matière de sécurité sociale: une activité ne pourrait être considérée comme économique «pour autant que le régime national de sécurité sociale examiné fasse apparaître que le législateur national poursuit l'objectif social du système de manière *cohérente*»⁽¹⁴⁾.

En l'espèce, cette condition serait rencontrée en raison de l'encadrement strict de la possibilité donnée aux organismes slovaques d'utiliser et de distribuer des bénéfiques. En substance, ceux-ci doivent constituer des réserves plus importantes que celles exigées d'ordinaire dans les secteurs marchands. Aux yeux de l'avocat général, ces exigences indiquent que cette liberté d'usage et de distribution des bénéfiques «sert l'objectif d'assurer la viabilité et la continuité du système slovaque d'assurance maladie obligatoire, contribuant ainsi à la réalisation de l'objectif social de ce dernier»⁽¹⁵⁾. En d'autres termes, l'avocat général estime qu'en encourageant la recherche de bénéfiques par l'organisation d'une certaine concurrence et en prévoyant par ailleurs que ces bénéfiques devront être en partie consacrés à la constitution de réserves plus importantes que d'ordinaire, le législateur slovaque a utilisé la mise en concurrence comme un moyen cohérent au service de la stabilité financière du régime d'assurance soins de santé, et donc d'un objectif social. Pour cette raison, l'activité des organismes gestionnaires dudit régime devrait échapper au champ d'application du droit européen de la concurrence.

IV. VERS L'ABANDON D'UNE APPROCHE ESSENTIALISTE POUR UNE APPROCHE CONTEXTUELLE DU CHAMP D'APPLICATION DU DROIT EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE ?

À notre connaissance, l'invitation de l'avocat général à ériger une condition de poursuite cohérente d'un objectif social au rang de condition pour l'inapplicabilité du droit de la concurrence en matière de sécurité sociale, est inédite. Outre son interprétation de l'arrêt AOK, l'avocat général n'invoque à l'appui de sa proposition qu'un autre «précédent», en l'occurrence un passage de conclusions rendues en 2005 par un de ses célèbres prédécesseurs, l'avocat général Poiares Maduros. À l'occasion d'une affaire *FENIN* mettant en cause le système national de santé espagnol, celui-ci affirmait – dans ce qui semble

⁽¹³⁾ § 56 de l'arrêt CJUE, 16 mars 2004, *AOK Bundesverband*, aff. jointes C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, préc.

⁽¹⁴⁾ § 129 des conclusions. C'est l'avocat général qui souligne.

⁽¹⁵⁾ § 128 des conclusions.

être plus une explication qu'une proposition – que, lorsqu'il met en place un régime de sécurité sociale, l'État est « soumis à une exigence de cohérence: il n'est libre de soustraire du marché certaines activités qu'à condition de mettre effectivement en œuvre le principe de solidarité et d'organiser des politiques de redistribution »⁽¹⁶⁾. La Cour, réunie en grande chambre, n'avait donné aucun écho à cette condition de cohérence dans son arrêt.

En plus d'être inédite, l'invitation de l'avocat général est également originale. Elle revient en réalité à proposer d'apporter une nuance importante, sinon d'abandonner l'approche fonctionnelle adoptée par la Cour de longue date. Pour rappel, l'approche fonctionnelle consiste à ne tenir compte que de la « nature » de l'activité exercée pour qualifier ou non une entité d'entreprise au sens du droit de la concurrence: consiste-t-elle à offrir des biens ou des services sur un marché (lequel peut éventuellement n'être que potentiel)? Le régime juridique de cette entité et son mode de financement, quant à eux, ne doivent pas être pris en compte. Cette approche peut être qualifiée d'« essentialiste », dans la mesure où c'est la prétendue nature des choses, en l'occurrence celle d'une activité, qui doit guider le choix du régime juridique applicable (le droit de la concurrence s'applique-t-il?). En proposant de prendre en considération l'objectif social poursuivi par le législateur et, surtout, la *cohérence* des moyens mis en œuvre dans la poursuite de cet objectif, l'avocat général Pikamäe ouvre la porte à des considérations d'un autre ordre, que l'on pourrait qualifier de « circonstanciées »: il ne s'agit plus tant de savoir si une activité est de nature à être exercée sur un marché que de se demander si et dans quelle mesure l'État a *souhaité* la soustraire à la logique du marché – en vue de la poursuite d'un objectif pouvant être qualifié de social – et si ce souhait s'exprime *effectivement* dans les mesures adoptées – ce que l'exigence de cohérence doit permettre de vérifier⁽¹⁷⁾.

La Cour suivra-t-elle cette invitation? Il est évidemment difficile de le dire. On avancera néanmoins avec prudence que l'attitude la plus probable à nos yeux est qu'elle décidera en tout cas d'annuler l'arrêt du Tribunal – on rappellera que jusqu'à présent, la Cour n'a jamais déclaré le droit de la concurrence applicable à un régime national de sécurité sociale octroyant des prestations légales, mais seulement à des régimes octroyant des prestations dites complémentaires. On doute par contre qu'elle acceptera de reprendre le raisonnement proposé par l'avocat général et de formuler de manière explicite une condition de poursuite cohérente d'un objectif social pour l'inapplicabilité du droit de la concurrence.

Si cela aurait l'avantage certain de clarifier – et de rationaliser – ses décisions relatives aux régimes au sein desquels une certaine concurrence est orga-

⁽¹⁶⁾ § 27 des conclusions du 10 novembre 2005 précédant l'arrêt CJUE (gde ch.), 10 juillet 2006, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN)*, C-205/03 P.

⁽¹⁷⁾ Pour une interprétation de l'arrêt AOK allant dans le sens de l'invitation de l'avocat général exposée ici, voy. J. BAQUERO CRUZ, « Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law », in G. DE BÚRCA (éd.), *EU Law and the Welfare State: In Search of Solidarity*, Oxford, Oxford University Press, 2005, p. 184.



nisée, cette formalisation d'une condition de poursuite cohérente d'un objectif social constituerait un pas en direction de l'idée que les limites du champ d'application du droit de la concurrence elles-mêmes peuvent dépendre d'un *choix* des États membres. C'est un pas que la Cour rechignera probablement à faire, à notre estime, en raison des implications constitutionnelles d'une telle décision : elle reviendrait à confier au niveau étatique la tâche de définir l'extension d'une branche du droit primaire européen (et laquelle!). Cette décision compliquerait par ailleurs les relations entre la jurisprudence de la Cour relative à l'*applicabilité* du droit européen et l'article 106, § 2, TFUE, qui permet de *déroger* à l'application de principe de ce dernier, notamment lorsque les États poursuivent un objectif social par le moyen d'entreprises soumises à un régime juridique particulier. Pour ces raisons, nous sommes enclins à penser que la Cour ne suivra pas l'invitation de l'avocat général. Plutôt que d'adopter ce qui constituerait, de fait, un arrêt de principe, elle préférera probablement exclure l'applicabilité du droit de la concurrence au régime slovaque au terme d'un raisonnement insistant sur des éléments propres à l'espèce.

Notons pour conclure que ces discussions sont à notre sens superflues pour trancher la question de l'applicabilité du droit européen de la concurrence aux régimes nationaux de pensions légales. Pour des raisons que nous ne pouvons qu'effleurer ici⁽¹⁸⁾, ces régimes sont à notre avis de toute façon exclus du champ d'application des règles européennes en matière de concurrence : les pensions légales, dès lors qu'elles sont financées en répartition, ce qui est le cas dans la quasi-totalité des États membres, ne pourraient être offertes, pas même en principe, sur un quelconque marché. Pour ces régimes donc, l'approche fonctionnelle, de type essentialiste, suffit selon nous pour conclure avec certitude au caractère non économique de leurs activités. Nul besoin à leur égard de s'engager dans des discussions incertaines sur des critères tels que la poursuite d'un « objectif social » ou le respect d'une certaine « cohérence », dont les contours sont irrémédiablement plus flous.

(18) Un exposé détaillé de nos arguments est donné dans Q. DETIENNE, « La délimitation du champ des activités exclusivement sociales dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne : essai de clarification », *op. cit.*