



Droit & Technique

MUTUELLES

L'application du droit de la concurrence aux Sgam

Alors même que, en principe, le droit des ententes ne trouve pas à s'appliquer en présence de relations intragroupe, la réalité est toutefois plus complexe en ce qui concerne les Sociétés de groupe d'assurance mutuelle (Sgam). Et ce, notamment lorsque chacune des affiliées jouit d'une large autonomie commerciale au sein de la structure.

LAURENT FRANÇOIS-MARTIN

avocat aux barreaux
des Hauts-de-Seine
et de Bruxelles, **Fidal**

Il ne fait plus de doute aujourd'hui que les activités des compagnies et mutuelles d'assurance ⁽¹⁾ sont soumises au droit de la concurrence. En effet, le droit de la concurrence français et communautaire s'applique à toute entité exerçant une activité économique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement. La notion d'activité économique est au cœur de cette définition et les opérations d'assurance constituent assurément une activité économique. Il en est ainsi des mutuelles, notamment celles relevant du code de la mutualité, pour toutes les activités d'assurance qui ne sont pas liées à la gestion d'un régime obligatoire de Sécurité sociale ⁽²⁾. Rappelons, par ailleurs, que l'absence de but lucratif et la présence d'éléments de solidarité ne privent pas une activité de son caractère économique et donc de l'applicabilité du droit de la concurrence ⁽³⁾.

Les compagnies ou mutuelles d'assurance doivent donc s'assurer que leurs pratiques ne sont pas contraires aux règles de concurrence. Et de s'abstenir ainsi de mettre en œuvre, avec des partenaires concurrents ou distributeurs, des pratiques d'ententes ⁽⁴⁾, qui ont pour objet ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché ou, lorsqu'elles sont en position dominante sur un marché, d'abuser de leur position en mettant en œuvre des pratiques illicites ⁽⁵⁾.

C'est dans ce contexte, et assez naturellement, que les Sociétés de groupe d'assurance mutuelle (Sgam) – définies comme des sociétés de groupe d'assurance regroupant plusieurs mutuelles d'assurance fonctionnant sans capital social et comptant au moins deux entreprises affiliées dont l'une au moins est une société d'assurance ou de réassurance mutuelle de droit français ⁽⁶⁾ – ont été appréhendées par le droit de la concurrence. Néanmoins, le droit de la concurrence a pris acte de leur spécificité. Les autorités de concurrence ont ainsi adopté plusieurs décisions, en matière d'opérations de concentration, tenant compte des liens particuliers qui unissent les entreprises affiliées pour conclure au fait qu'une Sgam constitue « une unité économique commune ».

LES SGAM ET LE DROIT DE LA CONCURRENCE...

Les Sgam ont fait l'objet, lors de leur création, de plusieurs décisions récentes sous l'angle du droit des concentrations. En substance, la question principale était de savoir dans quelle mesure la création d'une Sgam, alors même qu'elle n'établit pas de liens capitalistiques avec les groupements affiliés tout en nouant des liens de solidarité financière importants et durables, pouvait être qualifiée de concentration, au sens du droit de la concurrence ⁽⁷⁾.

L'autorité de la concurrence s'est attachée à examiner en détail la communauté d'intérêts définie par la convention d'affiliation à la Sgam afin de savoir si les sociétés affiliées constituaient une unité économique. Les principaux éléments retenus pour reconnaître l'existence d'une unité économique ont été notamment : l'existence d'une responsabilité financière solidaire ⁽⁸⁾, l'établissement de comptes combinés ⁽⁹⁾, la constitution de liens permanents et durables de réassurance commune, la contribution à la solvabilité des entreprises affiliées, ou encore, l'existence de dirigeants communs et de directions communes ⁽¹⁰⁾.

Il ressort de ce faisceau d'indices que l'autorité retient essentiellement des critères d'ordre financier (responsabilité financière, solvabilité, etc.), voire fonctionnel (directions et bureaux communs), pour établir que les affiliées ont opéré une fusion de fait à la suite de la signature du protocole de partenariat et qu'elles appartiennent ainsi à une même entité économique⁽¹⁾. La précision est de taille. En effet, si la Sgam est qualifiée d'unité économique en droit des concentrations, il est logique de penser, à première vue, que cette qualification devrait aussi être retenue en droit des ententes, afin d'exclure l'applicabilité des règles de concurrence aux relations intragroupe. Concrètement, les articles 101 § 1 TFUE (traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) et L. 420-1 du code de commerce ne s'appliquent pas aux relations entre entreprises qui forment une « unité économique » (relations intragroupes), aucun accord de volonté ne pouvant être formalisé entre des entreprises qui ne sont pas indépendantes l'une de l'autre.

Ainsi, le premier réflexe serait de penser que la qualification d'unité économique d'une Sgam, retenue par l'autorité de la concurrence en droit des concentrations, exclut *de facto* l'application du droit des ententes.

... UNE RELATION AMBIGUË

Cependant, la réalité est plus nuancée. En effet, si la notion d'unité économique est commune au droit des concentrations et au droit des ententes, elle ne recouvre pas les mêmes réalités. La question est importante dans la mesure où plusieurs affiliées sont susceptibles d'être actives sur un même marché et donc de se faire concurrence.

Les éléments pris en compte par les autorités de concurrence pour conclure à l'existence du contrôle d'une maison mère sur sa filiale et de l'existence d'une unité économique, dans le cadre de l'application des articles 101 TFUE et L. 420-1 du code de commerce, sont principalement axés sur l'organisation de « l'ingérence » de la maison mère dans les affaires de ses filiales. Contrairement à l'analyse menée en droit des concentrations, les critères financiers sont subsidiaires.

Le critère déterminant est de savoir à quel niveau se situe la détermination de la stratégie commerciale des filiales, notamment si elles jouissent d'une totale autonomie de décision ou si elles se contentent de mettre en œuvre celles adoptées au niveau de la Sgam⁽²⁾. A cette fin, on pourra examiner qui décide de la création et du lancement de nouveaux produits ou encore de la politique de communication commerciale⁽³⁾. Les critères sont plus comportementaux (i.e qui détermine le comportement commercial de la filiale sur le marché) que structurels ou financiers.

Or, une Sgam a en premier lieu pour objet légal l'organisation et le maintien des liens de solidarité financière importants et durables sans pour autant empiéter nécessairement sur l'indépendance opérationnelle de ses affiliées. Telle est probablement la raison pour laquelle une Sgam ne peut être

une entreprise d'assurance et pour laquelle le « contrôle » possible de ses affiliées prévu par le code des assurances n'est, mise à part la faculté d'autorisation, qu'un instrument de surveillance. De manière générale, la Sgam n'a donc pas vocation à décider de la politique commerciale de ses affiliés et à s'immiscer dans la gestion de leur activité économique⁽⁴⁾. Et ce, même si ce cas de figure est tout à fait possible et parfois recherché.

A ce titre, il est malaisé d'appliquer aux Sgam les notions d'unité économique et de relation intragroupe telle que développée habituellement par l'autorité de la concurrence en droit des ententes. *A priori*, la création d'une Sgam résulte souvent d'un consensus fondé sur la garantie pour les affiliées de garder leur indépendance, notamment et principalement, dans la gestion de leur politique commerciale.

C'est de ce constat que naît toute l'ambiguïté de l'applicabilité du droit des ententes aux relations nouées entre les affiliées sous l'égide de la Sgam. D'un côté, une Sgam

est une unité économique et à ce titre sa création constitue, sous réserve d'une étude au cas par cas de chaque dossier, une concentration. D'un autre côté, les articles 101 § 1 TFUE et L. 420-1 du code de commerce prohibant les ententes s'appliqueraient aux relations entre affiliées d'une même Sgam au motif que la notion d'unité économique n'est pas similaire à celle dégagée en droit des concentrations.

Les Sgam disposent ainsi de diverses possibilités d'organisation interne qui devront être adoptées en fonction de la stratégie commerciale qui sera retenue, en particulier lorsque plusieurs mutuelles affiliées sont actives sur les mêmes marchés. ●

De manière générale, la Sgam n'a donc pas vocation à décider de la politique commerciale de ses affiliés et à s'immiscer dans la gestion de leur activité économique. Et ce, même si ce cas de figure est tout à fait possible et parfois recherché.

(1) *Cons. Con.*, déc. 01-D-55.

(2) *Cons. Con.*, avis n° 98-1-03.

(3) *CJCE*, 21 sept 1999, aff. C-67/96, *Albany international BV*, Rec.P.I-05751.

(4) *Articles 101 TFUE (traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) et L. 420-1 du code de commerce.*

(5) *Articles 102 TFUE et L. 420-2 du code de commerce.*

(6) *Voir article L 322-1-2 et s. du code des assurances.*

(7) *Selon l'article L. 430-1 du code de commerce, une opération de concentration est notamment constituée « lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent », « lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises. » Par ailleurs, « la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome » constitue également une concentration au sens de cet article.*

(8) *Min. Eco.*, 21 novembre 2003, *Covea*.

(9) *Min. Eco.*, 9 août 2006, *SMABTP*.

(10) *Min. Eco.*, 30 juin 2009, *AG2R*.

(11) *Ibid.*, pt 10.

(12) *Cons. Con.*, déc. n°2000-D-50, 5 mars 2001, *pratiques mises en œuvre par la Société française des jeux dans les secteurs de la maintenance informatique et du mobilier de comptoir.*

(13) *Cons. Con.*, déc. n° 06-D-26, *Yamaha Motors France*.

(14) *Revue des sociétés*, n° 2/2009, « La société de groupe d'assurance mutuelle : du groupe de société à la société de groupe », *Jean-Philippe Dom.*, p. 298.