

La notion d'entreprise, au sens des articles 85 et 86 du traité, comprend toute entité exerçant une activité économique. En sont donc exclus les organismes concourant à la gestion du service public de la sécurité

sociale, lesquels remplissent une fonction de caractère exclusivement social et exercent une activité, fondée sur le principe de la solidarité nationale, dépourvue de tout but lucratif.

RAPPORT D'AUDIENCE

présenté dans les affaires jointes C-159/91 et C-160/91 *

I — Faits et procédure

1. *Les litiges au principal*

Dans l'affaire C-159/91, M. Christian Poucet a fait opposition à la contrainte qui lui a été signifiée le 17 octobre 1990, tendant au paiement des cotisations par lui dues, pour la période du 1^{er} octobre 1989 au 31 mars 1990, à la caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon (ci-après « Camulrac »), par le biais de son organisme conventionné, les Assurances générales de France (ci-après « AGF ») qui gèrent le régime d'assurance maladie et maternité des travailleurs non salariés des professions non agricoles.

Dans l'affaire C-160/91, M. Daniel Pistre a aussi fait opposition à la contrainte qui lui a été signifiée le 7 août 1990, tendant au paiement des cotisations par lui dues, pour le premier semestre 1990, augmentées des majorations de retard, à la caisse autonome nationale de compensation de l'assurance

vieillesse des artisans (ci-après « Cancava »), qui gère le régime d'assurance vieillesse des artisans.

MM. Poucet et Pistre ont soutenu devant le tribunal des affaires de sécurité sociale de l'Hérault que la Camulrac, les AGF et la Cancava, du fait de leur position dominante contraire aux principes de libre concurrence édictés par l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 et par le traité CEE, n'auraient pas qualité pour demander le paiement des cotisations en cause.

Dans l'affaire C-159/91, les AGF ont soulevé l'irrecevabilité du recours pour absence de motivation et la Camulrac a conclu à la validation de la contrainte. Dans l'affaire C-160/91, la Cancava a fait valoir que, en France, la législation de sécurité sociale est d'ordre public et qu'il n'appartient pas au tribunal d'apprécier les motifs invoqués, mais seulement de vérifier si la législation en cause est normalement appliquée, et a conclu à la validation de la contrainte litigieuse.

* Langue de procédure: le français.

Dans les motifs des ordonnances de renvoi, le tribunal des affaires de sécurité sociale de l'Hérault a d'abord considéré que le système français de sécurité sociale procède de la volonté du législateur et ne peut donc, au regard des principes de droit interne, être considéré comme contraire aux dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, précitée.

La juridiction de renvoi relève, ensuite, que MM. Poucet et Pistre ne contestent pas le principe de l'obligation d'assurance, mais qu'ils affirment que, comme dans d'autres domaines, une telle obligation peut être satisfaite auprès d'entreprises de droit privé établies sur l'ensemble du territoire de la Communauté économique européenne qui sont dans l'impossibilité de proposer en France de tels contrats, en raison de la position dominante donnée aux organismes habilités sur le territoire de cet État.

Eu égard aux éléments qui précèdent, le tribunal des affaires de sécurité sociale de l'Hérault a décidé, par ordonnances du 14 janvier et du 11 février 1991, de surseoir à statuer pour poser à la Cour les questions préjudicielles portant sur les points de savoir:

« si un organisme chargé de la gestion d'un régime spécial de sécurité sociale doit être considéré comme constituant une entreprise au sens des articles 85 et 86 du traité,

si la position dominante attribuée par les dispositions du droit interne d'un État membre à un organisme chargé de la

gestion d'un régime spécial de sécurité sociale est compatible avec le marché commun ».

2. La procédure devant la Cour

Les ordonnances de renvoi ont été enregistrées au greffe de la Cour le 18 juin 1991.

Conformément à l'article 20 du protocole sur le statut de la Cour de justice des Communautés européennes, des observations écrites ont été déposées par MM. Christian Poucet et Daniel Pistre, parties demanderesse au principal, représentées par M^e Richard Marcou, avocat au barreau de Montpellier, par la Camulrac, les AGF et la Cancava, parties défenderesses au principal, représentées par M^{es} Alain Coste et Charles-Henri Coste, avocats au barreau de Montpellier, et par M^e Florence Lyon-Caen, avocat à la cour d'appel de Paris, par le gouvernement français, représenté par M. Jean-Pierre Puissochet, directeur des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères, en qualité d'agent, et par M. Claude Chavance, attaché principal d'administration centrale, en qualité d'agent suppléant, par le gouvernement allemand, représenté par M. Ernst Röder, Ministerialrat au ministère fédéral de l'Économie, en qualité d'agent, et par la Commission des Communautés européennes, représentée par M. Enrico Traversa, membre du service juridique, en qualité d'agent, assisté de M^e Hervé Lehman, avocat au barreau de Paris.

Par ordonnance du 9 juillet 1991, la Cour a décidé, conformément à l'article 43 du règlement de procédure, de joindre les présentes affaires aux fins de la procédure

orale et de l'arrêt. La Cour, sur rapport du juge rapporteur, l'avocat général entendu, a décidé d'ouvrir la procédure orale sans instruction préalable.

II — Observations écrites déposées devant la Cour

1. *MM. Christian Poucet et Daniel Pistre*, demandeurs au principal, soutiennent, d'abord, que, dans le cadre des régimes d'assurance en cause (régime d'assurance maladie et maternité des travailleurs non salariés des professions non agricoles et régime d'assurance vieillesse des artisans), les intéressés ne disposent d'aucune liberté en ce qui concerne le choix de leur contractant et de leur contrat. A cet égard, ils relèvent que les services offerts par les différents organismes ou caisses auxquels l'assuré peut s'adresser sont substantiellement les mêmes, seuls les guichets étant distincts, et que les conditions d'adhésion leur sont imposées ainsi que les cotisations (par exemple, les cotisations retraites sont calculées autoritairement sur le revenu plafonné de l'avant-dernière année). L'assurance étant obligatoire et la loi française prévoyant que tout contrat conclu en dehors du système français devrait être réputé nul, les demandeurs au principal estiment que ce système restreint la concurrence sur le marché des assurances en cause.

Ils examinent ensuite la question de savoir si les éléments constitutifs d'un abus de position dominante sont réunis en l'espèce: premièrement, s'il s'agit d'une entreprise en position dominante sur une partie substantielle du marché commun, deuxièmement, s'il y a une exploitation abusive de la position dominante et, troisièmement, si le commerce entre États membres est affecté.

Sur le premier élément: entreprise en position dominante sur une partie substantielle du marché commun

En ce qui concerne le premier élément, les demandeurs au principal font d'abord valoir, en rappelant la pratique de la Commission (décision 86/398/CEE de la Commission, du 23 avril 1986, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE, JO L 230, p. 1; décision 78/516/CEE de la Commission, du 26 mai 1978, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE, JO L 157, p. 39; décision 74/634/CEE de la Commission, du 29 novembre 1974, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE, JO L 343, p. 19), que les caisses et organismes analogues sont des opérateurs économiques sur le marché et doivent donc être considérés comme des entreprises au sens des articles 85 et 86 du traité CEE. Cette qualification ne peut pas, à leur avis, être écartée par le fait qu'il s'agit d'organismes de sécurité sociale chargés d'une mission de service public. Ainsi, d'une part, l'existence de dispositions de politique sociale dans le droit communautaire ne permet pas de soustraire les caisses ou autres organismes du champ d'application du droit de la concurrence. D'autre part, on ne saurait considérer ces organismes, de par leur mission et leur soumission à la tutelle de l'État, comme des entreprises publiques au sens de l'article 90 du traité CEE, puisqu'il s'agit d'organismes de droit privé dotés d'une pleine autonomie de gestion. Enfin, même s'il s'agissait d'entreprises publiques ou bénéficiaires de droits spéciaux ou exclusifs, elles seraient soumises aux règles de la concurrence, étant donné que, aux termes de l'article 90, paragraphe 1, du traité CEE, les États membres « n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues aux articles 7 et 85 à 94

inclus». En ce qui concerne l'éventuelle application de l'article 90, paragraphe 2, les demandeurs au principal relèvent que cette disposition est d'interprétation stricte.

Les demandeurs au principal rappellent, ensuite, les définitions de la position dominante telles qu'elles résultent de la pratique de la Commission (décision 72/21/CEE de la Commission, du 9 décembre 1971, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE, JO L 7, p. 25; décision 76/353/CEE de la Commission, du 17 décembre 1975, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE, JO L 95, p. 1) et de la jurisprudence de la Cour (arrêt du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, 85/76, Rec. p. 461, et arrêt du 14 février 1978, United Brands, 27/76, Rec. p. 207). Selon ces définitions, l'entreprise dominante a la possibilité d'agir dans une large mesure sans devoir tenir compte de la concurrence sans que pour autant cette attitude lui porte préjudice, et le pouvoir de faire obstacle à une concurrence effective. Les demandeurs font valoir qu'il existe une position dominante en l'espèce: les caisses peuvent ignorer la concurrence et, compte tenu de leur situation statutaire, font obstacle à toute concurrence.

La Commission ayant admis l'existence d'une position dominante collective (décision 89/93/CEE de la Commission, du 7 décembre 1988, relative à une procédure d'application des articles 85 et 86 du traité CEE, JO L 33, p. 44), la Cancava, la Camulrac et autres organismes dominant isolément ou en groupe, selon le cas, le marché.

Enfin, cette position dominante détenue par les caisses sur le marché des assurances vieillesse ou maladie et sur le territoire français doit être considérée comme s'exerçant sur une partie substantielle du marché commun.

Sur le deuxième élément: exploitation abusive de la position dominante

Les demandeurs au principal soutiennent qu'il existe, en l'espèce, un abus de position dominante. Ils observent, d'une part, que les pratiques abusives peuvent notamment consister, selon l'article 86, sous a), du traité CEE, à imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables et, d'autre part, que la Cour a retenu, dans l'arrêt United Brands, précité, que la pratique est abusive quand le détenteur de la position dominante a utilisé les possibilités qui en découlent pour obtenir des conditions de transaction qu'il n'aurait pu obtenir dans une situation de libre concurrence.

Or, en l'espèce, la pratique abusive consiste en la fixation unilatérale des prix et conditions de transaction par les bénéficiaires d'un système légal qui permet d'éliminer toute concurrence et donc dans des conditions étrangères à celles d'un marché concurrentiel.

Le fait que la position dominante soit utilisée pour obtenir des avantages que le jeu normal de la concurrence n'aurait pas permis résulte de la proposition, faite aux candidats à l'assurance par des entreprises privées extérieures au système légal, de contrats maladie dont le montant des primes est inférieur à celui imposé par le système légal et qui offrent des garanties supplémentaires à celles offertes par ledit système.

En outre, les demandeurs au principal considèrent que, à l'instar de la pratique condamnée par la Commission dans l'affaire GEMA (décision 71/224/CEE de la Commission, du 2 juin 1971, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CEE, JO L 134, p. 15) dans laquelle le fait de subordonner le versement de certaines prestations à la possession de la qualité de membre de la société d'auteurs sur une longue durée permettait de « retenir captif » l'adhérent, dans la présente affaire aussi, le système en cause est tel que l'adhérent a l'obligation d'y rester soumis sans aucune possibilité de choix.

Enfin, considérant le seul esprit de l'article 86, les demandeurs au principal estiment qu'il y a abus lorsque la pratique est en contradiction avec les objectifs du traité, à savoir ceux de supprimer toutes les barrières à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des services entre États membres et de faire régner une libre concurrence à l'intérieur de ce marché.

Sur le troisième élément: le commerce entre États membres est affecté

De l'avis des demandeurs au principal, la pratique litigieuse dans la présente affaire affecte le commerce entre États membres étant donné qu'elle cloisonne le marché (arrêt Hoffmann-La Roche/Commission, précité). En effet, le système légal en cause interdit l'intervention sur le marché de toute entreprise, française ou étrangère, extérieure à ce système.

Les demandeurs ajoutent qu'on ne peut considérer que c'est le système légal assurant la position dominante et non pas l'abus

reprochable aux entreprises concernées qui affecte le commerce entre États membres, puisqu'une telle distinction irait à l'encontre des objectifs de régulation du marché poursuivis par le traité. Ce qui est décisif pour que le commerce entre États membres soit affecté, c'est l'effet concret que la restriction au commerce peut avoir sur les courants d'échanges entre États membres tel que celui en l'espèce.

2. Selon les AGF, la *Camulrac* et la *Cancava*, parties défenderesses au principal, les présentes affaires s'inscrivent dans un contexte particulier. Les actions des demandeurs au principal, adhérents de la Confédération de défense des commerçants et artisans (ci-après « CDCA »), relèvent d'une politique d'opposition au paiement des cotisations sociales obligatoires entreprise par la CDCA qui refuse le principe de solidarité nationale sur lequel est basé le fonctionnement de la sécurité sociale en France.

Dans la mise en œuvre de cette politique d'opposition, la CDCA a, d'une part, incité ses adhérents à pratiquer des recours dilatoires devant les tribunaux des affaires de sécurité sociale (annexes 2, 3 et 4 aux observations) afin d'entraîner une paralysie du système de recouvrement forcé des cotisations obligatoires en comptant sur l'engorgement de ces tribunaux. D'autre part, une plainte a été déposée, le 5 décembre 1989, auprès de la Commission des communautés européennes. A défaut d'éléments de preuve suffisants, cette plainte n'a pas justifié l'ouverture d'une procédure formelle (lettre du directeur de la direction générale de la concurrence du 20 février 1990), ce qui a amené la CDCA à déposer un complément de plainte en juin 1990 (annexes 5.1, 5.2, 5.3, 5.4 aux observations). Enfin, la volonté d'opposition systématique a conduit certains des adhérents de la CDCA à des actes de

violence, visant à intimider les services chargés du recouvrement des cotisations et leurs auxiliaires de justice, afin de les contraindre à cesser toute poursuite concernant un adhérent de la CDCA.

Cette politique de la CDCA a amené les caisses des régimes de sécurité sociale concernés à engager ou à suivre des actions judiciaires à l'encontre des responsables et d'adhérents de la CDCA. Les actions que ces caisses ont engagées à l'encontre des responsables de la CDCA sont justifiées par les actes de violence susmentionnés et ont pour objet le délit constitué par les manœuvres concertées en vue d'organiser le refus par les assujettis de se conformer aux prescriptions de la législation de la sécurité sociale et notamment de s'affilier à une caisse de sécurité sociale et de payer les cotisations dues (annexes 7 et 8 aux observations). En ce qui concerne les actions engagées ou suivies à l'encontre d'adhérents de la CDCA, il s'agit, d'une part, des actions devant les tribunaux des affaires de sécurité sociale et cours d'appel dans lesquelles les caisses sont défenderesses et, d'autre part, des actions engagées devant les tribunaux de police et cours d'appel statuant en matière correctionnelle, ayant pour objet la condamnation des assurés au paiement d'une contravention pour défaut de paiement des cotisations.

En ce qui concerne, en particulier, le moyen tiré de la législation européenne et invoqué dans les oppositions faites aux contraintes reçues, comme c'est le cas en l'espèce, les défenderesses au principal observent que, dans son arrêt du 26 septembre 1991, la cour d'appel de Montpellier a confirmé le jugement selon lequel « la caisse maladie régionale du Languedoc-Roussillon ne peut être qualifiée d'entreprise au sens des articles 85 et 86 du traité, ceux-ci ne garan-

tissant la liberté de concurrence que dans le secteur économique à l'occasion d'activités commerciales », l'organisme « étant soumis par les dispositions législatives et réglementaires à un contrôle étroit de la puissance publique, laquelle délivre un agrément nécessaire et préalable à son activité... » Elles citent encore, à cet égard, comme plus particulièrement motivés, les arrêts des 30 octobre 1990 et 6 février 1991 des cours d'appel d'Aix-en-Provence et de Paris (annexes 10 et 11 aux observations).

Sur l'analyse des régimes de sécurité sociale à la lumière du droit communautaire, les défenderesses au principal soutiennent, en premier lieu, que les règles communautaires relatives à la liberté de prestation de services et à la concurrence sont inapplicables aux régimes nationaux de sécurité sociale et aux organismes qui en ont la charge et, en deuxième lieu, que cette position est confirmée par l'analyse de la position qu'occupe le droit de la sécurité sociale dans le système communautaire.

Quant à l'inapplicabilité des règles communautaires susmentionnées aux régimes nationaux de sécurité sociale, les défenderesses au principal relèvent, d'abord, que le droit de la sécurité sociale est fondé sur l'idée de redistribution et que celle-ci est censée mettre en œuvre, entre les membres d'un groupe, une certaine solidarité qui commande que ces derniers soient tenus de contribuer au financement du système indépendamment de leur vulnérabilité personnelle au risque. De par sa nature même, la sécurité sociale exclut ainsi les notions essentielles attachées au principe du marché, c'est-à-dire la liberté d'action et de choix des agents économiques, protégées par les règles communautaires relatives, notamment, à la liberté de prestation de services et à la concurrence.

Elles soutiennent, ensuite, que le fait que la sécurité sociale n'est pas soumise à la libre prestation de services et aux règles de concurrence découle de l'analyse des dispositions du traité.

Les défenderesses au principal font observer qu'il résulte des articles 60 et 66 qui renvoient notamment à l'article 58 du traité que les prestations qui ne sont pas fournies contre rémunération, comme c'est le cas des prestations de sécurité sociale, ne constituent pas des services au sens du traité et que sont exclues de la liberté d'établissement les sociétés qui ne poursuivent pas de but lucratif, comme c'est le cas des organismes gestionnaires d'un régime légal de sécurité sociale.

De même, en ne s'appliquant qu'aux entreprises, les articles 85 et 86 du traité ne sont pas applicables à des organismes chargés de la gestion d'un régime de sécurité sociale. De tels organismes ne peuvent être considérés comme des entreprises au sens des articles précités étant donné qu'ils n'ont pas d'activité économique, puisqu'une telle activité requiert des échanges sur un marché, au moins potentiel, avec un mécanisme de prix. A cet égard, les défenderesses au principal relèvent que, dans l'arrêt du 7 février 1984, Duphar (238/82, Rec. p. 523), la Cour a affirmé, à propos de l'incidence des articles 85 et 86 du traité sur les mesures prises dans le cadre de la législation néerlandaise relative à l'assurance obligatoire des soins de santé, que « les articles 85 et 86 du traité font partie des règles de concurrence applicables aux entreprises et qu'ils n'entrent pas, dès lors, en ligne de compte pour l'appréciation de la conformité avec le droit communautaire d'une législation du type de celle faisant l'objet du litige au principal ».

Enfin, si l'article 90 du traité limite les mesures susceptibles d'être prises par les États membres, cette limitation ne concerne que les mesures ayant pour destinataires des entreprises (publiques et bénéficiaires des droits spéciaux ou exclusifs). Dans son arrêt du 16 juin 1987, Commission/Italie (118/85, Rec. p. 2599), la Cour a souligné que, publique ou bénéficiaire des droits spéciaux ou exclusifs, une entreprise ne se conçoit que moyennant des « activités économiques de caractère industriel ou commercial consistant à offrir des biens et des services sur le marché ». En tout état de cause, s'il était admis que les organismes chargés de la gestion d'un régime légal de sécurité sociale constituent des entreprises au sens de l'article 90, ils devraient alors être considérés, conformément au paragraphe 2 de cet article, comme des entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général et, comme telles, ne seraient soumis aux règles de concurrence que dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie.

Quant à la position du droit de la sécurité sociale dans le système communautaire, les défenderesses au principal rappellent la déclaration commune aux États membres qui précède l'Acte unique européen des 17 et 28 février 1986 dans laquelle les États se disent « décidés à promouvoir ensemble la démocratie en se fondant sur les droits fondamentaux reconnus dans les constitutions et lois des États membres, dans la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la charte sociale européenne, notamment la liberté, l'égalité et la justice sociale ». Or, la charte sociale du 18 juin 1961, qui traduit un engagement ferme d'assurer l'exercice effectif du droit à la sécurité sociale, précise, en son article 12, trois orientations: les

parties contractantes doivent établir ou maintenir un régime de sécurité sociale; elles doivent le maintenir à un niveau satisfaisant; elles doivent s'efforcer de porter progressivement le régime de sécurité sociale à un niveau plus élevé. Il en résulte que, parmi les objectifs partagés par les États membres de la Communauté, figure leur souci de ne pas porter atteinte aux régimes de sécurité sociale et d'assurer leur développement.

Selon les défenderesses au principal, il résulte de l'article 118 du traité que les États membres ont la compétence première, sinon même exclusive dans le domaine de la sécurité sociale qu'ils peuvent essayer d'harmoniser sans que la Communauté ne se voie reconnaître de prérogatives particulières, et que l'activité de la Commission, réduite à l'organisation d'une collaboration étroite entre les États, est placée sous l'objectif d'une harmonisation ou, mieux, d'une convergence dans le progrès. L'article 51 du traité limite la mission confiée au Conseil d'arrêter dans le domaine de la sécurité sociale les mesures nécessaires pour l'établissement de la libre circulation des travailleurs, à ce qui est nécessaire pour l'établissement de cette liberté, préservant ainsi les législations nationales.

3. Le *gouvernement français* estime d'abord nécessaire de décrire le contexte juridique de l'organisation des régimes de sécurité sociale applicables aux travailleurs non salariés. Dans le cadre de la mise en œuvre de l'organisation de la sécurité sociale française en 1945, les travailleurs non salariés des professions non agricoles n'ont accepté une protection sociale obligatoire que dans le cadre d'organisations autonomes: la loi n° 48-101 du 17 janvier 1948 a institué une organisation autonome d'assurance vieillesse pour les professions artisanales et la loi

n° 66-509 du 12 juillet 1966 a institué un régime d'assurance maladie et maternité applicable à l'ensemble des travailleurs non salariés des professions non agricoles. Ces textes ont été codifiés dans le code de la sécurité sociale (livre VI, articles L 611-1 à L 616-3 pour l'assurance maladie et L 621-1 à L 637-1 pour l'assurance vieillesse).

Ces régimes sont, tous deux, des régimes obligatoires en droit français. Leur gestion a été confiée à des caisses de sécurité sociale: l'organisation autonome d'assurance vieillesse des professions artisanales comporte une caisse nationale et des caisses gestionnaires (articles L 621-2 et L 633-1), et le fonctionnement du régime d'assurance maladie et maternité des travailleurs non salariés des professions non agricoles est assuré par une caisse nationale et des caisses mutuelles régionales (article L 611-1).

Les caisses mutuelles régionales, en application de l'article L 611-3, deuxième alinéa, confient à des organismes régis par le code de la mutualité ou par le code des assurances le soin de procéder, pour leur compte, à l'encaissement des cotisations et au service des prestations.

Dans les deux régimes d'assurance susmentionnés, toutes les caisses sont des mutuelles (article L 111-1 et L 111-2 du code de la mutualité): ce sont des organismes à but non lucratif (leur objet étant d'effectuer des actions de nature sociale), leur création et leur fonctionnement étant régis par les dispositions du code de la mutualité qui détermine le cadre juridique commun et obligatoire à tous les groupements faisant appel aux cotisations de leurs membres en vue de la prévention et de la réparation des risques sociaux au profit de ces membres.

Toutefois, les caisses qui gèrent un régime obligatoire de sécurité sociale sont régies par le code de la mutualité sous réserve des dispositions propres à la gestion d'un tel régime contenues dans le code de la sécurité sociale. Elles sont, ainsi, des mutuelles à statut particulier: la gestion d'un service public administratif est confiée à des organismes de droit privé gérés par des conseils d'administration composés de représentants élus des assurés.

A cet égard, le gouvernement français rappelle que, sur le plan communautaire, la Commission reconnaît la spécificité des mutuelles. Il ressort du septième considérant du projet de règlement portant statut européen des mutuelles, associations et coopératives, actuellement soumis à l'examen des experts, que « ... les mutualités européennes sont avant tout des groupements de personnes qui obéissent à des principes de fonctionnement particuliers, différents de ceux des autres opérateurs économiques ». Or, les mutuelles françaises ont un objet — non lucratif et social — qui est particulier. En outre, le douzième considérant du projet précité prévoit que le règlement en cause ne vise pas les régimes obligatoires de base de sécurité sociale gérés dans certains États membres par des mutualités de prévoyance.

Enfin, le gouvernement français souligne que les organismes qui exécutent certaines opérations pour le compte des caisses mutuelles régionales du régime d'assurance maladie et maternité, des travailleurs non salariés non agricoles (article L 611-1) sont soit des mutuelles, soit des sociétés d'assurance, régies par le code des assurances. Ces dernières sont, certes, des entreprises, mais leur part d'activité consacrée à la gestion du régime obligatoire d'assurance maladie des non-salariés ne relève pas des règles de la concurrence établies par le traité CEE. Sur

les 181 organismes qui participent à la gestion de ce régime, 111 sont des mutuelles et 70 des sociétés d'assurances.

Afin de compléter la description du contexte juridique de l'organisation de la protection sociale en France, le gouvernement français présente un résumé du fonctionnement des deux régimes en cause (la présentation plus approfondie faisant l'objet des annexes 1 et 2 aux observations).

Ainsi, en ce qui concerne le régime d'assurance maladie et maternité des travailleurs non salariés des professions non agricoles, il convient, de l'avis du gouvernement français, de retenir qu'il est ainsi caractérisé:

- par une organisation en caisses régionales, compétentes dans des circonscriptions géographiques définies par le code de la sécurité sociale, coiffées par la caisse nationale d'assurance maladie et maternité des travailleurs non salariés (ci-après « CANAM ») qui assure notamment l'unité de financement du régime, la coordination et le contrôle des caisses mutuelles régionales (ci-après « CMR »);
- par l'exécution des opérations d'encaissement des cotisations du service des prestations par plusieurs organismes conventionnés à cet effet par les CMR, qui peuvent être soit des sociétés d'assurances, soit des organismes régis par le code de la mutualité;
- les organismes susvisés ne peuvent être conventionnés, selon le code de la sécurité sociale, que s'ils présentent certaines

garanties financières et disposent d'une organisation administrative locale, dont notamment un établissement dans la circonscription de la caisse;

— l'ensemble de ces opérations est placé sous la tutelle du ministère chargé de la sécurité sociale et du ministère chargé du budget.

— afin de satisfaire à l'obligation légale d'affiliation, les assurés sociaux ont le choix entre les organismes conventionnés dans la circonscription de leur caisse régionale de résidence et ils sont représentés au Conseil d'administration des CMR à raison des 2/3 des administrateurs élus au suffrage direct par les assurés eux-mêmes;

Quant au régime d'assurance vieillesse des professions artisanales, son organisation, plus classique, est caractérisée par:

— le financement du régime est assuré à hauteur de 87 % par les cotisations payées semestriellement par les assurés, dont l'assiette, le taux et les modalités sont fixés par décret;

— une gestion confiée à 33 caisses gestionnaires, administrées par un conseil élu par les assurés, coiffés par une caisse nationale (CANCAVA), administrée dans les mêmes conditions, assurant la coordination, le contrôle et la trésorerie des caisses de base;

— les cotisations des assurés sont versées sur un compte de passage de l'organisme conventionné à la Banque de France et virées mensuellement de ce compte sur le compte unique de disponibilité ouvert par la CANAM à la Caisse des dépôts et consignations, afin d'alimenter le Fonds national du régime en cause, qui doit, aux termes de l'article L 613-1 du code de la sécurité sociale, être équilibré en recettes et en dépenses;

— la coexistence au sein de ce régime de trois assurances obligatoires par répartition: deux assurances vieillesse, l'une « de base », instituée par la loi, et l'autre complémentaire, instituée par décret, ainsi qu'une assurance invalidité décès, également instituée par décret;

— les CMR opèrent des retraits sur le compte de disponibilités courantes de la CANAM pour alimenter leurs comptes externes de disponibilités et, ensuite, ceux des organismes conventionnés, sur production d'un état prévisionnel des dépenses, afin de les mettre à même d'assurer le service des prestations aux affiliés;

— le fait que, bien que les cotisations de ces trois assurances soient fixées en pourcentage des revenus non salariés imposables de l'avant-dernière année et recouvrées dans les mêmes conditions par les caisses de base elles-mêmes, les trois assurances font l'objet d'une gestion distincte, sans compensation possible;

— l'existence sur l'ensemble de cette gestion d'un contrôle du ministre chargé de la sécurité sociale et du ministre chargé du budget ainsi que notamment de l'Inspection générale des finances et de l'Inspection générale de la sécurité sociale.

En ce qui concerne l'analyse des questions posées à la Cour, le gouvernement français présente des observations tendant à démontrer: 1) qu'il s'agit d'un litige purement interne au droit français, 2) lequel, en tout état de cause, ne saurait relever des règles de concurrence eu égard au domaine de réglementation concerné et, 3) que la législation applicable aux régimes en cause n'enfreint pas l'obligation de non-discrimination.

Sur le *premier point*, le gouvernement français expose que l'organisation de la protection sociale relève, en France, du domaine de la loi (article 34 de la Constitution) et que l'article L 111-1 du code de la sécurité sociale définit les principes (solidarité, affiliation à un régime obligatoire) et les buts (notamment, garantir les travailleurs et leur famille contre les risques susceptibles de réduire ou de supprimer leur capacité de gain) de cette organisation. C'est encore la loi qui confie la gestion d'une partie du service public de la sécurité sociale aux caisses des régimes en cause, ainsi qu'aux organismes conventionnés avec ces caisses, auxquels certaines prérogatives de puissance publique ont été conférées afin de leur permettre d'assurer l'exécution de leur mission et, notamment, le recouvrement des cotisations dues en application de la loi. En outre, la gestion des régimes en cause par les caisses s'exerce sous le contrôle de l'État et d'un juge spécifique.

Les litiges relatifs à ces régimes relèvent d'un contentieux spécifique: le contentieux général de la sécurité sociale (article L 142-1). Des voies de recours internes sont ouvertes aux affiliés, notamment en ce qui concerne la possibilité de remettre en cause l'obligation légale de cotisation ou bien encore les modalités de celle-ci fixées par la loi.

Le gouvernement français estime que de tels litiges, comme ceux à l'occasion desquels le tribunal des affaires de sécurité sociale de l'Hérault a saisi la Cour, ne sauraient cependant relever du droit communautaire car ils concernent des situations purement internes au droit français.

Ainsi, d'une part, ces litiges opposent des caisses relevant du système français de sécurité sociale à des requérants français, lesquels, en l'absence de tout élément relatif à l'exercice éventuel de leur liberté de circulation à l'intérieur de la Communauté, ne peuvent être considérés comme des travailleurs migrants au sens du droit communautaire. Le gouvernement français cite, à cet égard, la jurisprudence constante de la Cour en ce domaine (arrêts du 28 mars 1979, Saunders, 175/78, Rec. p. 1129, attendu 11; du 27 octobre 1982, Morson et Jhanjan, 35/82 et 36/82, Rec. p. 3723, points 15 à 17; du 8 décembre 1987, Gauchard, 20/87, Rec. p. 4879, point 12), selon laquelle l'absence de tout élément sortant d'un cadre purement national dans une espèce déterminée a ainsi pour effet, en matière de liberté d'établissement tout comme dans les autres secteurs, que les dispositions du droit communautaire ne sont pas applicables à une telle situation. Il mentionne, en particulier, l'arrêt du 28 juin 1984, Moser (180/83, Rec. p. 2539), dans lequel la Cour a considéré qu'un ressortissant d'un État membre qui n'a jamais résidé ou travaillé dans un autre État membre ne peut pas invoquer les dispositions du traité CEE relatives à la libre circulation « pour s'opposer à l'application, à son égard, de la législation de son propre pays ».

D'autre part, le gouvernement français rappelle que la sécurité sociale fait l'objet de dispositions spécifiques dans le cadre de la libre circulation garantie par le traité CEE

et que l'article 51 institue une coordination entre les différentes législations nationales, coordination dont les modalités, prévues par le règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (JO L 149, p. 2), ont été étendues aux travailleurs non salariés par le règlement (CEE) n° 1390/81 du Conseil, du 12 mai 1981, étendant aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille le règlement (CEE) n° 1408/71 (JO L 143, p. 1).

Enfin, le gouvernement français souligne que, ainsi qu'il résulte de la jurisprudence constante de la Cour, la coordination communautaire des législations nationales de sécurité sociale ne porte pas atteinte à la liberté d'organisation des États membres en ce domaine, et que la finalité assignée au règlement n° 1408/71 n'était nullement de modifier ou d'harmoniser ces législations nationales (arrêts du 6 mars 1979, Rossi, 100/78, Rec. p. 831; du 12 juillet 1979, Brunori, 266/78, Rec. p. 2705; du 12 juin 1980, Laterza, 733/79, Rec. p. 1915; du 9 juillet 1980, Gravina, 807/79, Rec. p. 2205; du 15 janvier 1986, Pinna I, 41/84, Rec. p. 1, point 20; du 27 septembre 1988, Lenoir, 313/86, p. 5391, point 13). La notion même de coordination ne saurait donc exclure des différences de traitement d'un État à l'autre résultant de disparités entre les différentes législations nationales.

Dans ces conditions, l'obligation légale d'affiliation ne peut être satisfaite indifféremment sur l'ensemble du territoire de la Communauté en mettant en concurrence les différentes législations de sécurité sociale, les régimes légaux et les régimes privés reposant sur des contrats d'assurance individuels, comme le soutiennent les demanderesse au principal.

Sur le *deuxième point* — l'applicabilité des règles de concurrence —, le gouvernement français fait valoir que, quel que soit l'organisme gestionnaire des régimes en cause, l'activité de gestion de ces régimes, concourant à la gestion du service public de la sécurité sociale qui, eu égard au domaine en cause, ne présente aucun but lucratif et est fondé sur le principe de la solidarité, ne peut relever, par nature, des règles prévues par les articles 85 et 86 du traité CEE. En outre, le gouvernement français rappelle que, dans son arrêt Duphar, précité, la Cour a considéré que :

« Les articles 85 et 86 du traité n'entrent pas en ligne de compte pour l'appréciation de la conformité avec le droit communautaire d'une législation (instituant des) dispositions dans le cadre d'un système national d'assurance obligatoire des soins de santé... »

De même, les caisses auxquelles la loi confie la gestion des régimes en cause, qui sont des organismes sans but lucratif agissant pour le compte de la collectivité publique, soumis à certaines contraintes législatives et disposant de certaines prérogatives de puissance publique, ne peuvent en aucun cas être qualifiées d'entreprise au sens des dispositions précitées. C'est la nature économique de l'activité de l'organisme en cause (participation dans son intérêt personnel, soit à la production, soit à la circulation des marchandises ou bien encore la fourniture de services se rattachant aux échanges économiques) qui détermine sa qualification comme entreprise conformément au droit communautaire de la concurrence.

Selon le gouvernement français, le fait que les caisses puissent mandater des sociétés de droit privé, telles que des sociétés d'assu-

rance, pour effectuer des actes d'exécution dans le cadre de la gestion régionale des régimes en cause et que ces sociétés soient incontestablement des entreprises au sens des articles 85 et 86 du traité CEE ne saurait toutefois impliquer que ces sociétés soient qualifiées d'entreprises dans le cadre des activités d'exécution d'une mission de service public conduites sur la base d'une convention conclue avec les caisses de sécurité sociale.

A cet égard, le gouvernement français affirme que la part d'activité qui est exercée pour le compte des caisses et dans le cadre de cette convention n'est pas une activité à but lucratif. Il rappelle, en outre, que l'organisme conventionné doit verser à la caisse nationale le montant de la totalité des cotisations et majorations de retard encaissées (article D 612-48), que le compte ouvert par lui (R 613-20 et D 613-49) pour lui permettre de servir les prestations est alimenté à la diligence de l'agent comptable de la caisse mutuelle régionale compétente et que la remise de gestion qu'il reçoit chaque année (R 613-19) n'est qu'une contrepartie des dépenses de gestion exposées par lui pour exécuter la convention passée avec la caisse. Selon les dispositions des articles D 613-48, D 613-49 et 27 de la convention type entre caisse et organisme, il existe une séparation, financière et comptable, entre les opérations exécutées pour le compte de la caisse et les autres opérations des organismes conventionnés tels que les sociétés d'assurance.

Par ailleurs, ces sociétés ne sauraient être qualifiées d'entreprises en position dominante du fait de l'agrément dont elles ont bénéficié et de la conclusion de la convention, l'affilié restant libre de choisir entre plusieurs organismes conventionnés dans le ressort territorial de sa caisse de résidence.

Enfin, le gouvernement français souligne que les régimes en cause obéissent au principe de la solidarité (article L 111-1 du code de la sécurité sociale) sur lequel repose toute l'organisation française de la sécurité sociale et qui implique que les régimes soient obligatoires.

Ce principe s'applique tant à l'intérieur de chacun des régimes en cause qu'entre eux et avec l'ensemble des régimes de sécurité sociale.

Le gouvernement français fait observer que, en ce qui concerne le régime d'assurance maladie des travailleurs non salariés, ni les caisses ni les organismes conventionnés ne peuvent opérer une sélection parmi les personnes qui relèvent du champ d'application de ce régime, ni les exclure. Ce régime est financé par des cotisations proportionnelles aux revenus de l'activité professionnelle ou aux pensions de retraite, seuls étant exclus du paiement de ces cotisations les titulaires d'une pension d'invalidité ainsi que les retraités dont les ressources sont les plus modestes. Les personnes qui cessent de remplir les conditions pour relever de ce régime conservent leurs droits aux prestations maladie et maternité pendant un an, à titre gratuit.

En ce qui concerne le régime d'assurance vieillesse des professions artisanales, ce régime obéit au principe de la répartition, en vertu duquel il existe une double solidarité: une solidarité immédiate entre actifs et retraités (les cotisations versées par les actifs sont immédiatement utilisées pour financer les pensions des retraités) et une solidarité dans le temps entre générations successives (les actifs d'aujourd'hui attendent des futurs actifs qu'ils financent leur propre retraite).

La solidarité au sein de ce régime se traduit, en outre, par l'octroi de droits à pension sans contrepartie de cotisations et de droits à pension non proportionnels aux cotisations versées.

Pour ce qui est de la solidarité entre les régimes obligatoires de sécurité sociale, il s'agit d'une solidarité au bénéfice des régimes dont le nombre des cotisations diminue structurellement, utilisant la technique de la compensation financière (les régimes excédentaires participent au financement des régimes qui ont des difficultés financières structurelles pour des raisons de déséquilibre démographique). Cette solidarité financière se manifeste également par l'imposition aux personnes exerçant simultanément plusieurs activités, dont l'une non salariée non agricole, d'être affiliées et de cotiser simultanément aux différents régimes dont relèvent ces activités alors que leur droit à prestations n'est ouvert que dans le régime dont relève leur activité principale (article L 615-4; pour les pensions, L 131-1).

En dernier lieu, le gouvernement français remarque que les requérants revendiquent également l'extension des règles du droit communautaire relatives aux assurances au domaine de la sécurité sociale. A cet égard, il rappelle que:

— la première directive 73/239/CEE du Conseil, du 24 juillet 1973, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, et son exercice (JO L 228, p. 3), exclut explicitement de son champ d'application « les assurances comprises dans un

régime légal de sécurité sociale » [article 2, paragraphe 1, sous d)], de même que la directive 79/267/CEE du Conseil, du 5 mars 1979, relative à l'assurance vie (JO L 63, p. 1, article 2, paragraphe 4);

— la deuxième directive 88/357/CEE du Conseil, du 22 juin 1988, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de services et modifiant la directive 73/239/CEE (JO L 172, p. 1), précise en son article 12, paragraphe 2, qu'elle n'est pas applicable aux opérations, entreprises et organismes auxquels la première directive ne s'applique pas;

— la proposition de troisième directive, présentée par la Commission au Conseil le 27 juillet 1990, évoque quant à elle expressément les cas des États membres qui « permettent, sous certaines conditions, à leurs ressortissants de souscrire des contrats d'assurance maladie auprès d'assureurs privés, en lieu et place de la couverture accordée par un régime légal de sécurité sociale » (point 20 bis des considérants et article 43 bis). On peut déduire du fait que cette possibilité soit prévue pour certains États membres qu'il faut distinguer entre, d'une part, le régime légal dont la coordination entre les législations nationales relève du règlement n° 1408/71, et, d'autre part, dans certains États membres qui l'autorisent, un régime privé contractuel, pouvant remplacer le premier, et soumis alors, en outre, dans le cadre d'une future « troisième directive », à des règles de coordination des dispositions nationales en matière d'assurance.

Sur le *troisième point* — que la législation applicable aux régimes en cause n'enfreint pas l'obligation de non-discrimination entre nationaux et ressortissants des autres États membres —, le gouvernement français affirme que lesdits régimes sont applicables à tous les artisans, quelle que soit leur nationalité, y compris s'ils sont ressortissants d'États tiers, et qu'ils ne sont donc pas discriminatoires.

De même, la législation française de sécurité sociale relative au régime maladie des non-salariés ne fait pas obstacle à l'habilitation (articles L 611-3 et R 611-24) et au conventionnement (articles R 611-28 et R 611-29) d'une société d'assurance dont le siège social serait hors de France et ne constitue donc pas une discrimination directe à l'égard d'une telle société dès lors que les conditions prévues par la réglementation nationale en cause sont respectés.

Les conditions d'habilitation prévues, à savoir: 1) que la société soit régie par le code des assurances, 2) que la société présente des garanties de son aptitude à remplir d'une manière économique et efficace les obligations qui lui incomberaient dans sa participation à la gestion du régime, et 3) que la société dispose, dans la circonscription de la caisse mutuelle régionale auprès de laquelle le conventionnement est demandé, d'une organisation administrative lui permettant d'effectuer les opérations pour lesquelles elle sollicite l'habilitation, ne constituent pas non plus des discriminations indirectes liées à la nationalité de la société ou au regard du principe du libre établissement.

Quant à la troisième condition, le gouvernement français observe qu'elle est liée à la

décentralisation du contrôle prévu par la législation française sur les organismes conventionnés et que les diverses activités des organismes agréés démontrent que leur implantation régionale est indispensable à l'accomplissement de leur mission.

4. Le *gouvernement allemand* observe, au sujet de la première question posée par le tribunal des affaires de sécurité sociale de l'Hérault, qu'il convient d'analyser, à titre préliminaire, dans quelle mesure le droit communautaire est applicable aux régimes nationaux de sécurité sociale.

A cet égard, il relève d'abord que, conformément à la répartition des compétences découlant des articles 117 et suivants du traité CEE, les États membres ont conservé leur compétence en ce qui concerne les questions relatives à la structure et à l'organisation du droit des assurances sociales, soulevées en l'espèce. En effet, dans le domaine de la politique sociale, la Communauté ne s'est vu attribuer des compétences que par: 1) l'article 51 du traité CEE instituant un système de coordination visant à assurer les droits et prestations en matière de sécurité sociale, 2) l'article 118 A du traité CEE destiné à promouvoir la protection technique et sociale des travailleurs, et 3) dans le cadre du Fonds social européen, par les articles 123 et suivants du traité CEE, ainsi que des compétences subsidiaires au titre des articles 100 et 235 du traité CEE.

Le gouvernement allemand rappelle, ensuite, que cette limitation de la compétence communautaire dans le domaine de la politique sociale a été confirmée par la jurisprudence de la Cour (arrêt du 15 juin 1978, Defrenne III, 149/77, Rec. p. 1365, 1377,

points 19 et suivants) selon laquelle les articles 117 et 118 ont un caractère essentiellement programmatique. Le fait que des objectifs, principes et règles empruntés à d'autres domaines soient appliqués directement ou indirectement à des domaines du droit social ne saurait élargir la compétence communautaire. Cela est démontré par les règlements n° 1408/71, précité, et n° 574/72 du Conseil, du 21 mars 1972, fixant les modalités d'application du règlement (CEE) n° 1408/71 (JO L 74, p. 1), adoptés en vertu de l'article 51 du traité CEE, qui n'ont pour objectif que la coordination des différents systèmes de sécurité sociale (arrêt Pinna I, point 26). Le système de coordination communautaire est un ensemble de règles de conflits de lois fondé sur la compétence nationale pour les questions relatives au contenu et à l'organisation du droit des assurances sociales. Dans le cadre de ce système, les organismes et administrations des États membres chargés de l'application du droit des assurances sociales sont d'ailleurs qualifiés d'institution ou d'institution compétente [article 1^{er}, sous n) et o), du règlement n° 1408/71] et non pas d'entreprise au sens des règles de concurrence du traité CEE.

A l'appui de son point de vue, le gouvernement allemand relève encore certaines spécificités du droit allemand des assurances sociales. Il affirme que la détermination des prestations de sécurité sociale et des institutions débitrices des prestations dans le cadre de leurs compétences est réglée par la loi (articles 12, 18 et suivants du Sozialgesetzbuch — SGB-I — Code de la sécurité sociale) et que les rapports entre ces institutions et les bénéficiaires des prestations sont réglés par le droit public. Les institutions précitées remplissent des missions définies par la loi, partiellement financées par les cotisations des assurés dans les domaines des assurances sociales (maladie, vieillesse,

chômage et accident) et ne fournissent pas des prestations dans un cadre concurrentiel ni n'ont un but lucratif.

En outre, les différentes assurances sociales comportent une affiliation obligatoire. L'assuré et, dans une large mesure, l'institution n'ont pas d'influence sur l'existence de l'obligation de s'assurer, ni sur la nature, le volume et la continuité des prestations. Tel est le cas, en particulier, des régimes non contributifs (allocations de logement et de la promotion de la formation professionnelle, articles 18 et 26 SGB-I) dans lesquels c'est l'État qui fournit les prestations, en l'absence de tout concurrent, au titre de ses obligations en matière sociale découlant de la loi fondamentale.

Selon le gouvernement allemand, les institutions débitrices de prestations sociales, instaurées par la loi, et les organismes privés ne peuvent être mis sur un pied d'égalité, étant donné que leurs conditions concernant notamment les personnes assurées, la liberté de s'assurer, l'étendue de la prestation, le montant de la prime ne sont pas les mêmes. L'assurance privée en matière d'accident, de maladie et de vieillesse ne peut avoir lieu que s'il s'agit de domaines et de personnes pour lesquels les régimes légaux ne prévoient rien ou pour lesquels une offre parallèle est autorisée.

Le gouvernement allemand conclut que les règles de concurrence du traité CEE ne s'appliquent pas aux litiges en cause. Ce n'est donc qu'à titre subsidiaire qu'il analyse la question de savoir si les organismes chargés de la gestion d'un régime spécial de sécurité sociale sont des entreprises au sens des articles 85 et 86 ou de l'article 90 du traité CEE.

A cet égard, il rappelle la notion d'entreprise résultant de la jurisprudence de la Cour (arrêt du 13 juillet 1962, Klöckner-Werke et Hoesch/Haute Autorité, 17/61 et 20/61, Rec. p. 615, 646, et arrêt du 13 juillet 1962, Mannesmann/Haute Autorité, 19/61, Rec. p. 675, 705), selon laquelle l'entreprise est constituée par une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels, rattachée à un sujet juridiquement autonome, et poursuivant d'une façon durable un but économique déterminé. De l'avis du gouvernement allemand, cette notion s'applique au droit de la concurrence puisque les articles 85 et suivants du traité CEE présupposent que les destinataires puissent être titulaires de droits et d'obligations et qu'ils participent à la vie économique.

Ces considérations doivent également être applicables à la notion d'entreprise au sens de l'article 90 du traité CEE. A cet égard, le gouvernement allemand relève la définition de l'entreprise donnée par la Cour notamment dans son arrêt du 23 avril 1991, Höfner et Elser (C-41/90, Rec. p. I-1979, point 21), selon laquelle « ... dans le contexte du droit de la concurrence ... la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement... » Il estime que cette définition est conforme à la notion d'entreprise précitée, les expressions « activité économique » et « poursuite d'un but économique » désignant la même chose.

Le gouvernement allemand propose donc de répondre à la première question préjudicielle de la manière suivante:

« Un organisme chargé par la loi de la gestion d'un régime spécial de sécurité sociale ne constitue pas une entreprise au sens des articles 85 et 86 ou de l'article 90 du traité CEE, dans la mesure où la réglementation de la structure et de l'organisation du droit des assurances sociales demeure de la compétence exclusive des États membres et ne tombe pas dans le champ d'application matériel du traité CEE. Par ailleurs, compte tenu de l'absence d'un but lucratif, ces organismes d'assurance sociale ne sauraient être considérés comme étant des entreprises au sens du droit de la concurrence. »

Quant à la deuxième question posée par le tribunal des affaires de sécurité sociale de l'Hérault, le gouvernement allemand ne prend position qu'à titre subsidiaire. Il estime que, si l'on considère que les caisses en cause occupent une position dominante sur le marché, une telle position n'est pas prohibée en soi, mais seulement lorsqu'elle est exploitée de façon abusive. La Cour a précisé dans son arrêt Höfner et Elser, précité, point 29, que le simple fait de créer une position dominante par l'octroi d'un droit exclusif au sens de l'article 90, paragraphe 1, n'est pas, en tant que tel, incompatible avec l'article 86 du traité, et elle a réitéré ce point de vue dans son arrêt du 18 juin 1991, ERT (C-260/89, Rec. p. I-2925, point 32), concernant un monopole grec de radiodiffusion et de télévision.

Dans l'hypothèse d'une exploitation abusive d'une position dominante, le gouvernement allemand considère qu'il faut tenir compte de l'article 90, paragraphe 2, du traité CEE selon lequel les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt général ne sont soumises aux règles de concurrence que dans la mesure où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en

droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Or, en l'espèce, la suppression du monopole d'assurance et l'admission d'une concurrence illimitée entraîneraient l'impossibilité pour les organismes en cause d'assurer leur mission d'intérêt public.

Le gouvernement allemand propose donc de répondre à la deuxième question préjudicielle comme suit:

« La position dominante que la législation d'un État membre réserve à un organisme chargé de la gestion d'un régime spécial de sécurité sociale ne viole pas l'article 86 du traité CEE. Il n'y aurait violation que si l'entreprise en question abusait de la position dominante qui lui est conférée sur le marché. »

5. La *Commission* rappelle la définition de l'entreprise, telle qu'elle a été précisée par la Cour dans son arrêt *Höfner et Elser*, précité, selon laquelle « la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement » et souligne qu'il en résulte, d'une part, que la forme juridique de l'entité considérée est sans effet sur sa qualification au regard des articles 85 et 86 du traité CEE, et d'autre part, que le critère déterminant est celui du caractère économique ou non économique de l'activité exercée.

En ce qui concerne l'indifférence du statut juridique de l'entité, la *Commission* affirme que l'entreprise peut être aussi bien une personne physique qu'une personne morale et, dans ce dernier cas, elle peut avoir la

forme de société commerciale ou de groupement d'intérêt économique, mais aussi de société civile ou coopérative, d'association et de syndicat patronal.

Le caractère public ou privé de l'entité est sans influence sur sa qualification comme entreprise, ainsi qu'il résulte de l'article 90, paragraphe 1, du traité CEE. En permettant d'écarter l'application des règles de concurrence, l'article 90, paragraphe 2, n'enlève pas aux entités chargées d'un service économique d'intérêt général leur qualité d'entreprise au sens des articles 85 et 86 du traité CEE. Ainsi, dans l'arrêt *Höfner et Elser*, précité, la Cour a considéré qu'un office public auquel est attribué par la loi un monopole du classement des cadres et dirigeants constitue une entreprise publique au sens des articles 86 et 90 du traité CEE.

Aussi, dans l'arrêt *Commission/Italie*, précité, points 6 et 7, la Cour, appelée à se prononcer sur la notion d'entreprise au sens de la directive 80/723/CEE de la Commission, du 25 juin 1980, relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques (JO L 195, p. 35), a jugé que la distinction entre le rôle de l'État en tant que pouvoir public et en tant que propriétaire d'une entreprise « procède de la reconnaissance du fait que l'État peut agir soit en exerçant l'autorité publique, soit en exerçant des activités économiques de caractère industriel et commercial consistant à offrir des biens et des services sur le marché. Afin de pouvoir opérer une telle distinction, il est donc nécessaire, dans chaque cas, d'examiner les activités exercées par l'État, et de déterminer à quelle catégorie ces activités appartiennent ». Selon la Commission, cette distinction est pertinente au regard des articles 85 et 86 du traité CEE.

C'est donc le caractère économique, ou non économique, de l'activité exercée par les organismes en question qui permettra de déterminer s'ils peuvent être qualifiés d'entreprises et non pas le fait qu'il s'agit d'organismes publics, créés par la loi et régis par des dispositions légales et ministérielles.

A cet égard, la Commission relève, d'abord, les caractéristiques que présente l'activité desdits organismes: absence de but lucratif, but social et application du principe de solidarité.

Les caisses, dont le rôle se limite à gérer les régimes d'assurance sociale selon les règles définies par l'autorité publique, n'ont pas de but lucratif. Leur activité ne tend pas à réaliser des profits mais consiste à percevoir des cotisations et à verser des prestations dont les montants sont fixés par l'autorité publique de manière à assurer que les premières permettront d'acquitter les secondes.

Les organismes d'assurance sociale poursuivent, au contraire, un but social, en appliquant le principe de généralité qui consiste à permettre à tout membre d'un corps social de bénéficier d'une couverture sociale et qui implique la prise en charge en particulier des personnes définies par les assurances classiques comme étant à fort risque et qui sont aussi généralement exclues ou font l'objet de demandes de surprimes.

Le principe de solidarité réside dans l'absence de lien entre les cotisations et les prestations offertes et l'existence d'un lien entre les revenus et les cotisations, caractérisant ainsi les assurances sociales par rapport aux assurances proposant des contrats de droit privé.

S'agissant du système d'assurance maladie, la Commission fait observer que la fixation du montant des cotisations n'a aucun rapport avec l'état de santé ou l'âge de l'intéressé, mais est proportionnel au revenu, alors que, si l'on considère les prestations, chaque assuré se trouve dans une situation d'égalité bénéficiant d'une prise en charge de ses frais uniquement en fonction de la réalisation du risque maladie.

S'agissant du système d'assurance vieillesse, d'une part, le lien entre le montant de la prestation versée et celui des revenus que le bénéficiaire a perçus au cours de ses années d'activité professionnelle (les dix meilleures années) est fortement atténué par l'instauration du plafond qui écarte la prise en compte des revenus au-delà d'une certaine limite. D'autre part, le système de la répartition, par opposition au système de capitalisation pratiqué par les assurances du secteur concurrentiel, consiste à répartir, à un moment donné, les cotisations versées par les travailleurs en activité entre les bénéficiaires des pensions, créant ainsi une solidarité entre les générations.

Dans les relations entre les différents régimes, la solidarité s'exprime par le fait que l'autorité publique organise une compensation obligatoire entre les régimes excédentaires et les régimes déficitaires de même qu'une compensation démographique est effectuée entre les régimes en progression démographique et ceux qui sont en déclin à cet égard.

La Commission analyse, ensuite, quelle est l'incidence des caractéristiques décrites de l'activité des organismes en cause sur la notion d'entreprise.

Elle relève, à cet égard, que le but social et le but de solidarité fixés aux régimes d'assurance sociale ne peuvent être atteints que par le biais de la règle de l'affiliation obligatoire à un régime relevant lui-même d'un système centralisé permettant d'assurer toutes péréquations jugées nécessaires. Si les personnes qui ne trouvent pas leur intérêt à s'affilier à ces régimes n'étaient plus dans l'obligation de le faire, ces régimes se trouveraient structurellement dans l'incapacité financière absolue de verser des prestations d'un niveau acceptable aux personnes ayant de faibles capacités contributives et cesseraient d'exister en tant que tels. Selon la Commission, si l'absence de but lucratif ne constitue qu'un indice pour écarter le caractère économique d'une activité, les caractéristiques décrites amènent à considérer que l'activité des organismes en question est dépourvue de caractère économique, ces organismes remplissant une mission sociale d'intérêt public.

La Commission cite, à cet égard, d'une part, l'arrêt du 18 juin 1975, Igav (94/74, Rec. p. 699), dans lequel la Cour a jugé que ne relèvent pas des articles 85 et 86 du traité CEE « les activités d'un organisme public, même autonome, si tant est que ses interventions ont lieu dans l'intérêt public et sont dépourvues de caractère commercial ». D'autre part, la Commission relève que, dans l'arrêt Höfner et Elser, précité, la Cour a précisé (point 22) que « la circonstance que les activités de placement sont normalement confiées à des offices publics ne saurait affecter la nature économique de ces

activités. Les activités de placement n'ont pas toujours été et ne sont pas nécessairement exercées par des entités publiques ». Or, de l'avis de la Commission, il résulte des considérations précédentes que l'activité des caisses en question ne pourrait, en aucun cas, être exercée par des sociétés d'assurance privées.

La Commission estime donc que les organismes en cause n'exercent pas d'activité économique et ne constituent pas, par conséquent, des entreprises au sens des articles 85 et 86 du traité CEE.

La Commission propose de répondre aux questions posées par le juge national de la manière suivante:

« Un organisme, comme la Camulrac ou la Cancava, chargé de la gestion d'un régime de sécurité sociale, auquel le législateur a rendu l'affiliation obligatoire et auquel il a confié une mission sociale de solidarité qui a pour conséquence que cette activité est nécessairement exercée par une entité publique ou pour le compte de celle-ci, ne constitue pas une entreprise au sens des articles 85 et 86 du traité CEE. »

J. C. Moitinho de Almeida
Juge rapporteur