

## Journée d'étude organisée par le Conseil de la concurrence

« Concurrence et marché pertinent des assurances »

Hôtel l'Aurassi, Alger, le 20 mars 2019.

Communication de Maître Rafik RABIA sur le thème :

« **Neutralité concurrentielle et marché des assurances** »

Cher Président,

Mesdames, Messieurs,

Mes chers collègues,

J'avoue que remplacer un Professeur de la trempe de Frédéric JENNY, à la dernière minute, n'est pas chose aisée. Je tâcherai toutefois d'être à la hauteur de vos attentes en abordant le sujet d'une manière brève et précise<sup>1</sup>.

Concurrence et assurance, deux domaines complexes devant cohabiter, se chevaucher, se débattre et s'imprégner de leurs principes respectifs. Il est, certes, impératif que tous les secteurs se conforment aux règles de concurrence. Encore faut-il que leur fonctionnement permette une application systématique des règles du jeu concurrentiel.

Une règle de droit est censée régir une réalité économique et non la transformer. Imposer une règle étrangère à une réalité économique fera disparaître la nature réelle de ce fait en glissant vers un conformisme économique. Il faut ainsi qu'une règle de droit, aussi flexible et malléable que la concurrence, puisse s'adapter à la réalité des faits économiques qu'elle régite. Cependant, s'adapter n'est pas discriminer, préférer, ou avantager une entreprise au détriment du marché. Je dis bien marché et non concurrent puisque les règles de concurrence n'ont pas vocation à protéger les concurrents, mais plutôt un bon fonctionnement du marché.

Le principe directeur d'un marché concurrentiel est celui de la non-discrimination. Cela peut paraître évident en ce que le droit de la concurrence implique une liberté de marché. Cependant, dans la pratique, il n'est pas rare de constater certaines distorsions, justifiées ou non, venir fausser le jeu concurrentiel. Ces distorsions peuvent paraître *ex ante*, c'est-à-dire celles relatives aux conditions d'accès au marché, ou *ex post*, par une application tempérée des règles de concurrence.

---

<sup>1</sup> IMPORTANT : Certains points de la présente intervention sont inspirés, et parfois tirés, de la communication du Professeur F. JENNY transmise au Conseil de la concurrence.

Ce droit a commencé par l'idée de mettre tous les opérateurs économiques sur un même niveau. Tout opérateur économique a le droit à une liberté de toutes ses actions à condition de ne pas entraver les règles de concurrence. Autrement dit, la liberté dont dispose un opérateur économique n'est nullement absolue. Cet impératif de respecter et de faire respecter cette liberté économique passe par la mise en place, *ex ante* d'un environnement sain permettant un jeu concurrentiel équitable y compris l'accès aux marchés publics. (A).

Sur l'application *ex post* des règles de concurrence au secteur des assurances, certaines interrogations peuvent être légitimes. Le marché des assurances est-il assez particulier pour imposer une adaptation des règles de concurrence ? Dans l'affirmatif, les éventuelles exceptions doivent-elle s'appliquer à toutes les entreprises ? Doivent-elles inclure toute pratique restrictive (acte anticoncurrentiel) ? L'assurance est un secteur appelant, certes, une appréciation particulière des situations à risque concurrentiel. Il reste toutefois, à l'instar de toute activité économique, soumis aux règles de concurrence (B).

### **A : Principe de non-discrimination : réalité ou utopie ?**

L'égalité de traitement est un principe voulant que toutes les entreprises, publiques ou privées, nationales ou étrangères, soient soumises aux mêmes règles. Cette égalité commence par un retrait de l'Etat du marché de sorte qu'aucun avantage concurrentiel injustifié ne puisse déséquilibrer le marché.

Dans un marché concurrentiel, seule la performance d'une entreprise peut faire surgir une différence entre opérateurs économiques. Cela est valable aussi bien pour l'entreprise privée que l'entreprise publique. Rien ne doit interférer entre l'opérateur et les conditions du marché. Les entreprises publiques sont également soumises aux règles de concurrence au même titre que les entreprises privées (1). Cependant, cette règle n'est pas absolue. Il se peut que certaines situations permettent à certaines entreprises de sortir du champ d'application des règles de concurrence et de s'autoriser certains écarts. En outre des avantages ou des prédispositions dont pourraient bénéficier certains acteurs peuvent freiner l'expansion des entreprises et fausser les règles du jeu concurrentiel (2).

### **1 : La difficile équation de l'égalité de traitement sur le marché algérien.**

Je tiens tout d'abord à préciser un point qui me semble très important pour la compréhension de ce qui va suivre. Le Conseil de la concurrence ne dispose d'aucune compétence pour surveiller les marchés publics. Il ne peut intervenir que dans le cas où un marché est octroyé à la suite d'un acte anticoncurrentiel (entente entre soumissionnaire). Les éventuelles ententes entre le client et le soumissionnaire n'entrent aucunement dans le cadre des règles de concurrence telles que prévues dans l'ordonnance 03-03. Ces dernières régissent les ententes entre deux opérateurs exerçant une activité économique. Le Conseil de la concurrence peut, en revanche, intervenir sur toute rupture d'égalité dans le fonctionnement

du marché *ex post*. Toutes les entreprises, publiques, privées, nationales ou étrangères doivent se soumettre aux règles de concurrence.

Il faut ainsi faire la différence entre l'intervention *ex ante* dans la construction du marché, qui peut passer par voie législative et dont le Conseil ne dispose d'aucun pouvoir, quoi qu'il existe bien une obligation **non respectée par le législateur** de consultation du Conseil en la matière, et l'intervention du Conseil, dans son contrôle en matière de respect des règles de concurrence qui ne fait la différence entre aucune structure juridique.

Une égalité de traitement, dès les prémisses, doit pouvoir permettre aux entreprises l'exercice de leur liberté d'entreprendre et se placer sur l'échiquier économique par le seul biais de la performance. Cependant, il arrive que cette égalité soit rompue pour diverses raisons. L'idéal concurrentiel qui doit régir le fonctionnement d'une économie de marché doit commencer par une neutralité des règles de concurrence et ne doit être rompu que dans certains cas légitimes.

Si le contrôle des pratiques anticoncurrentielles est bien prévu par l'ordonnance 03-03, modifiée et complétée, il en est autrement des aides d'Etat. Il arrive que l'Etat apporte une aide à une entreprise publique ou privée (généralement publique) constituant un avantage concurrentiel en la mettant dans une situation plus favorable que ses concurrents. Les interventions publiques se font par le biais d'aides d'Etat qui peuvent prendre la forme de subvention, de mise à disposition de foncier industriel, d'exonérations fiscales, de facilité de financement etc... au profit d'un opérateur. Nonobstant l'existence d'une règle constitutionnelle garantissant l'égalité de traitement, le Conseil de la concurrence ne dispose d'aucun pouvoir sur les avantages attribués par l'Etat à certains opérateurs économiques.

Sur l'accès des opérateurs à la commande publique, l'article 43 de la constitution consacre le principe de l'égalité de traitement entre opérateurs économiques. Cette égalité s'impose (ou devrait s'imposer) à tous les acteurs du marché, que ça soit acheteur ou vendeur. Aucun traitement préférentiel ne doit être accordé à un opérateur économique quel que soit son statut. Les cahiers des charges ne doivent contenir aucune discrimination dissimulée. Toute clause qui peut s'interpréter comme telle peut faire l'objet d'un recours devant les juridictions compétentes. Comment détecter ainsi une discrimination ?

Dans son avis n° 02-2016 du 18 mai 2016 concernant ALLIANCES ASSURANCE et COSIDER, le Conseil de la concurrence a estimé que le fait d'imposer un capital minimum n'est pas de nature à constituer une barrière à l'entrée d'un marché public. Pour savoir si l'avis est pertinent, il faut se baser sur le cahier des charges. L'entreprise publique avait-elle intérêt à fixer un capital minimum pour attribuer le marché ? Ce capital minimum est-il proportionné au risque couvert ?

A cette dernière question, il faudrait démontrer le seuil à partir duquel un assureur peut-il être considéré solvable. Pour l'assurance des risques conventionnels, il est possible de tarifier le risque et la valeur du préjudice. Dans ce cas, un capital social exigé doit être fixé d'une

manière objective et proportionnée au risque couvert. La fixation d'un capital social significativement supérieur au risque ne peut être que contraire à l'article 43 de la constitution instituant une égalité de traitement. Inutile, dans ce cas, de s'orienter vers le Conseil de la concurrence. Il serait plus opportun de saisir les juridictions compétentes et invoquer une exception d'inconstitutionnalité. Les appels d'offre doivent ainsi impérativement respecter le principe d'égalité de traitement entre entreprises abstraction faite de leur statut.

Si, dans certains cas, les avantages octroyés à certaines entreprises ne sont pas justifiés, ils pourraient l'être dans d'autres cas. Les avantages, ou parfois la fermeture des marchés peuvent se justifier par la nature des activités.

## **2 : Les exceptions relatives aux activités de police et au service public.**

L'article 3 de l'ordonnance 03-03 du 19 juillet 2003 modifiée et complétée donne la définition de l'entreprise au sens du droit de la concurrence. **Cette définition ne fait aucune distinction entre entreprise publique et entreprise privée.** L'entreprise est « *toute personne physique ou morale quelle que soit sa nature, exerçant d'une manière durable des activités de production, de distribution, de services ou d'importation* ».

Toutefois, l'article 2 limite aussitôt sa portée en disposant que « *toutefois, la mise en œuvre de ces dispositions ne doit pas entraver l'accomplissement de missions de service public ou l'exercice de prérogatives de puissance publique* ». Ainsi, toutes ces activités et secteurs échappent aux règles de concurrence. En matière de délégation de service public, le pouvoir adjudicateur doit respecter certains principes de concurrence avant toute attribution. L'existence d'un service public ne doit pas, en principe, faire obstacle au respect d'une mise en concurrence préalable.

En outre, l'ordonnance n°01-04 du 20 août 2001 qui est venue régir l'organisation, la gestion et la privatisation des EPE, exclut du champ d'application du code de commerce les entreprises publiques dont l'activité revêt un caractère stratégique au regard du programme du gouvernement.

C'est ainsi que l'article 6 de l'ordonnance 03 -03 dispose que : « *nonobstant les dispositions de la présente ordonnance, les entreprises publiques dont l'activité revêt un caractère stratégique au regard du programme du Gouvernement sont régies par leurs statuts organiques en vigueur, ou par un statut spécial fixé par voie réglementaire* ». L'application de cet article peut vider le principe de neutralité de tout son sens si les secteurs « stratégiques » sont définis dans le but de les soustraire aux règles de concurrence. La liste des secteurs stratégiques doit être élaborée objectivement sans glisser vers un protectionnisme déguisé.

Le secteur des assurances, ne faisant pas partie des secteurs exclus du champ d'application de l'ordonnance 03-03, reste soumis aux règles de concurrence. Toutefois, les spécificités de ce marché, qui se caractérise par une inversion du cycle de production, peut emmener une adaptation systématique des règles de concurrence.

## **B : L'application des règles de concurrence au marché des assurances**

Si les règles de concurrence sont applicables à tous les secteurs, elles doivent prendre en considération les spécificités des secteurs qu'elles régissent. En matière d'assurance, la définition du marché en cause peut inclure la nature des risques couverts, l'importance du risque (conventionnel ou non conventionnel), l'objet assuré et une pléthore de facteurs spécifiques au secteur. Premièrement, en matière d'assurance, les parts de marché reflètent rarement un pouvoir de marché. Le pouvoir de marché réside dans la solvabilité des assureurs par un processus inversé. Ainsi, la définition des pouvoirs de marché au sein du secteur spécifique des assurances doit s'adapter aux impératifs de protection des assurés.

Deuxièmement, comment l'assuré peut-il connaître la substituabilité des produits quand la concurrence s'effectue uniquement sur le prix. Il ne peut connaître la qualité d'un service que dans le cas d'un sinistre. Ainsi, la substituabilité du point de vue de la demande peut être faussée par le regard trompeur du client qui pourrait être attiré par le prix très bas au risque d'une insolvabilité. Il serait ainsi possible de distinguer entre les clients ayant déjà eu un sinistre, qui pourrait être plus exigeants pour leurs prochains contrats, et les clients n'ayant jamais eu de sinistre qui apprécie la substituabilité des offres sur le seul critère du prix.

Outre ces spécificités relatives à la définition du marché, l'application des règles relatives aux ententes peut se voir difficile pour deux raisons. D'une part, le flux d'informations qui peut atteindre plusieurs entreprises peut être considéré, dans un marché « normal », comme une entente ayant pour objet ou pour effet une atteinte à la concurrence (1). D'autre part, une coopération peut être qualifiée d'entente alors que le marché des assurances ne peut, dans certains cas, fonctionner sans la mise en commun de moyens (2).

### **1 : Un flux d'information continu**

Sur les pratiques concertées, il est admis que les entreprises exerçant sur le même niveau de processus de distribution ne doivent, en aucun cas, entrer en contact. Dès lorsqu'il y a prise de contact suivi d'un parallélisme de comportement, on tombe dans l'entente. Or, le marché des assurances se base sur une matière première qui est l'information.

L'assurance est un produit qui couvre des risques futurs, dont le coût réel est inconnu au moment de la conclusion du contrat. Les assureurs comptent sur une tarification virtuelle des risques. Pour ce faire, ils essayent de réduire l'écart entre la valeur réelle des sinistres et les primes versées par l'assuré. En conséquence, la disponibilité de données statistiques appropriées et exactes sur le coût réel de la couverture des diverses catégories de risques est indispensable pour pouvoir exercer des activités dans les différents segments du secteur des assurances. Or, aucun assureur pris individuellement ne dispose de données statistiques suffisantes sur les risques pour pouvoir procéder à des calculs précis.

Les échanges d'information sous forme de compilations, tables et études réalisées conjointement, permettent aux assureurs de rassembler des statistiques plus fiables et acquérir une meilleure connaissance des risques assurés. Un tel échange permet une tarification plus précise des risques. Il permet ainsi une réduction des marges et des prix payés par les consommateurs. L'échange de données statistiques est donc de nature à favoriser le bon fonctionnement du secteur des assurances. En outre, en réalisant ce type d'études conjointes, les assureurs appréhendent mieux l'évolution probable des risques concernés.

Les particularités de ce marché ont appelé la Commission européenne à instaurer un règlement d'exemption par catégorie en vigueur entre 1991 et 2017. Les assureurs pouvaient, sous certaines conditions (parts de marché inférieures à 20%) se soustraire aux règles de concurrence. Ainsi, du fait de cette spécificité, le Conseil de la concurrence doit également adapter son appréciation des risques concurrentiels. Les opérateurs économiques doivent se rapprocher du Conseil pour obtenir des exemptions d'ententes sous certaines conditions afin de leur permettre un exercice conforme aux règles de la concurrence.

### **1 : Couverture en commun de certains types de risques (groupements)**

Les partenariats et coopérations sont considérés comme un concours de volontés entre deux ou plusieurs opérateurs économiques. Ils sont généralement qualifiés d'ententes illégales dès lors qu'ils portent sur un objet ou produisent une restriction de concurrence.

Encore une fois, le marché des assurances, du fait de ses spécificités, appelle à une application adaptée des règles de concurrence. Les assureurs doivent souvent coopérer pour couvrir certains grands risques non conventionnels liés, notamment, au terrorisme, à la production d'énergie nucléaire et à la protection de l'environnement, lorsque l'ampleur et l'étendue de ces risques font qu'il est difficile, voire impossible, pour un assureur de les couvrir seul. Lorsque la nature du risque est telle qu'aucun assureur n'a la capacité nécessaire pour l'assurer, la co(ré)assurance permet aux assureurs de couvrir un nombre suffisant de risques pour que le profil de risque du portefeuille corresponde à celui de l'ensemble de la catégorie de risques concernée.

Les ententes ne sont pas interdites dans l'absolu. Elles ne peuvent l'être que dans le cas où elles portent sur un objet ou produisent des effets anticoncurrentiels. De plus, quand bien même elles sont qualifiées ainsi, il existe toujours une possibilité d'exemption. L'alinéa 2 de l'article 9 de l'ordonnance 03-03 autorise « *les accords et pratiques dont les auteurs peuvent justifier qu'ils ont pour effet d'assurer un progrès économique ou technique, ou qu'ils contribuent à améliorer l'emploi, ou qui permettent aux petites et moyennes entreprises de consolider leur position concurrentielle sur le marché* ». Cependant, les opérateurs ne peuvent rendre effectifs leurs accords qu'après autorisation expresse du Conseil de la concurrence. Ce dernier « *peut prendre toute mesure sous forme notamment de règlement, de directive ou de circulaire* ». Les exceptions peuvent ainsi être individuelles, en sollicitant une autorisation au

cas par cas ou, ce qui est plus adapté au secteur des assurances, solliciter des exemptions par catégorie en application de l'article 34 de l'ordonnance. Il est ainsi vivement conseillé aux assureurs d'avoir un dialogue constructif avec le Conseil de la concurrence dans le cadre de leur programme de conformité.

### **Conclusion.**

Dans le domaine économique, les textes ne doivent pas être sacralisés. La réalité économique est très mouvante. Les textes doivent alors comporter une certaine part de flexibilité qui leur permet de s'adapter aux changements et aux spécificités des différents secteurs. Le secteur des assurances démontre, par ce qui précède, l'importance d'une telle adaptation. Les règles de concurrence ne doivent pas également faire obstacle à l'accomplissement des missions de service public et aux activités de police. Ces dernières font partie intégrante du concept général de l'ordre public concurrentiel. Ainsi, la neutralité des règles de concurrence reste un enjeu d'équilibriste qui doit contrebalancer le trop du peu pour atteindre une certaine effectivité de la concurrence.