



Avis n° 03-A-19 du 17 novembre 2003
relatif à une demande de la Fédération française des courtiers d'assurances et de réassurances portant sur les conditions de négociation des contrats de coassurance des risques industriels

Le Conseil de la concurrence (Commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 9 décembre 2002 sous le numéro 02/107 A, par laquelle la Fédération française des courtiers d'assurances et de réassurances a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis relative à une clause contractuelle précisant les conditions de garantie et de primes proposées en matière de coassurance des risques industriels ;

Vu le traité du 25 mars 1957 modifié, instituant la Communauté européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions de son application ;

Vu la communication de la Commission des communautés portant sur les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81 paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne du 22 décembre 2001 et le règlement communautaire n° 358/2003 de la Commission du 27 février 2003 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 3 septembre 2003 ;

Les représentants de la Fédération française des courtiers d'assurances et de réassurances, de la Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA) ainsi que de la Generali France Assurance (GFA), entendus sur le fondement des dispositions de l'article L. 463-7 alinéa 2 du code de commerce ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

1. Par lettre enregistrée le 9 décembre 2002 sous le numéro 02/107 A, la Fédération française des courtiers d'assurances et de réassurances (FCA) a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis relative à une clause dite de « *l'assureur le plus favorisé* », dans des cotations portant sur des risques industriels nécessitant un recours à la co-assurance. Cette clause est rédigée usuellement de la façon suivante :

« Cette proposition ferme jusqu'au (...) s'entend sans autre réserve que celle du placement à 100 % aux mêmes conditions et de non-aggravation de la sinistralité et/ou de l'augmentation des réserves de sinistre avant prise d'effet.

En tout état de cause, cette proposition bénéficiera de la clause de l'assureur le plus favorisé, en vertu de laquelle s'appliquent à l'ensemble de la coassurance les conditions de placement les plus favorables obtenues par un ou plusieurs co-assureurs participant(s) ».

Après en avoir défini le contexte économique et juridique (I), le présent avis s'attache à examiner les conditions d'application de cette clause au regard des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-4, I, 2° du code de commerce (II).

I. - Le contexte économique et juridique

Données générales sur l'assurance des risques industriels

2. L'assurance est généralement définie comme l'opération par laquelle une personne, l'assureur, s'engage à exécuter une prestation au profit d'une autre personne, l'assuré, en cas de réalisation d'un événement aléatoire, le risque, en contrepartie du paiement d'une somme, la prime ou cotisation. Deux caractéristiques principales s'attachent à l'opération d'assurance :

- d'une part, elle n'est pas isolée : elle ne peut valablement exister que parce qu'elle est incluse dans un ensemble d'opérations de même nature, l'assureur ne pouvant équilibrer son activité que grâce à une mutualisation des risques et une répartition de leur charge sur l'ensemble des assurés ;

- d'autre part, l'opération d'assurance se traduit par la formation d'un contrat dans lequel, face à un risque donné, le cocontractant de l'assureur obtient une garantie en versant une prime.

3. L'activité d'assureur s'est récemment enrichie de prestations de services annexes : audit de prévention, assistance, aide au pilotage du passif social (engagements pris par les entreprises concernant la retraite et la prévoyance complémentaires), gestion de l'auto-assurance des entreprises par le biais de filiales, dites « captives ».

4. Selon un dossier d'information du Ministère de l'écologie et du développement durable (décembre 2002), un risque industriel majeur est « *un événement accidentel se produisant sur un site industriel et entraînant des conséquences immédiates graves pour le personnel, les populations avoisinantes, les biens ou l'environnement* ». Il est précisé que : « *Les principaux risques industriels sont, selon la nature des produits et de l'activité, l'explosion, l'incendie et la dissémination de produits toxiques dans l'environnement (...). Les risques concernent un grand nombre d'activités industrielles, le plus souvent liées à la manipulation (fabrication, emploi, stockage) de substances dangereuses au sens de la classification des directives européennes mais pas exclusivement (silos de céréales)* ». Le risque industriel concerne plus spécifiquement certains sites tels que « *des sites de production de matières premières chimiques ou pétrolières (...)* », des « *sites de transformation de ces matières (...)* », des « *sites de stockage de produits chimiques ou pétroliers* », des « *sites de distribution, comme les unités de livraison pour les produits pétroliers par exemple* ».

5. La notion de risque industriel recoupe en partie celle de risque d'entreprise, et parmi ceux-ci, le risque « grands comptes » : selon la FFSA « *les textes européens ne mentionnent que le « grand risque », repris dans le droit français par les articles L. 111-6 et R. 111-1 du code des assurances. Cette notion n'est pas équivalente à celle de risque industriel. Usuellement, on a recours à la notion de risque d'entreprise avec, au sein de ceux-ci, les risques afférents aux grands comptes et les autres. La notion de grand compte concerne les entreprises de taille importante, effectuant une activité industrielle ou commerciale. En fait de « risque industriel » désigné dans la saisine, il faudrait utiliser le concept de grand compte (à l'exclusion des PME). Le grand compte est un marché à part (sur-mesure, où interviennent surtout les courtiers). A notre connaissance, cette clause de l'assureur le plus favorisé concerne les grands comptes. Il n'y a pas de critère précis du grand compte ; toutefois, il se situe au-dessus du « grand risque » au sens de la réglementation européenne* ».

6. Eu égard au fait que la coassurance se pratique tant en matière de risque industriel que pour les plus importants risques d'entreprise, le présent avis portera indistinctement sur l'assurance des risques industriels et des risques d'entreprise.

7. En matière de risque d'entreprise, le montant extrêmement élevé de la garantie impose de partager et de limiter le risque financier lié à un sinistre. Dans cette perspective, la coassurance est un montage permettant à plusieurs assureurs d'assurer par une police unique, au prorata du risque souscrit. L'apériteur retenu par le client assume, au nom et pour le compte de l'ensemble des co-assureurs, la gestion de la coassurance (tarification, établissement des pièces, encaissement et répartition des primes, gestion des sinistres pour compte commun).

Le courtage en assurances

8. Le courtier d'assurance, souvent appelé « *assureur-conseil* », effectue des actes d'entremise en plaçant les risques de ses clients auprès des compagnies qui lui semblent les plus aptes à les garantir. Collaborant à la rédaction et à la conclusion du contrat, le courtier veille à sa bonne application et répond auprès de la compagnie d'assurances à toute demande d'information (risques, antécédents) portant sur l'assuré. Le courtier fonde sa rémunération sur trois sources principales d'importance variable, les commissions, en général calculées par l'application d'un taux variable selon les risques, les honoraires d'audit, de conseil, voire de mise en place du contrat d'assurance, et enfin les produits financiers.

9. La loi Porcher de 1997 ouvre la possibilité aux courtiers de réaliser des prestations de conseil telles que la conception de produits sur mesure, l'audit des programmes d'assurance dans le cadre d'une fusion-acquisition, le montage de captives pour les sociétés clientes, voire le conseil en ressources humaines et en gestion.

10. En 2000, le courtage a collecté 15,6 milliards d'euros de primes d'assurance, dont 6,3 milliards d'euros en assurances dommages.

Délimitation géographique de l'offre et de la demande d'assurance des risques industriels

11. D'une dimension communautaire, voire mondiale, le marché de l'assurance des risques industriels est fortement internationalisé ainsi que l'avait relevé le Conseil de la concurrence dans son avis n° 98-A-03 du 24 février 1998 :

« S'agissant de la délimitation géographique des marchés, la Commission a reconnu l'existence de marchés mondiaux dans le secteur de la couverture des dommages causés à l'environnement (5), de l'assurance spatiale (6), de l'assurance sur corps de navire (7) et de la réassurance (8) qui appartiennent à la catégorie des 'grands risques'. (...) Tous les autres marchés examinés et en particulier ceux appartenant à la catégorie des « risques de masse », ont été considérés comme des marchés nationaux. »

« Dans sa décision du 2 décembre 1996 concernant la fusion entre les sociétés AXA et UAP, la Commission énonce à cet égard : (...) la dimension nationale des marchés est particulièrement marquée dans le cas des services s'adressant aux ménages, les services d'assurance à destination des entreprises étant, pour une plus large part, soumises à une concurrence de dimension communautaire. »

12. La Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA) précise à cet égard : *« Le marché est mondial, à l'image de la couverture des contrats. La dimension communautaire est indéniable sur les grands comptes. L'assurance des grands risques peut se faire par un assureur n'étant pas établi sur un pays en recourant à des accords de gestion avec d'autres assureurs/courtiers présents dans cet Etat. La clause concerne des coassurances qui peuvent impliquer toutes sociétés présentes sur le marché européen »*. Selon un rapport de la

Commission des finances du Sénat (1998-1999), les parts de marché détenues par des sociétés d'origine étrangère en matière de risques industriels seraient de 50 %.

13. Les conditions de passation des contrats d'assurance d'entreprise sont donc susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres, dans la mesure où ces contrats concernent des risques situés tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du territoire national et où les parties à l'accord peuvent comprendre des entreprises d'assurance ayant leur siège dans un autre Etat membre.

Structure de l'activité

14. En 2001, 504 entreprises d'assurance ont exercé leur activité en France, dont 366 en assurance-dommages. Une minorité d'entre elles interviennent sur le marché de l'assurance des risques industriels. Selon la FFSA, « *Sur le marché français, une dizaine d'assureurs se partagent le marché de l'assurance des grands comptes. S'agissant des grands comptes, il y a des entrants et des sortants. Contrairement aux assureurs de risques de masse (nécessité d'un réseau d'agences), de nombreuses sociétés (anglo-saxonnes, notamment) ont pu entrer sur le marché national et en sortir. Au niveau européen, on doit avoir 20-25 assureurs, chiffre auquel s'ajoutent les interventions de quelques syndicats du Lloyds, n'ayant pas tous une présence pérenne en Europe continentale.* »

15. Les entreprises pratiquant l'assurance du risque d'entreprise sont Allianz-AGF, AXA, Generali, ACE, Gan Courtage, XL, Royal Sun Alliance, Chubb. Selon la FFSA, les sociétés AGF, AXA disposent de plus de 10% des parts de ce marché, les sociétés ABEILLE, AGF COURTAGE, AXA COURTAGE, A.C.S., AZUR, C.G.U. COURTAGE, GENERALI, GROUPAMA, M.M.A., ZURICH d'une part de marché comprise entre 2 et 10%, et les sociétés ACE, AIG EUROPE, ALBINGIA, CHUBB, CONTINENT, LLOYD CONTINENTAL, SMABTP, SUISSE ASSURANCES, WINTERTHUR ASSURANCE, ZURICH d'une part inférieure à 2 % (sommés des parts de marché : 95 %)

16. La structure économique de l'activité de courtage est extrêmement hétérogène, mais le secteur reste très concentré. Les dix premiers courtiers réalisent la moitié de l'activité totale et les trois premiers, le quart. Les grands cabinets issus pour certains des concentrations de la fin des années 1996-1998 servent les grands comptes nationaux et internationaux, tandis que les acteurs secondaires ou de poids moyen s'appuient sur un fonds de commerce local.

17. Les principales entreprises de courtage (M€et %) sont :

Sociétés	CA 2001	Croissance	Effectifs
Gras Savoye	306.0	7.1	2 356
MMC France	261.0	8.1	1 730
AON France	182.0	16.3	1 188
Assurances Verspieren	128.0	10.5	1 188
Cabinet Bresse	97.5	10.5	389
SIACI	82.0	17.0	321
SPB	66.0	20.0	572
Diot	52.3	9.0	360
GMC services/Gpe Henner	48.1	7.0	475
CCSA	41.8	13.3	230

L'évolution du marché

18. Depuis 1996, la concurrence des tarifs en assurance des grands risques des entreprises a conduit à l'élaboration de contrats dont la profession a pu estimer qu'ils étaient sous-tarifés.

La revalorisation tarifaire initiée en 2000 s'est très nettement accélérée en 2001, sous l'effet d'une sinistralité en forte progression, de la baisse des cours sur les marchés financiers, et d'une volonté concomitante de restaurer des marges techniques.

19. Confrontées à des frais de réassurance croissants, les compagnies d'assurances ont procédé à des résiliations en masse et combiné des hausses de tarifs et de franchise avec des restrictions de couverture. Les hausses moyennes pratiquées dans le domaine des grands risques sont ainsi de l'ordre de 80 % en dommages. Dans le domaine des risques industriels, les entreprises doivent payer des polices plus élevées pour des couvertures moindres et des franchises accrues.

Le contexte juridique de la coassurance

20. Les articles 1 (ch. I) et 7 (ch. IV) du règlement communautaire d'exemption du 27 février 2003 portent exemption catégorielle en vertu des « *avantages* » que peuvent comporter les « *groupements de coassurance ou de réassurance qui existent depuis plus de trois ans ou qui ne sont pas constitués pour couvrir un risque nouveau, à condition que les produits d'assurance souscrits au sein du groupement par ses membres n'excèdent pas les seuils suivants : 25 % du marché en cause pour les groupements de co-réassurance et 20 % pour les groupements de coassurance* » (point 21). Il est précisé que « *Si un seuil inférieur est prévu pour les groupements de coassurance, c'est parce qu'ils comportent un risque d'uniformisation des conditions d'assurance et des primes commerciales (...)* » (point 22)

21. L'article 8 prévoit, comme limites à l'exemption, les impératifs tendant à ce que (...) « *(c) les règles du groupement ne restreignent pas l'activité du groupement ou de ses membres à l'assurance ou à la réassurance de risques situés dans une zone géographique donnée de l'Union européenne ; (d) l'accord ne limite pas la production ou les ventes ; (e) l'accord ne répartisse ni les marchés ni les clients* ».

22. S'agissant du marché commun de l'assurance, les directives communautaires de février 1964, juillet 1973 et mars 1979 instaurent un régime de liberté d'établissement (possibilité pour un assureur européen d'établir une succursale ou une agence dans un autre Etat membre) ; les directives de février 1964, mai 1978, juin 1988 et juin 1990 mettent en place la libre prestation de services (LPS), c'est-à-dire la possibilité pour un assureur européen de diffuser ses produits dans un Etat membre où il n'a pas d'établissement. Enfin, les directives de juin et novembre 1992 établissent une licence unique (« *passport européen* ») portant possibilité pour un assureur européen d'exercer son activité dans un autre Etat membre par établissement ou LPS.

23. L'avis n° 98-A-03 du 24 février 1998 du Conseil rappelle, de manière générale, que :

« La détention de l'agrément instauré par les "troisièmes directives" permet aux entreprises d'assurance de développer leurs activités, sur l'ensemble du territoire de la Communauté européenne, soit en régime d'établissement soit en régime de LPS. Il en résulte que tout contrat d'assurance proposé en un point de l'Union devrait pouvoir être proposé dans les autres Etats membres, à moins qu'il ne soit contraire aux dispositions reconnues comme d'intérêt général en vigueur dans l'Etat où le risque est situé ou dans l'Etat d'engagement. Le droit d'agir en LPS n'est cependant pas exempt de contrôles. »

24. Au regard de la constitution du marché susmentionné, l'article L. 352-1 du code des assurances dispose : « *Toute entreprise d'assurance dont le siège social est situé sur le territoire d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen non membre des Communautés européennes et qui satisfait aux dispositions de la législation du pays où elle est établie est dispensée des obligations prévues aux articles L. 321-7 et L. 351-4 pour participer sans être apériteur à la couverture d'un grand risque, tel que défini à*

l'article L. 111-6, situé en France, dans le cadre d'une opération de coassurance réalisée en libre prestation de services, et dont l'un au moins des participants n'est pas établi dans le même Etat membre que l'apériteur. »

25. Enfin, les articles R. 211-24, R. 331-31, R. 332-1, R. 341-3, A. 342-8 et A. 344-14 du code des assurances portent les normes prudentielles et comptables opposables aux groupements de coassurance. La profession de courtier d'assurances fait, quant à elle, l'objet d'une réglementation codifiée notamment aux articles L. 511-1 et suivants et R. 511-1 et suivants du code des assurances. Selon ces textes, le courtier est un mandataire de l'assuré, tandis que ses relations avec les entreprises d'assurance sont régies par des usages codifiés en 1935 et reconnus, en l'absence d'un statut homologué, par la jurisprudence. Le courtier peut accessoirement être mandataire de l'assureur pour lequel il opère souvent le recouvrement des premières primes, délivre des notes de couverture, voire transmet le règlement du sinistre. Outre des conditions d'âge, d'honorabilité et de capacité professionnelle, les courtiers sont soumis à des obligations.

Le marché concerné par la saisine

26. Le marché visé par la demande d'avis résulte de la rencontre d'une offre d'assurance de risque d'entreprise par une société d'assurance et de la demande d'assurance par un courtier, mandataire de son client.

27. Dans un premier temps, le courtier désigné pour monter un groupement de coassurance procède à une mise en concurrence aux fins de rechercher un chef de file, dit « apériteur ». Il obtient, de la société retenue, la meilleure offre de contracter la couverture du risque, établie grâce une expertise en matière d'évaluation des risques et matérialisée par un document nommé « cotation », constituant une offre de contracter.

28. Dans un second temps, le courtier recherche des assureurs prêts à constituer un groupement aux conditions de la cotation. Mais il peut apparaître que ces conditions, notamment tarifaires, sont insuffisantes pour couvrir la totalité du risque et qu'elles doivent être revalorisées de façon à placer la part du risque ne trouvant pas preneur. Dans cette situation, le client peut accepter, notamment pour des problèmes de délais, l'application de la clause de l'assureur le plus favorisé imposée par l'apériteur dans ses conditions de négociation, auquel cas la revalorisation des conditions de la cotation accordée au dernier assureur entrant est étendue à l'ensemble des offres individuelles émises par les assureurs déjà sollicités et le groupement est constitué. Si le client, par l'intermédiaire de son courtier, refuse de procéder à la revalorisation automatique des conditions offertes par l'apériteur par la mise en œuvre de la clause de l'assureur le plus favorisé, il lui faut alors renégocier les conditions de la cotation auprès de l'ensemble des assureurs souhaitant participer au groupement voire d'assureurs extérieurs, jusqu'à obtenir une souscription de la totalité du risque.

II. - Les questions de concurrence soulevées par la clause de l'assureur le plus favorisé

29. A titre liminaire, le Conseil rappelle qu'il ne lui appartient pas, dans le cadre de la réponse à une demande d'avis, de se prononcer sur la question de savoir si telle ou telle pratique d'un opérateur est contraire aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce et 81 et 82 du traité instituant la communauté européenne. Seules, une saisine contentieuse et la mise en œuvre de la procédure pleinement contradictoire prévue par les articles L. 463-1 et suivants du code de commerce sont de nature à permettre une appréciation de la licéité de la pratique considérée au regard des dispositions prohibant les ententes illicites ou les abus anticoncurrentiels de position dominante ou de dépendance économique. En revanche, rien ne

s'oppose à ce qu'il réponde aux questions posées lorsqu'elles présentent un caractère de généralité et qu'elles mettent en cause des principes de concurrence.

30. La clause de l'assureur le plus favorisé stipule que l'offre de contracter de l'apériteur aux assureurs souhaitant entrer dans le groupement « *s'entend sans autre réserve que celle du placement à 100 % aux mêmes conditions* » et « *bénéficiera de la clause de l'assureur le plus favorisé, en vertu de laquelle s'appliquent à l'ensemble de la coassurance les conditions de placement les plus favorables obtenues par un ou plusieurs co-assureurs participant(s)* ». Le terme de clause est ici entendu au sens large, la cotation constituant une offre conditionnelle de contracter et non un contrat au sens strict.

31. Cette clause se subdivise en trois propositions qu'il convient d'analyser successivement : un placement à 100 % du risque (1^{ère} proposition), s'effectuant aux mêmes conditions pour tous les assureurs du groupement (2^{ème} proposition) et pouvant faire l'objet d'un mécanisme de fixation de l'offre spécifique, dit « *de l'assureur le plus favorisé* » (3^{ème} proposition).

32. La première proposition, afférente au nécessaire placement de 100 % du risque auprès du groupement de coassurance, pose comme condition de la négociation que le client ne répartisse pas plusieurs fractions du risque entre plusieurs groupements de coassurance, sans l'empêcher de prendre en charge, par ses propres moyens, une part de ce risque. Ainsi, le terme de placement à 100 % du risque devrait en réalité s'entendre comme le placement à 100 % de la part du risque que le client souhaite couvrir par le contrat de coassurance. Dans cette limite, cette clause de placement à 100 % n'appelle pas d'observations mais il en irait autrement si elle avait pour objet ou pour effet de limiter la liberté du client de conserver en gestion propre une part du risque, en utilisant divers moyens tels que l'auto-assurance par constitution d'une société captive, la réduction de la couverture de garantie ou le relèvement des franchises.

33. Dans les conditions d'interprétation du paragraphe précédent, le Conseil relève que la clause de placement à 100 % présente des avantages d'efficacité et de simplicité de gestion. En effet, la coassurance constitue une association d'entreprises indépendantes aux fins communes d'assurer un même risque selon des conditions homogènes, notamment de gestion du sinistre. La coexistence autour d'un même risque de plusieurs groupements de coassurance serait génératrice d'une complexité que l'on cherchait précisément à éviter et priverait le client final des avantages liés à un recours à un groupement unique. Ainsi, dans la mesure où le groupement de coassurance issu de l'appel d'offre procède au nom du client à la gestion du sinistre, il n'est pas illégitime, de la part d'un apériteur, d'exiger que le risque ou la part de risque placée ne soit pas répartie entre plusieurs groupements de coassurance.

34. La deuxième proposition, portant sur le placement aux mêmes conditions, a pour objet de faciliter la constitution et la gestion de la coassurance et pour principal effet que le risque soit couvert aux mêmes conditions pour l'ensemble des assureurs. Le placement aux mêmes conditions est intimement lié à l'esprit et à la pratique de la coassurance, dont les avantages de simplicité et d'efficacité - notamment de gestion - générateurs de moindres coûts, ne sont *a priori* concevables qu'en présence d'une homogénéité des conditions d'élaboration de la police, de tarification et de gestion des sinistres.

35. La troisième proposition, nommée par convention « *clause de l'assureur le plus favorisé* », ne peut être lue qu'en combinaison avec les deux premières. En effet, elle ne joue qu'en vue de la création d'un groupement unique de coassurance et concerne le placement de la partie résiduelle du risque ne trouvant pas preneur aux conditions de l'apériteur.

36. Le fait pour un assureur d'accepter les conditions de contracter de l'apériteur constitue un concours de volontés entrant dans le champ de l'article L. 420-1 du code de commerce. En

étendant à l'ensemble des offres d'assureurs les conditions obtenues par un seul d'entre eux, la clause substitue les conditions obtenues par une société à l'appréciation que chaque entreprise du groupement porte sur ses coûts de revient, son prix de vente, et plus généralement sur son offre, au moment de poser sa candidature pour entrer dans le groupement. Ce faisant, la clause met en œuvre une pratique de nature à restreindre le jeu de la concurrence sur le marché en favorisant une hausse artificielle des prix au détriment de leur libre fixation par le jeu du marché.

37. Le Conseil relève, toutefois, que le client final détient la possibilité de ne pas faire appliquer la clause de l'assureur le plus favorisé, en procédant à une nouvelle consultation des assureurs présents sur le marché pour permettre le placement de la totalité du risque. Cette faculté, si elle peut réellement s'exercer et n'est pas seulement théorique, prive, en principe, la clause de l'assureur le plus favorisé de tout effet anticoncurrentiel.

38. Mais il est difficile de garantir la liberté de choix du client final dans la mesure où des circonstances, tenant notamment à l'urgence, peuvent priver ce dernier de l'alternative consistant à effectuer un second tour de table, seul mécanisme permettant une exploration effective de l'offre d'assurance. En pareil cas, la clause de l'assureur le plus favorisé se verrait reconnaître un effet anticoncurrentiel potentiellement sensible.

39. Dans cette hypothèse, il conviendrait néanmoins d'examiner si la clause de l'assureur le plus favorisé ne pourrait pas bénéficier d'une exemption au titre du progrès économique, dans les conditions prévues par les textes français et communautaires. Le bénéfice de l'exemption individuelle de l'article L. 420-4 I, 2° du code de commerce n'est acquis que lorsque les pratiques qualifiées d'anticoncurrentielles comportent des avantages économiques suffisants pour compenser les incidences sur la concurrence, et où le progrès invoqué constitue un progrès pour la collectivité dans son ensemble et non une simple amélioration conjoncturelle de la situation des entreprises concernées. Il doit, en outre, être établi que le progrès économique allégué est la conséquence directe des pratiques en cause et qu'il n'aurait pas pu être obtenu par d'autres voies. Or, à supposer que la clause de l'assureur le plus favorisé emporte un progrès économique, rien n'établit qu'il n'existe aucune autre façon de répondre rapidement et efficacement aux demandes de renouvellement des couvertures de risques, et rien n'établit *a priori* la proportionnalité de ce progrès économique aux restrictions de concurrence qui seraient mises en œuvre.

40. De manière plus générale, le Conseil considère que les modalités d'organisation des différentes étapes aboutissant à la constitution du groupement de coassurance peuvent avoir des effets importants sur le jeu de la concurrence. Il importe que les conditions de réponse des assureurs aux appels d'offre et opérations de courtage effectuées en vue de constituer des groupements de coassurance n'obèrent pas l'effectivité de la mise en concurrence initiale effectuée par les courtiers. Dans cette perspective, il convient de vérifier si les conditions de réponse aux appels d'offre ne rendent pas matériellement impossible - faute de temps notamment - l'organisation d'un second tour de table en ne laissant au client final, par le biais de son courtier, d'autre alternative que l'acceptation de la clause de l'assureur le plus favorisé.

41. A cet égard, le Conseil rappelle qu'il a pu qualifier de pratiques anticoncurrentielles les manœuvres consistant pour une entreprise à faire échec à une mise en concurrence effective lors du renouvellement de contrats d'installation et d'exploitation de mobilier urbain (décision n° 98-D-52 du 7 juillet 1998) :

« Considérant ainsi que le groupe Decaux a mis en œuvre des pratiques destinées à lui permettre d'éviter d'être confronté à la concurrence (...); que ces pratiques (...) ont eu pour objet et pour effet de restreindre artificiellement le jeu de la concurrence sur le marché (...) en limitant la liberté des collectivités de choisir leur cocontractant ».

42. Du fait que la cotation peut être modifiée *a posteriori* de manière unilatérale (ce qui tend à priver l'appel d'offres initial de toute portée, alors même qu'il est censé fixer définitivement la demande), il importe également que les clients bénéficient, à l'issue du premier tour de table, de la possibilité effective d'ajuster leur demande à cette nouvelle offre, ainsi que de la possibilité effective de renégocier les quote-part de participation de chaque offreur d'assurance du groupement en constitution, de manière à ce que le jeu de l'offre et de la demande puisse s'exprimer aussi librement que possible.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Fontaine, par M. Jenny, vice-président, Mme Pasturel et M. Nasse, vice-présidents.

Le rapporteur général,

Le vice-président, présidant la séance,

Thierry Dahan

Frédéric Jenny

© Conseil de la concurrence