CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

présentées le 4 avril 2000 *

1. La présente question préjudicielle se pose dans un contexte caractérisé par l'absence d'adaptation du régime juridique des mutuelles françaises à la réglementation communautaire harmonisant l'activité d'assurance dans la Communauté. Il s'agit en particulier de la première directive sur l'assurance autre que l'assurance sur la vie, à savoir la directive 73/239/CE [1] (ci-après la «première directive», la «directive 73/239» ou simplement la «directive»), telle que modifiée par la directive 92/49/CEE [2], troisième directive sur l'assurance autre que l'assurance sur la vie (ci-après la «directive 92/49» ou la «troisième directive»).

La question porte essentiellement sur les conséquences du principe dit «principe d'exclusivité», établi par la première directive, en vertu duquel les entreprises d'assurances doivent limiter leur objet social à l'activité d'assurance et aux opérations qui en découlent directement, à l'exclusion de toute autre activité commerciale [article 8, paragraphe 1, sous b)].

J'estime que l'arrêt du 20 avril 1999, Försäkringsaktiebolaget Skandia [3] (ci-après l'«arrêt Skandia»), contient — bien que de façon indirecte — tous les éléments de réponse que le juge communautaire est en mesure d'apporter au regard de la législation applicable.

La législation française

2. La législation interne relative aux mutuelles est contenue pour l'essentiel dans le code de la mutualité, dans la version établie par loi n° 85-773, du 25 juillet 1985 [4] (ci-après le «code de la mutualité»).

3. L'article L.111-1 dudit code définit les mutuelles comme des groupements à but non lucratif qui, essentiellement au moyen de cotisations de leurs membres, se proposent de mener, dans l'intérêt de ceux-ci ou de leur famille, une action de pré-

* Langue originale: l'espagnol.

1 — Première directive 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).

2 — Directive du Conseil du 18 juin 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et modifiant les directives 73/239 et 88/357/CEE (troisième directive «assurance non vie») (JO L 228, p. 1).

3 — C-241/97, Rec. p. I-1879.

4 — *Journal officiel de la République française*, p. 8483.

voyance, de solidarité et d'entraide en vue d'assurer notamment:

— la prévention des risques sociaux liés à la personne et la réparation de leurs conséquences;

— l'encouragement de la maternité et la protection de l'enfance, de la famille, des personnes âgées ou handicapées;

— le développement culturel, moral, intellectuel et physique de leurs membres et l'amélioration de leurs conditions de vie.

4. En vue de réaliser ces objectifs, les mutuelles peuvent créer des établissements ou services à caractère sanitaire, médico-social ou culturel (article L.411-1).

5. Les établissements et services ainsi créés ne possèdent pas de personnalité juridique distincte de celle de la mutuelle fondatrice, même si leurs activités respectives doivent faire l'objet d'un budget et de comptes spécifiques (article L.411-2). Leur fonctionnement est subordonné à l'approbation, par l'autorité administrative, d'un règlement qui détermine les modalités de leur gestion administrative et financière. À cet effet, le gouvernement peut établir, au moyen d'un décret et sur consultation préalable du Conseil d'État («décret en Conseil d'État»), des règlements types contenant les dispositions à caractère obligatoire (article L.411-6).

6. En vue de créer les établissements et services précités, les mutuelles peuvent constituer entre elles des unions de mutuelles qui, à leur tour, peuvent se grouper en fédérations d'unions de mutuelles (article L.123-1). Sauf règles spécifiques, les dispositions relatives aux mutuelles s'appliquent aux unions et fédérations (article L.123-3).

7. L'assemblée générale des unions et fédérations est composée des délégués des mutuelles adhérentes, élus dans les conditions déterminées par les statuts. Les décisions régulièrement prises par l'assemblée générale sont obligatoires pour les mutuelles adhérentes (article L.123-2).

8. L'assemblée générale de la mutuelle — et, dès lors, de l'union ou de la fédération — est obligatoirement appelée à se prononcer sur les modifications des statuts, sur la scission ou la dissolution, sur la fusion avec une autre mutuelle ainsi que sur les emprunts dont la nature et l'importance sont fixées par décret. Le droit de vote

appartient à chacun des membres de la mutuelle (article L.125-1).

9. Le décret n° 86-1359, du 30 décembre 1986 [5], précise en ses annexes les statuts types des mutuelles et les dispositions qu'ils doivent obligatoirement contenir. Parmi celles-ci figure la faculté pour chaque union ou fédération de répartir les votes de l'assemblée générale entre les mutuelles participantes, soit en proportion du nombre d'adhérents de chacune d'entre elles, soit en proportion des cotisations versées, soit encore en fonction des deux critères combinés (article 26).

10. Un règlement type des centres d'optique mutualistes figure à l'annexe 2 du décret n° 64-827, du 23 juillet 1964, qui détermine les dispositions de ces statuts qui ont un caractère obligatoire [6].

Parmi ces dispositions obligatoires, il importe de citer celle consacrée à l'absence de personnalité juridique distincte du centre d'optique (article 1er), ainsi que celle prévoyant que la suppression du centre doit être décidée par l'assemblée générale conformément à la procédure prévue pour la modification des statuts (article 36).

5 — *Journal officiel de la République française*, p. 16013.

6 — *Journal officiel de la République française*, p. 7329.

La réglementation communautaire

11. En matière d'assurances, le droit communautaire a évolué selon trois étapes:

— une première génération de directives (la directive 79/267/CEE [7], pour les assurances sur la vie, et la directive 73/239, précitée, pour les autres assurances) avait comme objectif de faciliter l'exercice effectif du droit d'établissement des entreprises d'assurances;

— une deuxième génération de directives a facilité l'exercice effectif de cette activité d'assurance, en régime de libre prestation de services;

— enfin, une troisième génération de directives (la directive 92/96/CEE [8], pour les assurances sur la vie, et la directive 92/49, précitée, pour les assurances autres que celle sur la vie) a cherché à réaliser pleinement le marché intérieur des assurances, sur la base du principe d'une autorisation administrative unique et d'un système de supervision financière à charge des autorités

7 — Première directive du Conseil du 5 mars 1979, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité de l'assurance directe sur la vie, et son exercice (JO L 63, p. 1).

8 — Directive du Conseil du 10 novembre 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, et modifiant les directives 79/267 et 90/619/CEE (troisième directive assurance vie) (JO L 360, p. 1).

de l'État où la société d'assurance a son siège.

12. Le législateur communautaire a donc voulu, d'une part, que les entreprises d'assurances puissent exercer librement leur activité et, d'autre part, que les citoyens de la Communauté puissent accéder librement à la gamme la plus large possible d'assurances offertes dans la Communauté, en leur garantissant la protection juridique et financière nécessaire.

13. Le premier objectif imposait que les entreprises d'assurances autorisées dans chaque État membre puissent exercer leur activité dans toute la Communauté, tant en régime d'établissement que de prestation de services. À cette fin, les directives de la troisième génération ont choisi de «... réaliser l'harmonisation essentielle, nécessaire et suffisante pour parvenir à une reconnaissance mutuelle des agréments et des systèmes de contrôle prudentiel, qui permettent l'octroi d'un agrément unique valable dans toute la Communauté et l'application du principe du contrôle par l'État membre d'origine» [9].

14. Ce dernier principe implique que chaque État membre doit veiller à la solidité financière des entreprises d'assurances soumises à son contrôle et, en particulier, à leur solvabilité et à la constitution de provisions techniques suffisantes; il doit aussi veiller à ce que ces provisions soient représentées par des actifs congruents. Il était donc spécialement nécessaire de coordonner les règles nationales en la matière dans un régime de reconnaissance mutuelle des autorisations et des systèmes de contrôle prudentiel.

15. À cette même fin, les dispositions communautaires interdisent que l'objet social des entreprises d'assurances s'étendent à d'autres types d'activités commerciales. Les articles 8, paragraphe 1, sous b), des directives 73/239 et 79/267 présentent ainsi une rédaction identique, en vertu de laquelle l'État membre d'origine exige que les entreprises d'assurances «... limitent leur objet social à l'activité d'assurance et aux opérations qui en découlent directement, à l'exclusion de toute autre activité commerciale».

16. De plus, l'article 8, paragraphe 1, sous a), de la directive 73/239 précise que, en France, les entreprises d'assurances doivent adopter l'une des formes suivantes: «société anonyme», «société à forme mutuelle», «mutuelle», «union de mutuelles». Après l'amendement opéré par la directive 92/49, cette même disposition comporte les formes juridiques suivantes: «société anonyme», «société d'assurance mutuelle», «institution de prévoyance régie par le code de la sécurité sociale», «institution de prévoyance régie par le code rural», «mutuelles régies par le code de la mutualité».

9 — Cinquième considérant des directives 92/49 et 92/96.

17. L'harmonisation avait déjà été appliquée aux dispositions des États membres relatives à la constitution obligatoire de provisions techniques, en tant que garantie des engagements souscrits par les entreprises d'assurances. La troisième génération de directives sur les assurances a constitué une évolution suivant les mêmes principes, car il s'agissait de «coordonner les règles concernant la diversification, la localisation et la congruence des actifs représentatifs des provisions techniques afin de faciliter la reconnaissance mutuelle des dispositions des États membres [10]».

18. À cette fin, les articles relatifs aux provisions techniques inscrits dans les directives de la première génération (article 15 de la directive 73/239 et article 17 de la directive 79/267) ont reçu une nouvelle formulation. Conformément à ces dispositions, l'État membre d'origine doit imposer à chaque entreprise d'assurances l'obligation de constituer des provisions techniques suffisantes pour l'ensemble de ses activités. Le montant de ces provisions doit être déterminé sur la base des règles inscrites dans la directive 91/674/CEE [11] ou dans la directive 92/96. Les provisions techniques liées à l'ensemble des activités de l'entreprise doivent être représentées par des actifs congruents.

19. Les directives réglementent le régime juridique de la diversification, de la localisation et de la congruence de ces actifs. Concrètement, seules des catégories déterminées d'actifs (c'est-à-dire certains investissements, créances et autres éléments) peuvent constituer les provisions techniques. Les États doivent en outre exiger que chaque entreprise d'assurances n'investisse pas plus d'un certain pourcentage de ses provisions techniques brutes dans certains types d'actifs.

20. Les actifs qui ne représentent pas les provisions techniques constituent ce que l'on pourrait appeler le «patrimoine libre» ou «patrimoine disponible», ou encore «non lié» de l'entreprise d'assurances.

21. Dans sa version actuelle, l'article 8, paragraphe 1, de la directive 73/239 précise: «les États membres ne fixent aucune règle concernant le choix des actifs qui dépassent ceux représentant les provisions techniques visées à l'article 15».

22. Enfin, conformément à l'article 57, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive 92/49, les États membres adoptent au plus tard le 31 décembre 1993 les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à ladite directive et les mettent en vigueur au plus tard le 1er juillet 1994.

23. La République française n'ayant pas adapté son droit interne à la réglementation précitée en ce qui concerne les «mutuelles

10 — Treizième considérant de la directive 92/49 et quinzième considérant de la directive 92/96.

11 — Directive du Conseil du 19 décembre 1991, concernant les comptes annuels consolidés des entreprises d'assurance (JO L 374, p. 7).

régies par le code de la mutualité », la Cour de justice l'a condamnée dans le cadre d'une procédure en manquement dans son arrêt du 16 décembre 1999 [12].

En fait

24. Sur requête, respectivement, de Adour Mutualité (ci-après l'« Adour ») et de la Mutualité française Union des Pyrénées-Atlantiques (ci-après l'« UPA »), le préfet du département des Pyrénées-Atlantiques a approuvé, par arrêtés du 10 mai 1995 et du 20 mai 1996, les règlements relatifs à des centres d'optique.

25. Il ressort des observations présentées par l'Association basco-béarnaise des opticiens indépendants (ci-après l'« ABBOI »), organisme local représentant les intérêts des professionnels de l'optique et demanderesse au principal, que l'Adour est une mutualité qui fournit à ses membres des prestations d'assurance complémentaire maladie et les services d'un centre d'optique, tandis que l'UPA est une union de mutualités qui gère diverses œuvres sociales mutualistes sans exercer aucune activité d'assurance.

26. L'ABBOI a attaqué les deux arrêtés préfectoraux devant le tribunal administratif de Pau, juridiction compétente en matière de contentieux administratif, qui a autorisé l'UPA et l'Adour à intervenir au soutien des conclusions du préfet.

27. Devant ce Tribunal, l'ABBOI a fait valoir que les arrêtés préfectoraux étaient illégaux parce qu'ils étaient fondés sur des dispositions incompatibles avec celles de la directive 73/239, telle qu'elle a été modifiée, et à laquelle le droit français ne s'est pas conformé dans les délais fixés, en ce qui concerne en particulier l'article 8, paragraphe 1, sous b).

28. La juridiction de renvoi reconnaît qu'elle ne distingue pas dans le dossier d'éléments lui permettant d'affirmer, d'une part, qu'une union de mutuelles, qui n'exerce pas d'activité d'assurance, relève du champ d'application de la directive et, de l'autre, que les dispositions de cette dernière doivent être interprétées en ce sens qu'elles s'opposent à ce que l'autorité administrative puisse, conformément à la réglementation nationale applicable, approuver les statuts d'un organisme mutualiste qui exerce une activité commerciale.

29. Le tribunal administratif a ainsi ordonné la suspension de la procédure et le renvoi des questions suivantes à la Cour

12 — Arrêt Commission/France (C-239/98, Rec. p. I-8935).

de justice, conformément à l'article 177 du traité CE (devenu article 234 CE):

« 1) L'article 8, paragraphe 1, sous b), de la directive précitée doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose aux dispositions des articles L. 123-1 et L. 123-2 du code français de la mutualité qui permettent à des mutuelles, n'exerçant que des activités d'assurance, de créer entre elles des organismes mutualistes, disposant de la personnalité morale et de l'autonomie juridique et exerçant des activités commerciales dans le domaine de l'optique?

2) Si les dispositions de la directive ne sont pas compatibles avec le droit français, l'interdiction d'une activité commerciale pour l'organisme mutualiste, créé par des mutuelles ayant pour seule activité l'assurance, est-elle générale et absolue ou les autorités compétentes de l'État membre ont-elles la possibilité de définir les conditions et les domaines dans lesquels une activité commerciale peut être exercée? »

Sur la recevabilité

30. Le gouvernement néerlandais, en qualité de partie intervenante, estime que les questions présentées par le tribunal administratif de Pau ne remplissent pas les conditions minimales de recevabilité.

D'après ce gouvernement, l'ordonnance de renvoi ne contient pas d'indication claire permettant de déterminer si la directive 73/239 est applicable. D'une part, elle ne décrit ni la nature ni l'objet de l'activité des mutuelles, de sorte qu'il n'est pas possible de vérifier si elles effectuent des activités d'assurance privée, couvertes par la directive, ou si, en revanche, elles ne sont pas soumises à cette directive parce que leurs opérations relèvent d'un régime obligatoire de sécurité sociale au sens de l'arrêt du 26 mars 1996, García e.a. [13]. D'autre part, l'ordonnance ne précise pas davantage dans quelle mesure l'entité qui administre le centre d'optique se distingue des mutuelles adhérentes ni quelles activités cette entité réalise, éléments nécessaires pour déterminer l'applicabilité de l'article 8, paragraphe 1, sous b), de la directive en l'espèce.

31. D'après une jurisprudence constante [14], pour que la Cour de justice puisse donner une réponse utile au juge national et pour que les parties intéressées puissent, conformément à l'article 20 du statut CE de la Cour de justice, exercer pleinement leur droit de présenter des observations, il importe que le juge national définisse le cadre factuel et réglementaire dans lequel s'insèrent les questions qu'il pose ou que, à tout le moins, il explique les hypothèses

13 — C-238/94, Rec. p. I-1673, point 10.

14 — Voir, notamment, l'ordonnance du 21 avril 1999, Charreire et Hirtsmann (C-28/98 et C-29/98, Rec. p. I-1963).

factuelles sur lesquelles ces questions sont fondées.

Force est donc de déclarer manifestement irrecevable la demande d'un juge national qui ne contient aucune indication répondant aux exigences précitées, ni en ce qui concerne le cadre factuel et juridique de l'affaire dont il est saisi, ni en ce qui concerne les raisons pour lesquelles il estime nécessaire de déférer des questions à la Cour de justice.

32. Je suis d'avis que, s'il ne fait aucun doute que l'ordonnance de renvoi, qui n'est pas un exemple de clarté, contient uniquement un exposé très succinct des éléments de fait et de droit dans lequel s'inscrit le litige, il n'en reste pas moins qu'il est possible de déduire des questions préjudicielles l'ensemble des éléments essentiels pour offrir au juge national une interprétation utile du droit communautaire et aux parties au principal, aux États membres et à la Commission, la possibilité de faire un usage effectif de leur droit de présenter les observations.

On peut en effet déduire de ces deux questions que le juge national souhaite savoir si la directive 73/239, telle qu'elle a été modifiée, interdit que les entreprises d'assurances créent entre elles des entités ayant une personnalité juridique distincte et exerçant des activités commerciales et, si tel est le cas, quel caractère — absolu ou relatif — revêt cette interdiction. Les expressions «mutuelles, n'exerçant que des activités d'assurances» et «mutuelles ayant pour seule activité l'assurance», utilisées par le juge de renvoi dans la formulation de ses questions, permettent de conclure que les mutualités en cause ont vocation à constituer des entreprises d'assurances, au sens de l'article 1er de la directive 92/49, et qu'elles n'exercent pas des activités comprises dans un régime légal de sécurité sociale.

33. J'estime par conséquent que, dans ces conditions, il faut juger recevable la demande de décision préjudicielle présentée par le tribunal administratif de Pau.

Sur le fond

34. Je soulignerai à titre préliminaire que les circonstances de fait évoquées ci-dessus font apparaître deux situations juridiques différentes: alors que, dans le cas de l'Adour, le centre optique est géré directement par une mutuelle, dans le cas de l'UPA, cette gestion est confiée à une union de mutuelles ayant une personnalité juridique propre. Les questions du juge de renvoi ne se réfèrent toutefois qu'à cette deuxième hypothèse. Quoi qu'il en soit et comme on le verra, la réponse que je propose est applicable indistinctement aux deux situations.

Sur la première question préjudicielle

35. En posant sa première question préjudicielle, la juridiction de renvoi demande si le droit communautaire et, en particulier, l'article 8, paragraphe 1, sous b), de la directive 73/239, telle qu'elle a été modifiée, s'oppose à une législation nationale, comme celle contenue dans les articles L.123-1 et L.123-2 du code de la mutualité, qui permet aux entreprises d'assurances de créer entre elles des entités ayant une personnalité juridique propre et exerçant des activités commerciales.

La circonstance que les entreprises d'assurances en cause ont adopté la forme de mutuelle et que les entités qu'elles constituent servent à gérer un centre d'optique, si elle peut être pertinente à d'autres titres, ne semble pas avoir d'incidence pour la réponse que la Cour de justice est appelée à donner. En effet, pour ce qui nous intéresse, la directive ne contient pas de dispositions spécifiques applicables en fonction de la forme juridique de l'entreprise et elle ne réserve pas non plus un traitement différent, en fonction de leur nature, aux opérations commerciales, autres que l'assurance, effectuées par les entreprises [15].

36. D'après l'ABBOI, demanderesse au principal, la législation française enfreint le principe de spécialité énoncé à l'article 8, paragraphe 1, sous b), de la directive, en ce qu'elle permet aux mutuelles de créer une entité comme le centre d'optique, même lorsque cette entité possède une personnalité juridique propre. En effet, étant donné que l'article L.123-2 du code de la mutualité prévoit, en son paragraphe 2, que les accords adoptés régulièrement par l'assemblée générale de l'union sont obligatoires pour les mutuelles adhérentes (voir le point 7 ci-dessus), ces entités peuvent être appelées à supporter les pertes de l'union pour un montant susceptible d'excéder leur apport initial et leurs ressources disponibles. De cette façon, les difficultés financières d'un centre d'optique géré par une union de mutuelles, ou simplement la nécessité de financer ses investissements, pourraient arriver à affecter la solvabilité des mutuelles adhérentes. La faillite et la liquidation du centre d'optique peuvent déboucher sur une situation similaire.

L'ABBOI déduit des considérations qui précèdent que, dans son état actuel, la législation française n'assure pas de séparation juridique, comptable et financière totale entre les mutuelles adhérentes et l'union, et ce en violation de l'article 8, paragraphe 1, sous b), de la directive.

37. L'Adour et l'UPA, les entités qui gèrent les centres d'optique dont les règlements font l'objet du litige au principal, ont affirmé à propos de la deuxième question préjudicielle que l'article 8, paragraphe 1, sous b), n'a pas d'effet direct, dans la mesure où les États membres disposent d'une marge d'appréciation lorsqu'ils définissent ce qu'il faut entendre par « activité

15 — Aspect sans doute critiquable, de lege ferenda, eu égard à la nature particulière des mutuelles de prévoyance sociale qui combinent une activité d'assurance, fondée sur des principes propres de solidarité dans le risque, et une vocation d'utilité sociale.

d'assurance et opérations qui en découlent directement».

S'agissant de la première question, elles font valoir que la directive 73/239 n'est pas applicable à une union de mutuelles qui n'exerce aucune activité d'assurance et est dotée d'une personnalité juridique distincte.

38. Dans le droit fil de l'argumentation qu'il consacre à la question de la recevabilité, le gouvernement néerlandais estime, sur le fond, que la directive 73/239 n'est pas applicable à un régime national de sécurité sociale.

39. Le gouvernement français considère, de son côté, que l'article 8, paragraphe 1, sous b), de la directive 73/239 est dépourvu d'effet direct en raison de l'incertitude existant à propos de la définition et de la portée de la notion d'activité commerciale visée dans cette disposition.

40. Pour la Commission des Communautés européennes, la directive 73/239 ne s'oppose pas à une législation nationale qui permet à des entreprises d'assurances de participer à la création d'une entité qui est dotée d'une personnalité juridique propre et poursuit des fins autres que l'assurance, pour autant que les obligations des entreprises adhérentes se limitent à leurs apports initiaux, n'excèdent pas le montant de leurs ressources disponibles et n'affectent pas leurs provisions techniques ou leur marge de solvabilité.

41. Je me range entièrement à la position défendue par la Commission.

Je reconnais dès l'abord que la solution qui en découle n'interdit ni n'autorise purement et simplement la création, par des entreprises d'assurances, d'entités telles que les centres d'optique de l'espèce. Elle la subordonne cependant à la seule condition qu'elle n'affecte pas les fonds autres que le patrimoine libre de ces entreprises. Selon moi, on ne peut tirer d'autres principes du droit communautaire en vigueur. C'est au juge national qu'il incombe de déterminer s'il est possible de donner de l'effectivité à ce principe par la voie juridictionnelle dans un secteur qui n'a pas été adapté à l'ensemble des dispositions de la directive, telle qu'elle a été modifiée par la suite, comme celui des mutuelles régies par le code de la mutualité. En effet, en plus des difficultés que présente le caractère personnel des mutuelles, il est probable que, dans son état actuel, le régime auquel elles sont soumises ne connaisse pas de paramètres équivalant à celui du «patrimoine libre» ou que celui-ci ne coïncide pas avec celui visé dans la législation communautaire [16].

16 — Dont les règles de sécurité sont plus exigeantes que celles régissant actuellement les mutuelles. Voir, à ce propos, Jean-Charles, G., et Lafargue, G., *Les mutuelles face à l'Europe*, Paris, 1994, p. 62.

42. Je commencerai tout d'abord par rejeter les objections qui ont été formulées à l'encontre de cette solution.

43. D'après le gouvernement néerlandais, les dispositions de la directive ne s'appliquent pas à une situation juridique relevant d'un régime de sécurité sociale. En effet, le droit communautaire n'affecte pas la compétence des États membres d'organiser leur système de sécurité sociale [17].

Quoi qu'il en soit, ainsi que nous l'avons expliqué précédemment (voir le point 32 ci-dessus), rien ne permet de présumer que l'Adour et l'UPA — ou, plus précisément, les mutuelles qui composent cette dernière — sont des entités chargées de la gestion du régime obligatoire de sécurité sociale. Le dossier ne contient aucune indication sur la nature des activités des mutuelles adhérentes à l'UPA. En ce qui concerne l'Adour, elle est, d'après ce que déclare l'ABBOI (voir le point 25 ci-dessus), une mutuelle qui fournit des prestations d'assurance complémentaire maladie, ce qui semble plutôt indiquer qu'elle n'opère pas dans le cadre de la protection sociale obligatoire, ce qui est le propre de la sécurité sociale, mais que, en toute hypothèse, elle offre une alternative partielle à la couverture maladie assurée par le régime légal. Cette activité relève explicitement du champ d'application de la directive [18]. Enfin, il ressort de l'ordonnance de renvoi que tant l'Adour que l'UPA sont des entités soumises au code de la mutualité, constituées sous une forme juridique prévue par l'article 8, paragraphe 1, sous a), de la directive (voir le point 16 ci-dessus), ce qui laisse à penser qu'elles ne sont pas chargées de la gestion du régime légal de sécurité sociale [19].

Dans ces circonstances, force est de s'en tenir au libellé de la question préjudicielle qui vise très clairement l'hypothèse de «mutuelles, n'exerçant que des activités d'assurance». Il suffira de limiter la portée de la réponse à l'existence ou non de cette condition, élément dont la vérification incombe au juge national [20].

44. D'après l'Adour et l'UPA, la directive 73/239 n'est pas applicable à une union de mutuelles qui n'exerce en elle-même aucune activité d'assurance. Bien que cette objection ait été formulée à propos de la deuxième question préjudicielle, il importe, pour la clarté de l'exposé, de la rejeter à ce stade de l'analyse. Il suffit d'observer pour ce faire que, s'il est possible qu'une union de mutuelles comme celle de l'espèce ne relève pas du champ d'application de la directive et, en fin de compte, du principe d'exclusivité qui y est énoncé, il n'en reste pas moins que l'une et l'autre s'appliquent

17 — Voir article 2, paragraphe 1, sous d), de la directive 73/239, ainsi que arrêts du 7 février 1984, Duphar e.a. (238/82, Rec. p. 523, point 16), et du 17 février 1993, Poucet et Pistre (C-159/91 et C- 160/91, Rec. p. I-637, point 6).

18 — Comme on peut le déduire, en particulier, du libellé de l'article 54 de la directive 92/49.

19 — Il est vrai cependant que l'article L.111-2 du code de la mutualité prévoit, dans son dernier paragraphe, que, sans préjudice de leur réglementation propre, les mutuelles qui gèrent un régime obligatoire de sécurité sociale sont soumises audit code. Les représentants de l'Adour et de l'UPA ne sont malheureusement pas parvenus, lors de l'audience, à dissiper les doutes sur la question de savoir si elles assuraient ou non cette gestion pour leur mandant.

20 — Il lui appartiendra aussi de déterminer s'il se trouve ou non dans l'une des hypothèses de non-application de la directive, visées en ses articles 2 et 3.

à chacune des mutuelles qui forment l'union, de sorte qu'il est tout à fait justifié d'examiner la mesure dans laquelle ces mutuelles peuvent exercer des activités commerciales autres que l'assurance, fût-ce par personne morale interposée.

45. L'Adour et l'UPA considèrent aussi que l'article 8, paragraphe 1, sous b), n'a pas d'effet direct dans la mesure où le législateur national ne définit pas la notion d'« activité d'assurance et opérations qui en découlent directement ». Le gouvernement français défend la même thèse à propos de la notion d'« activité commerciale » [21].

46. Ces objections sont dépourvues de fondement. L'article 8, paragraphe 1, sous b), introduit dans la directive 73/239 par la directive 92/49 (voir le point 15 ci-dessus), établit le principe dit « principe d'exclusivité », en vertu duquel les entreprises d'assurances doivent limiter leur objet social aux activités prévues dans cette directive et aux opérations qui en découlent directement, à l'exclusion de toute autre activité commerciale. La directive définit avec précision son champ d'application qui se limite, en général, à l'accès et à l'exercice de l'activité non salariée de l'assurance directe dans les dix-huit branches visées à la section A de son annexe [22] (article 1er). Les articles 2, 3 et 4 en énumèrent les conditions de non-application en raison du type d'activité (les assurances sur la vie et complémentaires, les assurances de rente, les assurances comprises dans un régime de sécurité sociale, les opérations de capitalisation et les opérations ne donnant pas lieu à la constitution de réserves techniques actuarielles) et de la forme ou des caractéristiques de l'entreprise d'assurances (certaines mutuelles et organismes de droit publics spécifiques).

Par ailleurs, la directive ne permet pas d'adaptations ou de dérogations à ce principe [23].

47. Je considère par conséquent que la formulation du principe d'exclusivité contenu dans la directive respecte les conditions de précision et d'inconditionnalité nécessaires pour qu'il puisse être invoqué directement.

48. S'agissant du présent cas d'espèce, il ne fait pas de doute que l'activité d'un centre d'optique, qui consiste, apparemment [24], en la vente au public en général de produits tels que, entre autres, des lunettes de soleil et des lentilles de contact, n'est pas une

21 — Ce gouvernement n'a cependant pas pu expliquer à l'audience en réponse à une question de la Cour et, plus précisément, à celle que je lui posée, en quoi consistait la précision apportée par le législateur français à propos des autres formes juridiques que peuvent adopter les entreprises d'assurances et qui ont fait l'objet de la transposition, à savoir celles régies par le code des assurances (société anonyme, société d'assurance mutuelle), ou par le code de la sécurité sociale ou le code rural (institutions de prévoyance).

22 — Après l'amendement apporté par la directive 84/641/CEE du Conseil, du 10 décembre 1984, modifiant, en qui concerne notamment l'assistance touristique, la première directive (JO L 339, p. 21).

23 — À la différence de ce qui passe, par exemple, à propos du principe dit « principe de spécialité » qui impose la séparation des activités d'assurance vie et des autres.

24 — Voir l'acte notarié joint aux observations de l'ABBOI.

activité d'assurance, et l'on ne saurait prétendre qu'elle découle directement de celle-ci [25]. Elle ne peut pas être visée non plus par les conditions d'exclusion prévues aux articles 2, 3 et 4 de la directive. Il est clair, en revanche, qu'elle constitue une activité à caractère commercial. La circonstance que l'entité gestionnaire ne poursuit aucun but de lucre n'a aucune incidence à l'égard de cette qualification [26]. On peut invoquer à l'appui de cette affirmation le critère que retient la Cour de justice dans le cadre du droit de la concurrence, d'après lequel «la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement» [27]. Quoi qu'il en soit, il est préférable de se référer à la ratio legis de la disposition litigieuse. Comme l'a déclaré la Cour, «l'interdiction faite aux entreprises d'assurances d'exercer des activités commerciales étrangères à l'assurance, prévue à l'article 8, paragraphe 1, sous b), des directives 73/239 et 79/267, modifié, vise notamment à protéger les intérêts des assurés contre les risques que pourrait engendrer l'exercice de telles activités pour la solvabilité de ces entreprises» [28]. Or, il ne fait pas de doute que la gestion d'un centre d'optique fait naître des obligations de nature économique qui peuvent engendrer des pertes susceptibles d'affecter l'entreprise d'assurances qui assure cette gestion. Cette dernière introduit dès lors un facteur de risque qui n'a aucun rapport avec l'activité d'assurance et qui n'a pas été pris en compte dans les calculs prudentiels [29].

Au vu de l'ensemble de ces éléments, il importe de rejeter cette deuxième objection et de déclarer que les entreprises d'assurances visées par l'article 8 de la directive ne peuvent pas inclure dans leur objet social la création et la gestion d'un centre de vente de produits optiques [30].

49. Cette conclusion ne se traduit toutefois pas par une interdiction absolue, pour les entreprises d'assurances, de participer, fût-ce indirectement, à des activités commerciales autres que l'assurance. En effet, toute participation n'affecte pas l'objet social.

25 — De façon générale, la réglementation communautaire sur les assurances a uniquement prévu des prestations spécifiques en matière d'assistance touristique, régie par la directive 84/641, précitée à la note 22, mais il est vrai qu'elles ne sont interdites par aucune disposition.

26 — Ce qui, en tout cas, serait uniquement certain pour l'entité et non pour l'activité concrète de vente de produits optiques au public en général, que l'on peut difficilement envisager sans marge bénéficiaire. C'est l'avis de la cour d'appel de Douai qui, dans un arrêt du 6 avril 1998, déduit de l'article L.111-1 du code de la mutualité (voir point 3 ci-dessus) qu'il exige qu'un centre d'optique mutualiste limite ses services aux membres de la mutuelle qui le gèrent (citée dans le rapport de M. Rocard *Mission mutualité et droit communautaire*, 1999, p. 9).

27 — Voir notamment, sur la notion d'entreprise au sens des articles 85 et 86 du traité CE (devenus articles 81 CE et 82 CE), les arrêts du 23 avril 1991, Höfner et Elser (C-41/90, Rec. p. I-1979, point 21); Poucet et Pistre, précité à la note 17, point 17; du 19 janvier 1994, SAT Fluggesellschaft (C-364/92, Rec. p. I-43, point 18), et du 16 novembre 1995, FFSA e.a. (C-244/94, Rec. p. I-4013, point 14). Voir, en particulier, l'arrêt du 21 septembre 1999, Brentjens' (C-115/97 à C-117/97, Rec. p. I-6025, points 71 et suiv.), dans lequel la Cour a reconnu la qualité d'entreprise à une entité chargée de gérer, sans but de lucre, un régime de pension complémentaire obligatoire.

28 — Point 47 de l'arrêt Skandia, précité à la note 3.

29 — D'après ce que l'on entend par la notion d'«activité commerciale autre que l'assurance» dans le rapport Rocard, précité à la note 26, p. 29.

30 — C'est ainsi que semble l'avoir entendu le législateur français lorsqu'il a modifié, à la lumière de la directive 92/49, le régime des «institutions de prévoyance», distinctes des formes visées à l'article 8, paragraphe 1, sous a), de la directive (voir le point 16 ci-dessous), de sorte qu'elles «peuvent mettre en œuvre au profit de leurs membres participants une action sociale qui, lorsqu'elle se traduit par l'exploitation de réalisations sociales collectives, doit être gérée par une ou plusieurs personnes morales distinctes de l'institution».

50. Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt Skandia, il s'agissait de déterminer si les États membres pouvaient limiter la liberté des entreprises dans le choix des actifs disponibles, garantie par l'article 18, paragraphe 1, de la directive telle qu'elle a été modifiée (voir le point 21 ci-dessus). Comme je l'ai déjà signalé dans les conclusions présentées dans cette affaire [31], la limitation des activités des entreprises d'assurances à celles de ce secteur est formulée dans les directives au moyen de termes bien précis, qui se réfèrent à leur « objet social ». Celui-ci doit se limiter aux activités d'assurance et à celles qui en découlent directement. Rien n'empêche que les entreprises d'assurances, tout en respectant cette règle, investissent des fonds dans d'autres entités étrangères au secteur. Il en va ainsi parce que la détention d'une participation au capital social constitue une partie du patrimoine d'une personne physique ou morale, mais elle ne suppose ni n'implique pour celle-ci, de façon nécessaire, l'exercice de l'activité commerciale à laquelle se consacre, dans chaque cas, l'entreprise en cause.

51. Je considère ainsi que le placement du patrimoine libre en un quelconque actif, s'il ne dénature pas l'objet social de l'entreprise d'assurances qui investit de la sorte ses fonds disponibles, ne doit pas être considéré comme une « activité autre que l'assurance », interdite à ce type de société. C'est une uniquement dans l'hypothèse où, par ces participations, l'entreprise tente de contourner la limitation de l'objet social par la création de sociétés instrumentales, au travers desquelles elle exerce d'autres activités, que les autorités nationales de contrôle pourraient intervenir, au cas par cas, pour éviter ce qui pourrait supposer une modification substantielle de son objet social.

52. Conformément à ce qui précède, la Cour a signalé que le libellé de l'article 8, paragraphe 1, sous b), de la directive « n'interdit nullement aux entreprises d'assurances de détenir, au titre de leur patrimoine libre, des actions dans une société exerçant une activité étrangère à l'assurance » [32]. Elle en a conclu que « la disposition précitée n'empêche pas l'entreprise d'assurances de détenir des actions de sociétés anonymes exerçant leur activité commerciale en dehors de l'assurance et aux patrimoines desquels les risques financiers sont cantonnés » [33].

53. Il ne fait aucun doute que la même solution s'applique à toute forme de participation dans une entité tierce, pour autant qu'il soit certain que la responsabilité de la société qui prend la participation demeure limitée au montant de son apport en capital.

54. Il importe dès lors de répondre à la juridiction de renvoi que l'article 8, paragraphe 1, sous b), de la directive n'interdit pas à une entreprise d'assurances de participer au capital d'autres entités exerçant des activités autres que l'assurance, pour autant que son apport n'excède pas le montant de ses actifs disponibles et que sa responsabilité se limite à cet apport.

31 — Rec. 1999, p. I-1881.

32 — Arrêt Skandia, précité à la note 3, point 46.

33 — Idem, point 47.

Sur la deuxième question préjudicielle

55. En posant sa deuxième question, le tribunal administratif de Pau souhaite savoir si l'interdiction, pour un organisme mutualiste, d'exercer une activité commerciale autre que l'assurance est, le cas échéant, générale et absolue ou si, au contraire, les États membres ont la possibilité de définir les conditions et les domaines dans lesquels elle peut être exercée.

56. La réponse devant être donnée à cette question se déduit du libellé de la réponse que je propose pour la première: les entreprises d'assurances peuvent participer à l'exercice d'activités commerciales autres que l'assurance moyennant l'apport, à une tierce personne, leurs actifs disponibles et pour autant que leur responsabilité soit limitée à cet apport. Pour le reste et comme on peut le déduire de l'article 18, paragraphe 1, de la directive, telle qu'elle a été modifiée, les États membres n'ont pas la faculté de prévoir des règles applicables à ces actifs.

Conclusion

57. Eu égard aux considérations qui précèdent, je propose à la Cour de justice de répondre comme suit aux questions préjudicielles présentées par le tribunal administratif de Pau:

«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, telle que modifiée par la directive 92/49/CEE du Conseil, du

18 juin 1992, 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 modifiant les directives 73/239 et 88/357/CEE (troisième directive 'assurance non vie'), n'interdit pas à une entreprise d'assurances de détenir une participation dans le capital d'autres personnes morales exerçant des activités commerciales autres que l'assurance, pour autant que son apport n'excède pas le montant de ses actifs disponibles et que sa responsabilité se limite à cet apport.»