

Droit européen et protection sociale négociée : mesure de l'autonomie des partenaires sociaux

Marion Del Sol

Professeur de droit

Université de Rennes 1 / IODE (UMR CNRS 6262)

Au sein de l'Europe des 28, il existe autant de systèmes de protection sociale que d'États membres. En effet, dans le champ de la sécurité sociale et de la protection sociale des travailleurs, le législateur européen ne peut adopter des mesures visant à « [l']harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres » (TFUE¹, art. 153§2). Exprimé autrement, cela signifie que la configuration des systèmes de protection sociale et les principes fondamentaux qui les sous-tendent relèvent de la compétence de chaque État membre, compétence à laquelle le droit de l'Union ne peut porter atteinte². Par conséquent, la place conférée à la protection sociale négociée – par rapport aux dispositifs légaux – dépend de choix exprimés au niveau national mais également de la manière dont les partenaires sociaux doivent, ou peuvent, se saisir du rôle qui leur est reconnu.

Si les États membres sont seuls compétents pour définir les contours de leur système de protection sociale, ils ne disposent pas pour autant d'une liberté sans limite en ce domaine. Les systèmes nationaux sont donc sous influence européenne. Le droit de l'Union européenne ainsi que la jurisprudence de la Cour de justice³ influent en effet sur les choix susceptibles d'être opérés, que ces choix soient d'origine légale ou le fruit de négociations entre partenaires sociaux (par exemple, régime professionnel de retraite ou de prévoyance).

L'objet des développements à venir consistera à rendre compte de cette influence en présence de dispositifs de protection sociale d'origine professionnelle⁴. Il s'agit ainsi d'appréhender la latitude dont disposent les partenaires sociaux dans ce champ de négociation afin de mettre en exergue tant les contraintes que les opportunités induites par le droit positif européen et de mesurer quel usage il peuvent faire de l'Europe⁵. Dans un contexte de promotion du dialogue social, la mesure de l'autonomie conventionnelle en matière de protection sociale mérite attention. Elle s'avère complexe, l'analyse juridique nécessitant d'opérer une dissociation entre l'objet de l'accord collectif, son contenu matériel (à savoir les caractéristiques du régime professionnel) et les conditions fixées par les partenaires sociaux pour sa réalisation (par exemple, affiliation obligatoire ou encore désignation d'un organisme assureur). Transparaît alors une sorte de dégradé d'autonomie.

¹ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE).

² CJCE 7 févr. 1984 *Duphar*, aff. 238/82

³ Cour de Justice de l'Union Européenne (ci-après CJUE), qui a succédé à la CJCE.

⁴ Pour plus de simplicité, nous retiendrons la définition des régimes professionnels de sécurité sociale donnée par la directive 86/378/CEE, telle que modifiée par la directive 96/97/CE (v. *infra*) : régimes qui « ont pour objet de fournir aux travailleurs, salariés [...], groupés dans le cadre d'une entreprise ou d'un groupement d'entreprises, d'une branche économique ou d'un secteur professionnel ou interprofessionnel, des prestations destinées à compléter les prestations des régimes légaux de sécurité sociale ou à s'y substituer, que l'affiliation à ces régimes soit obligatoire ou facultative » (art. 2).

⁵ L'expression « usage de l'Europe » est empruntée à GRAZIANO PAOLO R. *et al.*, « Usages et européanisation, De l'influence multiforme de l'Union européenne sur les réformes des systèmes nationaux de protection sociale », *Politique européenne*, 2013/2 n° 40, p. 94-118

1. Détermination de l'objet de l'accord : une autonomie conventionnelle de plein exercice

Le droit à la négociation collective est affirmé par l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, les travailleurs et les employeurs se voyant reconnaître le droit de négocier et de conclure des conventions collectives. Ce droit a été élevé au rang de liberté fondamentale par le droit de l'Union européenne depuis que la Charte s'est vue conférer la même valeur juridique que les traités eux-mêmes⁶.

Cependant, fruit d'une négociation aboutie entre les partenaires sociaux, l'accord collectif est susceptible d'entrer en résonance avec le droit de la concurrence, spécialement avec les dispositions de l'article 101§1 TFUE qui prohibent les accords, ententes et pratiques concertées entre entreprises dès lors qu'ils sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qu'ils ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur. La question s'est alors posée de savoir si les accords collectifs conclus entre les partenaires sociaux pouvaient être soustraits au droit de la concurrence ou devaient y être attrait au motif qu'ils emportent parfois des effets restrictifs à la concurrence. Juridiquement, cette interrogation conduit à déterminer si l'accord collectif constitue une entente ou une pratique concertée entre entreprises.

Confrontée cette question, la Cour de justice n'a pas cherché à arbitrer entre le droit de négocier et le droit de la concurrence. Il ne s'est pas agi pour elle de faire primer l'un sur l'autre mais de donner une interprétation utile et cohérente des dispositions du traité définissant les missions et objectifs poursuivis par l'Union européenne (ou, avant elle, la Communauté européenne). Plus précisément, en présence d'un accord collectif, doivent être mis en cohérence, d'une part, l'objectif de réalisation du marché intérieur qui suppose un jeu non entravé de la concurrence entre opérateurs et, d'autre part, l'objectif d'amélioration des conditions de travail, du niveau de protection sociale et du dialogue social.

Tout en reconnaissant que les accords collectifs produisent inévitablement certains effets restrictifs de la concurrence, la Cour de justice a souligné que « *les objectifs de politique sociale poursuivis par de tels accords seraient sérieusement compromis si les partenaires sociaux étaient soumis [au droit de la concurrence] dans la recherche en commun de mesures destinées à améliorer les conditions d'emploi et de travail* »⁷. Et les juges de Luxembourg de conclure que les accords issus de négociations collectives entre partenaires sociaux en vue d'objectifs de politique sociale « *doivent être considérés, en raison de leur nature et de leur objet, comme ne relevant pas [du droit de la concurrence]* » (pt 60). Dès lors que l'objet de négociation contribue à l'amélioration des conditions d'emploi et de travail des salariés, il convient de donner un effet utile à l'accord afin qu'il puisse atteindre son objectif de politique sociale.

Dans l'arrêt *Albany*, la Cour estime que la convention collective mettant en place un régime de pension complémentaire répond bien à un objectif de politique sociale puisqu'il vise à garantir un certain niveau de pension à tous les travailleurs du secteur professionnel concerné et contribue dès lors directement à l'amélioration de l'une des conditions de travail des travailleurs, à savoir leur rémunération (différée). Dans un arrêt ultérieur, un régime

⁶ Voir art. 6§1 du Traité sur l'Union européenne (ci-après TUE)

⁷ CJCE 21 sept. 1999 *Albany*, aff. C-67/96 (point 59), *Rec.* p. I-05751

d'assurance des soins de santé a été analysé comme contribuant à l'amélioration des conditions de travail en garantissant aux travailleurs « *les moyens nécessaires pour faire face à des frais de maladie, mais également en réduisant les dépenses qui, à défaut d'une convention collective, auraient dû être supportées par les travailleurs* »⁸. Plus récemment, le même raisonnement a été tenu à propos d'une convention collective conclue dans le secteur de la boulangerie artisanale qui instituait une complémentaire santé, le remboursement des frais de soins de santé « *contribu[ant] à l'amélioration des conditions de travail* »⁹.

La détermination de l'objet et de la finalité de l'accord collectif est consubstantielle à l'exercice du droit de négocier puisqu'il s'agit de trouver, de façon concertée, des voies d'amélioration des conditions d'emploi et de travail. L'objectif poursuivi par les partenaires sociaux relève de l'essence même du droit de la négociation collective. Ils disposent d'une autonomie de plein exercice pour déterminer d'un commun accord des objectifs d'amélioration sociale. Au regard du droit européen, il suffit que l'objet de l'accord puisse relever du domaine des conditions d'emploi et de travail appréciées *lato sensu*, les avantages de protection sociale (retraite, prévoyance) en faisant partie.

2. Détermination du contenu matériel de l'accord : une autonomie encadrée par le droit social de l'Union européenne

Aucune disposition du droit européen ne contraint les partenaires sociaux dans la définition des avantages sociaux ou la détermination des caractéristiques du régime de protection sociale qu'ils entendent instituer¹⁰. Ils peuvent négocier *a minima* ou se montrer ambitieux tant dans la nature des avantages, leurs conditions d'attribution, la générosité de leur montant ou encore leurs modalités de financement. Mais il importe de rappeler que, lorsque les partenaires sociaux concluent un accord collectif, ils font œuvre normative. À l'échelon professionnel et territorial auquel ils se situent, ils créent du droit social et, à l'instar d'un législateur national, doivent respecter le droit de l'Union.

Ainsi, l'influence du droit de l'Union européenne s'exerce sur l'activité normative des partenaires sociaux nationaux chaque fois qu'ils pénètrent dans la sphère des conditions d'emploi et de travail des salariés, cette sphère étant un terrain d'expression des institutions de l'Union européenne. Or tel est bien le cas lorsque les accords collectifs ont pour objet des avantages de protection sociale, voire l'instauration d'un régime social professionnel (par exemple, un régime de retraite ou de prévoyance). En effet, la jurisprudence de la Cour de justice a tiré parti de la définition « englobante » de rémunération retenue par l'article 157 TFUE pour qualifier de rémunération des avantages, voire des régimes, de protection sociale d'origine professionnelle dont on considère qu'ils sont accordés au travailleur en raison de son emploi¹¹ (par exemple, prestations de retraite¹² et d'invalidité¹³). S'inscrivant dans le

⁸ CJCE 21 sept. 2000 *Van der Woude*, aff. C-222/98 (point 25), *Rec.* p. I-07111

⁹ CJUE 3 mars 2011 *AG2R Prévoyance c/ Beaudout Père et Fils SARL*, aff. C-437/09, *Rec.* p. I-973

¹⁰ Ainsi, la Cour de justice a rappelé en 2007 que les États membres mais également, le cas échéant, les partenaires sociaux au niveau national « *disposent d'une large marge d'appréciation dans le choix non seulement de la poursuite d'un objectif déterminé parmi d'autres en matière de politique sociale et de l'emploi, mais également dans la définition des mesures susceptibles de le réaliser* ». CJCE 16 oct. 2007 *Palacio de la Villa*, aff. C-411/05, point 68, *Rec.* p. I-8531

¹¹ CJCE 13 mai 1986 *Bilka*, aff. 170/84, *Rec.* p. 1607

¹² CJCE 17 mai 1990 *Barber*, aff. C-262/88, *Rec.* p. I-1889

¹³ CJCE 28 sept. 1994 *Vroege*, aff. C-57/93, *Rec.* p. I-4583

sillage du droit du travail, ces avantages sont alors attirés dans une sphère juridique marquée tout spécialement par le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de rémunération. Et, la Cour de justice ayant reconnu son effet horizontal, ce principe est « opposable » à « toute convention visant à régler de façon collective le travail salarié... »¹⁴... sans compter qu'il est également décliné dans des textes de droit dérivé tels que ceux relatifs aux régimes professionnels de sécurité sociale¹⁵.

Il en va désormais de même du principe de non-discrimination en fonction de l'âge¹⁶, principe consacré par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 21) et concrétisé par la directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail¹⁷. On mesure l'importance de l'effet direct et horizontal d'un tel principe lorsqu'est en jeu un régime professionnel de retraite. En réalité, l'encadrement de la négociation collective sur ce point suppose de tenir compte de l'analyse jurisprudentielle croisée du principe même de non-discrimination à raison de l'âge et des différences de traitement fondées sur l'âge admises par la directive¹⁸ (art. 6). Ces différences peuvent être « validées » – et non considérées comme des discriminations – dès qu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif sont à la fois appropriés et nécessaires. Par conséquent, en cas de contestation de différences de traitement à raison de l'âge insérées dans le règlement d'un régime professionnel négocié, le juge opérera un contrôle de légitimité et de proportionnalité.

Au stade de la négociation, les partenaires sociaux ont tout intérêt à négocier en ayant en arrière-plan le « double test » de légitimité et proportionnalité. Ainsi, il peut paraître pertinent de motiver explicitement les choix emportant des différenciations fondées sur l'âge qu'ils entendent opérer, ce qui présuppose qu'ils portent une attention toute particulière à la définition des objectifs poursuivis par certaines stipulations de l'accord ou clauses du règlement du régime. Ils doivent également être soucieux d'expliquer le choix des moyens afin de montrer que ces moyens sont strictement nécessaires pour atteindre les objectifs. Il pourrait par exemple en aller ainsi en cas de cotisations de retraite progressives en fonction de l'âge¹⁹.

3. Détermination des conditions de réalisation de l'accord : une autonomie infléchie

Les développements précédents ont souligné que l'autonomie conventionnelle ne s'exerce pas juridiquement en vase clos. L'affirmation prend davantage de force et de relief lorsque l'on fait porter l'analyse, non plus sur la détermination des caractéristiques du régime professionnel négocié, mais sur les conditions de réalisation de l'objet de l'accord. Schématiquement, on passe d'un encadrement à une forme d'inflexion de l'autonomie conventionnelle.

¹⁴ CJCE 8 avril 1976 *Defrenne II / Sabena*, aff. 43/75 *Rec.* p. 455

¹⁵ Directive 96/97/CE du 20 déc. 1996 modifiant la directive 86/378/CEE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale, *JO L* 046 du 17 févr. 1997. Voir LE BARBIER-LE BRIS M., « L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans les régimes professionnels de retraite. La perspective communautaire », S. HENNION et O. KAUFMANN (dir.), *Les retraites professionnelles en Europe. Droit européen et comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 73-100

¹⁶ CJCE gde ch. 19 janv. 2010 *Kücükdeveci*, aff. C-555/07, *Rec.* p. I-36

¹⁷ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 nov. 2000, *JO L* 303 du 2 déc. 2000, p. 16

¹⁸ Sur cette jurisprudence, voir HENNION S., LE BARBIER-LE BRIS M. et DEL SOL M., *Droit social européen et international*, Paris, Presses universitaires de France, coll. « Thémis », 2013, 2^e éd., n° 363

¹⁹ V. CJUE 26 sept. 2013 *HK Danmark c/ Experian*, aff. C-476/11

3.1. La logique de l'inflexion

Depuis quelques années, la Cour de justice n'accorde pas une autonomie totale aux partenaires sociaux alors même que le droit de la négociation collective a été élevé au rang de liberté fondamentale. Elle précise que le droit de négocier doit être concilié avec les autres libertés fondamentales promues par le Traité. Dans le champ de la protection sociale, cette conciliation doit être assurée spécialement avec les libertés de nature économique²⁰.

Cette exigence est apparue pour la première fois dans la jurisprudence de la CJUE à propos d'une affaire concernant la mise en place par négociation collective²¹, dans la fonction publique communale allemande, d'une sorte de système d'épargne retraite consistant à consacrer des éléments de rémunération à la constitution de droits de retraite complémentaire. À cette occasion, il a été reproché le non respect des directives relatives à la liberté d'établissement et de la libre prestation des services dans le domaine des marchés publics. Mais, plus largement, la Cour affirme explicitement que « *l'exercice du droit fondamental de négociation collective doit [...] être concilié avec les exigences découlant des libertés protégées par le traité FUE* »²². Au plan des principes, la solution ne surprend pas totalement, les libertés fondamentales affirmées par le Traité n'étant pas hiérarchisées les unes par rapport aux autres.

Le raisonnement suivi par la Cour invite à dissocier la définition de l'objet de l'accord (v. *supra* 1) des conditions fixées par les partenaires sociaux pour la réalisation de cet objet (par exemple, affiliation obligatoire ou encore désignation d'un organisme assureur). En effet, ces conditions de mise en œuvre du dispositif de protection sociale « *ne touchent pas à l'essence du droit de négociation collective* »²³, ne sont pas consubstantielles à celui-ci. Dès lors, dans la détermination de ces conditions, les partenaires sociaux ne peuvent occulter l'existence des libertés fondamentales de nature économique ni faire abstraction du droit européen de la concurrence²⁴. Leur autonomie s'en trouve nécessairement infléchie et l'on bascule alors dans une démarche de conciliation et d'articulation accordant une place centrale aux questions de légitimité et de proportionnalité. Comme le note très justement L. Driguez à propos de la clause de désignation (v. *infra*), « *le droit organise une conciliation entre les impératifs sociaux d'intérêt général et le respect des règles concurrentielles. [...] Cet équilibre repose néanmoins sur un compromis dont la justification doit sans cesse être exprimée, expliquée et qui est susceptible d'évolutions* »²⁵.

²⁰ Pour une analyse des enjeux de cette conciliation centrée sur les dispositifs de retraite, voir HENNION S., « Retraites professionnelles d'entreprise et libertés économiques », S. HENNION et O. KAUFMANN (dir.), *Gouvernance des retraites professionnelles en Europe : sécurité garantie ?*, Heidelberg, Springer, 2011, p. 39-56

²¹ Apparition pour la première fois pour ce qui concerne la conciliation avec les libertés fondamentales de nature économique. Mais la « confrontation » avec la liberté fondamentale de circulation des personnes avait eu lieu quelques années antérieurement à l'occasion du très célèbre arrêt *Viking* (CJCE 11 déc. 2007, aff. C-438/05, *Rec. p. I-10779*).

²² CJCE, gde ch., 15 juill. 2010 *Commission c/ Allemagne*, aff. C-271-08, point 44, *Rec. p. I-07091*

²³ CJCE, gde ch., 15 juill. 2010 *Commission c/ Allemagne*, aff. C-271-08, point 49.

²⁴ Sur cette question, voir HENNION-MOREAU S. et HASSENTEUFEL P. (dir.), *Concurrence et protection sociale en Europe*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2003. Voir également DRIGUEZ L., *Droit social et droit de la concurrence*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 868 p.

²⁵ DRIGUEZ L., « Les clauses de désignation d'organismes de prévoyance à l'épreuve du droit de la concurrence », J.-L. GILLET, D. LORIFERNE et X. PRETOT (dir.), *Assurance et protection sociale*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2011, p. 199

3.2. Les manifestations de l'inflexion

Dans la jurisprudence de la Cour de justice, deux conditions de réalisation de l'objectif social défini conventionnellement sont particulièrement « sur la sellette » : l'obligation d'adhésion des entreprises et l'octroi d'un monopole de gestion (sur le fond et la forme).

Validité d'une obligation d'adhésion des entreprises. Les partenaires sociaux ayant négocié un accord collectif mettant en place un régime de protection sociale peuvent solliciter les pouvoirs publics afin d'en étendre le champ d'application, le plus souvent en rendant l'adhésion obligatoire pour les entreprises.

Dans l'affaire des fonds de pensions professionnels aux Pays-Bas ayant donné lieu en 1999 à l'arrêt *Albany*²⁶, la Cour de justice a considéré que la décision prise par les pouvoirs publics, n'avait pas à être juridiquement considérée « *comme imposant ou favorisant la conclusion d'ententes contraires [au droit de la concurrence] ou renforçant les effets de telles ententes...* ». Cependant, un arrêt beaucoup plus récent sème le doute sur la pérennité de cette jurisprudence et conduit à se demander si, à l'avenir, le juge européen ne va pas se monter plus exigeant. Il s'agit de l'arrêt *Kattner*²⁷ concernant un régime obligatoire d'assurance « accident du travail-maladie professionnelle ». Dans cette décision, la CJUE précise que tout régime à caractère obligatoire porte en germe une atteinte à la libre prestation des services car, par l'adhésion obligatoire. En effet, l'affiliation obligatoire pourrait restreindre la possibilité pour une compagnie d'assurances établies dans un autre État membre de proposer ses services mais également dissuader les entreprises de s'adresser à un prestataire étranger.

Certes, au cas d'espèce, était en cause un régime légal d'assurance « accident du travail-maladie professionnelle ». Mais la logique de l'arrêt est sans aucun doute, voire même *a fortiori*, transposable aux régimes professionnels négociés désireux de prévoir une adhésion obligatoire des entreprises entrant dans leur champ d'application. Il pourrait en résulter une exigence conditionnant la validité de l'adhésion obligatoire, les partenaires sociaux devant faire justifier le caractère obligatoire par une raison impérieuse d'intérêt général. Cette justification pourrait être notamment trouvée dans des considérations tenant à l'équilibre financier du régime puisque, d'un tel équilibre, dépend la pérennité d'une couverture sociale dont la nécessité peut être forte pour des raisons sociales, tout particulièrement dans des situations où la couverture de base est insuffisante pour protéger les salariés.

Justification d'un monopole de gestion du régime de protection sociale. Dans de nombreux régimes professionnels, il est prévu d'accorder un droit exclusif de gestion à un organisme d'assurances. Un tel choix conventionnel ne va pas sans susciter des interrogations quant à sa compatibilité avec les règles du droit de la concurrence puisqu'il emporte éviction des entreprises concurrentes du gestionnaire²⁸.

Dans l'arrêt *Albany* (fonds de pension sectoriel)²⁹, la Cour de justice admet le monopole de gestion confié à un organisme au motif qu'il aura à supporter, eu égard à certaines

²⁶ CJCE 21 sept. 1999 *Albany*, aff. C-67/96, *Rec.* p. I-05751

²⁷ CJCE 5 mars 2009 *Kattner*, aff. C-350/07, *Rec.* p. I-01521

²⁸ Voir DRIGUEZ L., « Les clauses de désignation d'organismes de prévoyance à l'épreuve du droit de la concurrence », J.-L. GILLET, D. LORIFERNE et X. PRETOT (dir.), *Assurance et protection sociale*, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2011, p. 191-207

²⁹ CJCE 21 sept. 1999 *Albany*, aff. C-67/96, *Rec.* p. I-05751

caractéristiques du régime s'imposant à lui, des contraintes « sociales » (notamment des éléments de solidarité) ayant un coût. Tel est également le cas dans l'arrêt *Commission c/ Allemagne*³⁰. La question a été de nouveau sur le devant de la scène avec l'arrêt *AG2R* rendu par la CJUE le 3 mars 2011³¹. L'affaire concernait un accord collectif conclu dans la branche de la boulangerie artisanale, accord instituant un régime obligatoire « frais de santé » et en confiant la gestion à AG2R par ce que l'on appelle une clause de désignation, complétée par une clause de « migration »³². La CJUE a été amenée à s'interroger sur la compatibilité de la situation dans laquelle se trouve AG2R avec l'article 102 TFUE (interdiction des abus de position dominante), lu en combinaison avec l'article 106 TFUE qui permet l'instauration de restrictions aux règles du marché pour les « *entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général* ».

Au regard de la position dominante que confèrent à AG2R les droits exclusifs de gestion qui lui sont accordés par l'accord collectif, il s'est agi de s'interroger sur le point de savoir si une telle exclusivité peut se justifier par la gestion d'un service d'intérêt économique général... ce qui rendrait ces avantages « euro-compatibles » sur le fondement de l'article 106§2 TFUE. Il ressort de la jurisprudence de la Cour que, dans un secteur professionnel donné, un monopole de gestion peut être accordé à un organisme, en raison des contraintes « sociales »³³ que l'organisme doit supporter et qui représentent un coût pour lui susceptible de le rendre moins compétitif par rapport aux autres acteurs présents sur le marché. La légitimation du monopole passe alors par la caractérisation d'un degré élevé de solidarité. Pour autant, dans l'affaire *AG2R*, la CJUE ne prend pas position sur la qualification³⁴ mais donne une sorte de grille d'analyse. Elle laisse ainsi entendre que l'octroi d'un droit exclusif en faveur de AG2R se justifie par le risque de défection de la part d'entreprises à sinistralité moindre et par la conséquence corrélative que AG2R en viendrait à avoir en portefeuille « *une part croissante de "mauvais risques" [...] qui provoquerait une hausse du coût des garanties, de sorte que [l'organisme désigné] ne pourrait plus proposer une couverture de même qualité à un prix acceptable* » (pt 77). Par conséquent, la Cour semble *a contrario* considérer qu'une dispense d'affiliation serait une menace pour la mutualisation des risques que la clause de désignation cherche à organiser et ce en raison d'un possible phénomène de sélection adverse (ou antisélection). Ainsi, elle entendrait que les entreprises n'aient pas juridiquement la faculté de « résister » ; en d'autres termes, les restrictions aux règles de concurrence emportées par les clauses de désignation assorties d'une obligation de migration seraient nécessaires pour mener à bien la mission d'intérêt général.

³⁰ CJCE, gde ch., 15 juill. 2010 *Commission c/ Allemagne*, aff. C-271-08, *Rec.* p. I-07091

³¹ CJUE 3 mars 2011 *AG2R Prévoyance c/ Beaudout Père et Fils SARL*, aff. C-437/90. Pour des commentaires de cette décision, voir M. DEL SOL, « L'euro-compatibilité des clauses conventionnelles d'affiliation obligatoire à d'un organisme d'assurance », *Lexbase*, éd. sociale n° 433 du 24 mars 2011 ; F. WISMER et J. DE CALBIAC, « Prévoyance d'entreprise, convention collective et droit communautaire », *Semaine Sociale Lamy*, 14 mars 2011, n° 1483, p. 11-12

³² C'est d'ailleurs cette clause de « migration » qui se trouve à l'origine du contentieux national. En effet, un artisan boulanger disposant déjà d'un contrat d'assurance « frais de santé » pour ses salariés a refusé de le dénoncer et de rejoindre AG2R, l'assureur désigné par les partenaires sociaux de branche. S'en sont suivis un contentieux initié par AG2R et une question préjudicielle posée à la CJUE par la juridiction nationale saisie en première instance (TGI de Périgueux).

³³ Il importe qu'un objectif social soit caractérisé, ce qui est rarement discutable et discuté s'agissant de l'instauration d'avantages de protection sociale au profit de travailleurs salariés.

³⁴ Elle n'avait pas à le faire puisqu'il s'agissait d'une question préjudicielle. Elle renvoie à la juridiction nationale le soin de qualifier juridiquement la situation contentieuse.

La portée de l'arrêt *AG2R* doit être relativisée quant à l'autonomie dont disposent les partenaires sociaux. Comme l'écrit fort justement un auteur, « *il n'y a pas de blanc-seing général donné aux partenaires sociaux qui leur permettrait une désignation d'une institution* »³⁵. Autrement dit, le jeu de la libre concurrence peut être aménagé par voie conventionnelle mais encore faut-il justifier de la pertinence de l'aménagement retenu : « *un monopole se mérite* »³⁶, ce qui signifie plus précisément que la position dominante accordée à un organisme gestionnaire doit s'avérer nécessaire pour mener à bien des activités marquées par un degré élevé de solidarité. Le véritable enjeu se situe à ce niveau : dans l'accord collectif, il devient dès lors pertinent – voire indispensable – d'établir et d'expliquer les éléments de solidarité³⁷.

Dans l'arrêt *AG2R*, la Cour fait référence à plusieurs éléments : financement par des cotisations d'un montant forfaitaire conduisant à ce que le taux ne soit pas proportionnel au risque assuré et donc à ce que l'âge, l'état de santé ou les risques particuliers inhérents au poste de travail occupé ne soient pas pris en considération³⁸ ; nature des prestations et étendue de la couverture non proportionnelles au montant des cotisations versées ; existence de droits « gratuits », non directement contributifs (par exemple, maintien temporaire de la couverture après rupture du contrat ou décès du salarié). À notre sens, d'autres éléments pourraient être ajoutés pour justifier un tel monopole tels que la mise en place d'une action sociale ou encore des actions « fortes » de prévention qui représentent des avantages non contributifs.

Au regard des éléments qui précèdent, on peut penser que le débat tournerait court lorsque l'accord collectif instaure un simple système de garanties de protection sociale et non un véritable régime de prévoyance. Certes, l'existence de garanties emporte des avantages pour les salariés bénéficiaires mais ne justifie pas semble-t-il l'octroi d'un monopole de gestion en l'absence d'élément de solidarité, spécialement en l'absence de droits non contributifs. C'est lorsque les partenaires sociaux sont plus ambitieux et instituent un régime dont l'architecture repose sur les liens de solidarité tissés entre les entreprises et entre les salariés que des droits exclusifs de gestion prennent tout leur sens. La question de leur légitimité peut alors, et alors seulement, être discutée.

Processus d'octroi d'un monopole de gestion. L'arrêt *AG2R* permet également de tirer des enseignements utiles quant au processus conventionnel d'octroi du monopole. Certes, la CJUE ne revient pas sur sa jurisprudence *Albany* mais elle se situe dans la brèche ouverte par l'arrêt *Commission c/ Allemagne* (affaire concernant un employeur public). Elle s'intéresse en effet aux conditions dans lesquelles la désignation ou l'octroi d'un droit exclusif pour un

³⁵ KESSLER F., « Les modalités de désignation d'organismes assureurs de prévoyance collective devant la Cour de cassation : circulez, il n'y a rien à discuter », *Revue de droit sanitaire et social*, 1/2013, p. 144-157

³⁶ Expression empruntée à S. HENNION, « Chronique de protection sociale d'entreprise », *Semaine Sociale Lamy*, 27 juin 2011, n° 1498, p. 7

³⁷ En France, le débat ne se situe plus à l'heure actuelle sur ce plan. En effet, à l'occasion de l'adoption de la loi du 14 juin 2013 dite de sécurisation de l'emploi, le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnelles les clauses de désignation en ce qu'elles portent atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle. L'invalidation n'intervient pas sur le fondement de la libre concurrence car elle n'a pas valeur constitutionnelle en France (décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013). Cependant, on peut noter que l'Autorité de la concurrence estime que le mécanisme de désignation est « *la modalité la moins favorable au dynamisme de la concurrence* » et qu'il ne devrait y être recouru que de façon très exceptionnelle et sous réserve qu'il y ait co-désignation d'organismes relevant de familles différentes (avis n° 13-A-11 du 29 mars 2013 relatif aux effets sur la concurrence de la généralisation de la couverture complémentaire collective des salariés en matière de prévoyance).

³⁸ En d'autres termes, la tarification n'est pas déterminée en fonction de la sinistralité de chaque salarié.

organisme gestionnaire intervient. Pour rappel, en 2010, la Cour avait sanctionné le non respect des règles relatives à la passation des marchés publics dans la mesure où des contrats de services d'assurance vieillesse d'entreprise avaient été attribués directement (sans appel d'offres) par des employeurs publics comptant plusieurs milliers de salariés. En 2011, dans une affaire concernant cette fois-ci des employeurs privés, la CJUE invite la juridiction nationale à examiner « *les circonstances dans lesquelles AG2R a été désignée [par la convention collective de branche] [...] et la marge de négociation dont cet organisme a pu disposer quant aux modalités de son engagement, et de la répercussion de ces éléments, sur le mode de fonctionnement du régime concerné dans son ensemble* » (pt 64). En d'autres termes, au regard de ce qui précède mais aussi du nombre de salariés potentiellement concernés par certains régimes professionnels, les procédures de désignation dans le cadre de conventions collectives (hors contexte marchés publics) sont désormais mises sous surveillance, avec des points de vigilance particuliers en matière de transparence du processus de désignation³⁹.

Si l'Union européenne n'a pas de compétence « opérationnelle » pour harmoniser les systèmes de protection sociale, il n'en est pas moins vrai qu'elle fixe le champ des possibles pour les États membres et certains acteurs. En effet, au fil de ses arrêts, « *la Cour développe sa propre conception des relations entre les objectifs économiques placés au cœur du projet d'intégration européenne et les objectifs inhérents au principe de solidarité qui caractérise les États sociaux nationaux* »⁴⁰. Les traits caractéristiques de cette jurisprudence constituent autant de lignes directrices communes pour les législateurs nationaux mais également pour les partenaires sociaux qui empruntent la voie de la négociation collective pour développer des dispositifs de protection sociale en faveur des salariés. Pour autant, cette jurisprudence ne doit pas être analysée comme contribuant à une véritable convergence en ce domaine. Le droit de négocier postule la diversité des accords puisque l'autonomie conventionnelle en est l'épicentre. Certes, le droit positif européen met sous surveillance, plus ou moins resserrée, l'activité conventionnelle. Pour autant, le dégradé d'autonomie dont disposent les partenaires sociaux ne doit pas être analysé comme une autonomie dégradée même si l'arrêt *Commission c/Allemagne* et sa logique d'articulation du droit de négocier avec les libertés économiques annoncent peut-être l'entrée dans une zone de turbulences⁴¹.

³⁹ Sur ces points de vigilance, voir les propos relatifs à l'arrêt *Commission c/ Allemagne* de DRIGUEZ L., « Les clauses de désignation d'organismes de prévoyance à l'épreuve du droit de la concurrence », art. cit., p. 206-207

⁴⁰ MAIRA M. « Quels impacts de la jurisprudence de la CJUE sur la protection sociale dans les États membres de l'Union européenne ? Les cas de la Belgique, du Royaume-Uni et de la Suède », *Politique européenne*, 2013/2, n° 40, p. 122

⁴¹ DRIGUEZ L., « Les institutions de protection sociale et le droit de la concurrence : concurrence ou inflexions ? », *Revue de droit sanitaire et social*, 2010, p. 1048-1059