357115
Sté Beaudout Père et fils

Séance du 16 décembre 2013
Lecture du 30 décembre 2013

CONCLUSIONS

Alexandre LALLET, rapporteur public

« *Dans son état actuel, le droit de la protection sociale complémentaire ressemble davantage à un sous-bois touffu qu'à un jardin à la française* ». Ainsi s'exprimait le rapporteur à l'Assemblée nationale du projet qui a abouti à la loi n° 94-678 du 8 août 1994, qui entendait asseoir juridiquement une pratique ancienne : celle qui consiste à désigner, pour l'ensemble d'une branche d'activité, un organisme assureur unique pour gérer une couverture d'entreprise, auprès duquel toutes les entreprises relevant de ce champ étaient tenues de s'adresser. Près de 20 ans plus tard, le jardin à la française ressemble plutôt à un champ en labour, après une violente tempête.

Par une décision du 13 juin 2013 (n° 2013-672), le Conseil constitutionnel a en effet jugé contraires à la Constitution les dispositions de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale qui prévoyaient ces clauses de désignation et, pour les entreprises déjà liées à un assureur, les clauses dites de « migration », en raison de leur contrariété à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre[1]. Il a toutefois neutralisé les effets de cette censure sur les contrats conclus antérieurement à la date de sa décision. C'est de ce régime en fin de vie qu'il vous faudra faire application ici. Rappelons à titre de contexte que la loi de financement de la sécurité sociale pour 2014 qui vient d'être

[1] V. pour une analyse complète et critique : X. Prétot, *La protection sociale obligatoire survivra-t-elle au despotisme de la concurrence ?*, RJS 11/13, novembre 2013, p. 643.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

adoptée a substitué aux clauses de désignation de simples clauses de « recommandation » non opposables aux entreprises de la branche concernée.

Les partenaires sociaux ont décidé en 2006 de conclure un avenant n° 83 à la convention collective nationale de la boulangerie-pâtisserie afin d'instituer un régime de remboursement complémentaire des frais de soin de santé au profit des quelques 120 000 employés du secteur. La gestion de ce régime a été confiée à l'institution de prévoyance AG2R Prévoyance. L'avenant comportant une clause de migration obligatoire, son extension par arrêté ministériel a contraint la société Beaudout Père et fils, qui venait de souscrire quelques jours auparavant un contrat de complémentaire santé auprès d'un autre assureur, à s'adresser à AG2R. Ce qu'elle a refusé de faire. Un contentieux s'est alors noué devant le tribunal de grande instance de Périgueux, qui a renvoyé à la Cour de justice de l'Union européenne une question préjudicielle à laquelle celle-ci a répondu par un arrêt du 3 mars 2011 (C-347/09) sur lequel nous reviendrons.

Comme le prévoyait l'avenant, la clause de désignation a fait l'objet d'un réexamen en 2011, les partenaires sociaux décidant de reconduire le dispositif existant par un avenant n° 100. Ce dernier a été étendu par un arrêté du 23 décembre 2011 dont la société Beaudout vous demande régulièrement l'annulation sur ce point.

Le directeur général du travail étant évidemment compétent pour signer l'arrêté, nous en venons sans tarder à sa légalité interne.

En premier lieu, la société requérante ne peut utilement se prévaloir de l'inconstitutionnalité de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale et de l'arrêté lui-même en tant qu'il étend un avenant appliquant ces dispositions, compte tenu de la modulation à laquelle a procédé le Conseil constitutionnel et à propos de laquelle il a

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

précisé, dans une décision n° 2013-349 QPC du 18 octobre 2013, qu'elle avait pour effet de maintenir le fondement légal des contrats existants.

Les autres moyens reposent pour l'essentiel sur les stipulations du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

L'invocation de l'article 9 du traité, qui impose à l'Union de prendre en compte dans ses politiques et actions les exigences liées à la garantie d'une protection sociale adéquate est inopérante à l'encontre d'un acte d'un Etat membre.

Celle des stipulations combinées du 1. de l'article 106 et de l'article 102, qui prohibent toute mesure par laquelle un Etat membre confèrerait à une entreprise des droits exclusifs qui conduiraient celles-ci à abuser de sa position dominante sur le marché intérieur ou une partie de celui-ci, est plus sérieuse. Mais vous pourrez vous appuyer sur l'arrêt de la Cour de justice que nous évoquions pour l'écarter. Dans cet arrêt, la Cour a écarté ce grief en jugeant que ces stipulations ne s'opposent pas par principe à ce que les pouvoirs publics investissent un organisme de prévoyance du droit exclusif de gérer un régime de protection complémentaire d'entreprise, sans aucune possibilité pour les entreprises du secteur d'activité concerné d'être dispensées de s'affilier audit régime. Au cas d'espèce, elle a laissé au juge national le soin d'apprécier si AG2R Prévoyance constitue une entreprise entrant dans le champ de ces stipulations, tout en lui fournissant le mode d'emploi à cette fin. Puis, faisant l'hypothèse que tel était bien le cas, elle a successivement considéré que sa désignation comme opérateur unique du régime de complémentaire santé des boulangers-pâtissiers était susceptible de la placer en position dominante sur une partie substantielle du marché commun, mais que le dossier ne faisait pas ressortir une situation d'abus automatique, dès lors en particulier qu'AG2R paraissait à même de satisfaire la demande des entreprises concernées.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Vous pourrez tout d'abord – et ce sera utile pour l'examen d'un autre moyen - affirmer qu'AG2R Prévoyance est une entreprise, c'est-à-dire une entité exerçant une activité économique[2]. En principe, toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché revêt un caractère économique. La finalité sociale d'un régime d'assurance permet toutefois d'écarter cette qualification si ce régime peut être considéré comme mettant en œuvre le principe de solidarité et s'il est soumis au contrôle de l'Etat qui l'a instauré. La Cour a d'ores et déjà considéré que le régime qui vous est soumis est caractérisé par un degré élevé de solidarité[3]. S'agissant du contrôle de l'Etat, elle a constaté que la mission de contrôle des modalités de fonctionnement du régime était « dévolue » aux partenaires sociaux – avant d'indiquer qu'il y avait lieu d'examiner si, eu égard aux circonstances dans lesquelles AG2R a été désignée par l'avenant et à la marge de négociation dont cet organisme a pu disposer quant aux modalités de son engagement, cette entité constitue une entreprise choisie par les partenaires sociaux sur la base de considérations économiques et financières, parmi d'autres entreprises avec lesquelles elle est en concurrence sur le marché des services de prévoyance qu'elle propose.

A la suite des conclusions de l'avocat général Mengozzi sur cette affaire, nous vous proposons de répondre positivement à cette question. D'une part, AG2R Prévoyance, qualifié par l'avenant n° 83 de « partenaire financier », est une institution de prévoyance créée en 1976 et appartenant au groupe AG2R La Mondiale, qui couvre 9 millions de personnes et d'ayants droit. Elle n'est pas une émanation des organisations d'employeurs ou de salariés de la boulangerie, même si son conseil d'administration est composé paritairement de représentants des entreprises adhérentes et des salariés

[2] Comme le relève L. Idot dans son commentaire de l'arrêt, « *La Cour n'exclut donc pas que l'activité soit qualifiée d'économique, mais renvoie au juge national le soin de vérifier ce point. La réponse finale à la question préjudicielle est rédigée d'une telle manière que l'on a le sentiment que la Cour penche en faveur d'une telle qualification, d'autant qu'il semblerait que ce soit la position adoptée par le juge* a quo ».

[3] Même si un tel régime ne relève pas de la « sécurité sociale » au sens de l'article 34 de la Constitution (n° 2013-672 DC).

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

couverts et que l'article R. 931-3-3 du code de la sécurité sociale y garantit en principe la représentation de chaque secteur professionnel adhérent. On peut penser qu'AG2R disposait d'une certaine marge de négociation pour la fixation initiale des paramètres du régime et sur sa propre rémunération. D'autre part, et surtout, les partenaires sociaux, qui n'étaient nullement contraint d'instituer un tel régime ou d'en confier la gestion à un tiers, ont tout à fait pu comparer l'offre d'AG2R Prévoyance avec celle de nombreux autres opérateurs sur ce marché et qui assurent d'ores et déjà la gestion d'autres régimes de prévoyance complémentaire d'entreprise analogues, qu'il s'agisse d'institutions de prévoyance, de mutuelles ou de sociétés d'assurance.

Les syndicats défendeurs, tout en contestant la qualification d'entreprise, indiquent eux-mêmes que la désignation d'AG2R résulte d'un choix opéré sur la base de considérations financières et sociales par les partenaires sociaux, ce que confirme la « déclaration commune des signataires » selon laquelle la reconduction de la désignation pour 5 ans a été décidée « *en considération des résultats économiques du régime, de la qualité de sa gestion et des progrès constatés en matière de santé publique* ». La circonstance, mise en avant en défense, que les partenaires sociaux conservent la possibilité d'ajuster le taux de cotisations ou le niveau de prestations en cours d'exécution des contrats, sans qu'AG2R puisse s'y opposer, a été relevée par la Cour de justice sans que celle-ci y voie un élément déterminant.

Si le moyen est opérant, donc, les trois circonstances mises en avant par la société requérante – à savoir l'absence de procédure de mise en concurrence préalable, l'insuffisance du contrôle de l'Etat sur la désignation d'AG2R et le fonctionnement du régime et l'insuffisance du contrôle des partenaires sociaux au cours de la période 2006-2011 – sont par elles-mêmes sans incidence sur la caractérisation d'un abus de position dominante.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Pour les mêmes raisons, vous pourrez écarter le moyen tiré de la méconnaissance de l'article L. 420-2 du code de commerce, qui prohibe également l'abus de position dominante.

Il vous restera à vous prononcer sur un moyen délicat tiré de ce que le ministre ne pouvait procéder à l'extension de l'avenant dès lors qu'AG2R n'a pas été désigné à la suite d'une procédure de publicité, en méconnaissance de l'obligation de transparence qui découle du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Vous savez que, depuis son arrêt Telaustria du 7 décembre 2000 (C-324/98), la CJUE tire du principe de non-discrimination posé par les articles 18, 43 et 56 du Traité une obligation à la charge des autorités concédantes de faire précéder le choix du concessionnaire d'une formalité de publicité adéquate permettant aux soumissionnaires potentiels de candidater, dès l'instant que la concession est susceptible d'intéresser une entreprise située dans un autre Etat membre. Compte tenu de l'importance du secteur de la boulangerie-pâtisserie et de la portée nationale de l'avenant étendu, il est certain que des assureurs installés dans d'autres Etats membres auraient pu souhaiter candidater. Or, le dossier ne fait pas ressortir la mise en œuvre d'une quelconque mesure de publicité préalable.

Reste à savoir si l'obligation de transparence s'impose dans le cas de la désignation d'un organisme assureur unique par accord collectif étendu. Deux points nous paraissent certains :

- d'une part, lorsqu'ils concluent un accord collectif de prévoyance comportant une clause de désignation, les partenaires sociaux ne sont pas tenus à l'obligation de transparence qui découle du Traité. Celle-ci ne s'impose qu'aux « autorités publiques », à savoir les pouvoirs adjudicateurs et les entreprises qui se trouvent sous le contrôle effectif de l'Etat ou d'une autre autorité publique et qui n'opèrent pas en situation de concurrence sur le marché (CJUE, 13 avril 2010, Wall AG c/ Ville de Francfort-sur-le-Main, C-91/08, pt. 47 à 49).

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

L'indépendance des organisations d'employeurs et de salariés à l'égard des collectivités publiques fait obstacle à la qualification d'autorité publique. Par suite, elles ont pu librement désigner AG2R Prévoyance comme organisme assureur unique auquel devaient faire appel les entreprises qui ont adhéré aux organisations signataires de l'avenant ou qui ont adhéré directement à celui-ci, sans préjudice d'une éventuelle extension.

- d'autre part, dans l'usage de son pouvoir d'extension, le ministre n'agit pas comme un « pouvoir adjudicateur » qui associerait une entreprise au service public. Il se borne à entériner le choix des partenaires sociaux et à le rendre opposable à l'ensemble des entreprises relevant du champ d'application de l'accord ou de l'avenant.

Mais ce double constat n'épuise pas le débat. Car la CJUE a jugé que l'obligation de transparence s'imposait non seulement dans l'attribution de concessions de service public par les pouvoirs adjudicateurs, mais aussi dans la délivrance d'un agrément administratif par l'Etat, dans l'exercice d'un pouvoir de police, et permettant à une entreprise d'exercer à titre exclusif une activité économique, qui a les mêmes effets qu'un contrat de concession de services (CJUE, 3 juin 2010, Sporting Exchange Ltd c/ Minister van Justitie, C-203/08). Dans cet arrêt[4], elle a posé en principe que « *l'obligation de transparence apparaît comme une condition préalable obligatoire du droit d'un Etat membre d'attribuer à un opérateur le droit exclusif d'exercer une activité économique, quel que soit le mode de sélection de cet opérateur* ». Or, lorsqu'il étend un accord collectif de prévoyance comportant une clause de désignation d'un organisme assureur unique, le ministre attribue bien à l'opérateur ainsi désigné le droit exclusif d'exercer l'activité correspondante sur le territoire, laquelle activité est, en l'occurrence, une activité économique comme nous vous l'avons indiqué

[4] Confirmé par un arrêt du 9 septembre 2010 (C-64/08, Ernst Engelmann).

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

précédemment. L'arrêt de la Cour conduit en outre à ne faire aucune distinction selon qu'il s'agit d'une primo-attribution ou d'un renouvellement.

Dans ce même arrêt, la Cour réserve certes l'hypothèse dans laquelle le bénéficiaire des droits exclusifs serait un opérateur public dont la gestion est soumise à la surveillance directe de l'Etat ou un opérateur privé sur les activités duquel les pouvoirs publics sont en mesure d'exercer un contrôle étroit, notamment par le biais de la nomination des organes dirigeants et l'exercice d'une tutelle (CJUE, 8 septembre 2009, Liga Portugesa de Futebol Profissional et Bwin International, C-42/07, pt. 66-67). Mais, d'une part, l'Etat n'exerce clairement pas un contrôle de cette nature sur les institutions de prévoyance, dont il ne saurait définir les objectifs, mais seulement un contrôle d'ordre réglementaire. D'autre part, il n'est pas certain que la Cour se satisfasse du contrôle qu'exercent les partenaires sociaux eux-mêmes sur l'assureur qu'ils ont choisi, alors que l'extension aboutit à rendre les stipulations litigieuses opposables à un grand nombre d'entreprises qui n'y ont pas consenti et qui sont simplement réputées « représentées » par les organisations signataires en vertu des règles de représentativité découlant du droit interne.

Les défendeurs font, pour leur part, valoir qu'une telle obligation de transparence méconnaîtrait le particularisme de la désignation d'un organisme par les partenaires sociaux, usant de leur droit fondamental à la négociation collective. Ils s'appuient sur le passage de l'arrêt Beaudout selon lequel un accord comme l'avenant n° 83 – prédécesseur de l'avenant n° 100 qui nous occupe – ne relève pas du champ des ententes prohibées par l'article 101 du Traité. Mais il s'agit d'une problématique toute différente. Et comme l'a jugé la CJUE dans un arrêt Commission c/ Allemagne du 15 juillet 2010 (C-271/08), pour l'application des directives sur les marchés de services, la désignation d'organismes de prévoyance dans une convention collective ne touche pas à l'essence du droit de négociation collective (pt. 49) et la préservation des éléments de solidarité d'un régime de prévoyance collective n'est pas, par nature,

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

inconciliable avec l'application d'une procédure de passation de marché ou un appel d'offres (pt. 58). *A fortiori*, elle ne l'est pas avec une simple formalité de publicité préalable.

Il subsiste donc un sérieux doute sur la possibilité d'étendre un tel accord sans mise en œuvre préalable d'une procédure permettant de garantir le respect de l'obligation de transparence. Ajoutons en opportunité qu'on voit bien tout l'intérêt qu'il y aurait, pour les entreprises comme pour les salariés, à ce que le plus grand nombre d'assureurs intéressés puissent formuler une offre. C'est d'ailleurs ce qui a conduit l'Autorité de la concurrence à préconiser la mise en place d'une procédure de mise en concurrence préalable dans son 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 – préconisation à laquelle le législateur a donné suite[5].

PCMNC au sursis à statuer jusqu'à ce que la Cour de justice de l'Union européenne se soit prononcée sur l'existence éventuelle d'une obligation de transparence préalable à l'extension d'un accord collectif confiant à une unique entreprise, choisie par les partenaires sociaux, la gestion d'un régime de prévoyance complémentaire institué au profit des salariés.

[5] Précisons que, comme l'indique le commentaire aux cahiers, le Conseil constitutionnel n'a pas eu à examiner cette question dans sa décision du 13 juin dernier, dès lors que la libre concurrence n'a pas en elle-même valeur constitutionnelle (n° 2010-89 QPC du 21 janvier 2011, Société Chaud Colatine).

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.