

## Les clauses de désignation et le droit de l'Union Européenne par Jacques Barthélémy

Mars 2011



Membre du Conseil scientifique, Jacques Barthélémy est avocat conseil en droit social. Il est le fondateur du cabinet Jacques Barthélémy & Associés, un des plus importants de la place pour le droit du travail et la protection sociale. Il a été, par ailleurs, professeur associé à la faculté de droit de Montpellier et membre du Conseil Économique et Social. Il est l'auteur de

trois ouvrages de référence, « Le droit de la durée du travail », « Le droit social, technique d'organisation de l'entreprise » et « Evolution du droit social, Une tendance à la contractualisation mais un rôle accru des droits fondamentaux du travailleur ». Il a également rédigé de nombreux articles publiés dans des revues spécialisées. A travers cette étude, Jacques Barthélémy analyse la portée de l'arrêt CJUE du 3 mars 2011 relatif aux clauses de désignation en matière de garanties collectives de prévoyance.

\*\*

\*

### Les clauses de désignation et le droit de l'Union Européenne

L'arrêt tant attendu du 3 mars 2011 de la CJUE concernant le régime de remboursement des frais de santé de la Boulangerie est le point d'orgue d'une saga judiciaire visant à faire juger comme contraire aux exigences de la libre concurrence le monopole conféré par la convention collective à AG2R pour ce régime.

En droit interne, l'ordonnance du 1er décembre 1986 exclut de son champ les domaines pour lesquels une loi spéciale en dispose autrement. C'est le cas des garanties collectives de prévoyance. En effet, l'article L.912-1 du Code de la sécurité sociale autorise la mutualisation des cotisations de toutes les entreprises auprès d'un organisme unique d'assurance, à la double condition de prévoir une procédure de revoyure

périodique et, pour les entreprises ayant mis en place des garanties similaires précédemment, de les adapter aux exigences de l'accord de branche.

Au plan du droit communautaire, la clause de désignation peut poser problème à deux titres : sur le terrain du jeu de la concurrence, laquelle ne peut être faussée ou restreinte (article 101 TFUE) et sur celui des positions dominantes prohibées si elles sont exploitées de façon abusive (102 TFUE). La Cour de Luxembourg a déjà eu l'occasion d'admettre la validité d'une telle clause en matière de retraite supplémentaire (arrêt Albany de 1999 mais pas seulement) ; mais aussi en matière de remboursement de frais de santé (van der Woude, 21 septembre 2000).

Le TGI de Périgueux n'en posait pas moins une question préjudicielle à la CJUE estimant que la situation créée est différente, dans la mesure où aucune dispense d'affiliation n'y est admise contrairement au cas d'espèce traité dans l'arrêt Albany. L'accord de la Boulangerie oblige en effet à l'adhésion à AG2R de toutes les entreprises, y compris (clause de migration) celles ayant mis en place des garanties similaires précédemment. En droit interne, cette obligation a été considérée licite par la Cour de cassation dans un arrêt de 2007, comme étant la déclinaison de l'obligation d'adaptation prévue par l'article L.912-1 du Code de la sécurité sociale.

La question posée par le juge interne au juge de l'Union portait aussi sur la capacité du ministre à étendre, par le biais d'un arrêté, le dispositif conventionnel aux entreprises non syndiquées, question essentielle dès lors que l'article 4 TUE impose aux Etats membres de l'Union de prendre toutes mesures propres à assurer l'exécution des obligations des Traités et que l'article 106 TFUE exige qu'ils n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des Traités.

### 1/ Validité au regard du jeu normal de la concurrence (article 101 TFUE en liaison avec l'article 4 TUE)

Pour le juge de Luxembourg, des accords conclus entre partenaires sociaux destinés à améliorer les conditions de travail ne relèvent pas de la prohibition





## Mars 2011

imposée par l'article 101 TFUE mais eu égard à leur nature et à leur objet. L'acte fondateur des garanties collectives de prévoyance est un avenant à la convention collective de la Boulangerie ; il résulte donc d'une négociation entre partenaires sociaux. Par ailleurs, l'objet de cet accord est de mettre en place un système de remboursement de frais de santé complémentaire à la sécurité sociale ; cet accord contribue donc à l'amélioration des conditions de travail du personnel.

Pour la CJUE (point 26), l'avenant n° 83 de la convention collective de la Boulangerie qui oblige toutes les entreprises de la branche à adhérer à AG2R pour la gestion du régime ne concrétise pas de ce fait une atteinte prohibée au sens de 101 TFUE. Elle en conclut que les pouvoirs publics sont libres, au regard de l'article 4 TUE, de rendre obligatoire cette obligation aux employeurs non syndiqués. C'est ce qui a été fait par arrêté ministériel, dont le Conseil d'Etat avait déjà refusé l'annulation pour excès de pouvoir en considération de ce que, selon la Cour de cassation, la clause de migration est licite au regard du droit interne.

### **2/ Impact sur la Constitution d'une position dominante (article 102 TFUE en liaison avec 106 TFUE).**

Puisque le dispositif échappe à la qualification d'acte contraire au jeu normal de la libre concurrence, le monopole confié à AG2R est concevable, sous réserve du respect des exigences de L.912-1 du Code de la sécurité sociale (« revoyure » périodique et adaptation des éventuels systèmes mis en place précédemment dans une entreprise). Pour autant, la construction ne sera licite que si elle n'induit pas un exercice abusif de la position dominante ; pour le juge de Luxembourg, la position dominante n'est pas abusive si le régime a une finalité sociale ; or tel est l'objet de toute convention collective. Ceci étant la seule finalité sociale est insuffisante ; encore faut-il que soit décliné le principe de solidarité et que le système soit soumis au contrôle de l'Etat.

Plusieurs moyens peuvent concrétiser un objectif de solidarité, notamment des droits non contributifs dans certaines situations, une action sociale au profit de défavorisés, une politique de prévention, des cotisations déconnectées de la réalité du risque propre. Au vu du contenu de l'avenant n° 83 de la convention

collective de la Boulangerie, la CJUE a constaté que le régime en cause est « caractérisé par un degré élevé de solidarité ». La situation des faits milite donc en faveur de la validité du dispositif.

Le contrôle de l'Etat se manifeste essentiellement, en droit interne, par le pouvoir réglementaire du ministre dans le cadre de l'extension (L.2261-15 du Code du travail si le dispositif de prévoyance est inclus dans une convention collective ou L.911-3 du Code de la sécurité sociale s'il s'agit d'un accord autonome). Par ailleurs, l'article L.932-9 du Code de la sécurité sociale interdit à l'assureur de suspendre ses relations avec une entreprise n'ayant pas acquitté ses cotisations. Or, pour la CJUE (arrêt Albany), cette obligation est déterminante.

Ce qui précède justifie la validité de la clause de migration qui correspond en effet aux besoins de la collectivité des entreprises de la branche, même si les entreprises ayant un bon risque peuvent trouver un contrat moins onéreux ailleurs. Pour la CJUE « la suppression de la clause de migration nuirait à l'objectif de solidarité car elle pourrait aboutir à une impossibilité, pour l'organisme assureur concerné, d'accomplir la mission d'intérêt économique général qui lui a été impartie ». En d'autres termes, au moins eu égard au niveau de solidarité né de l'acte fondateur des garanties, la validité de la clause de désignation pourrait dépendre de l'existence d'une clause de migration.

### **En conclusion**

Le principe de libre prestation de services n'interdit pas l'extension par arrêté ministériel d'accords collectifs de prévoyance contenant une clause de désignation et une clause de migration.

Du fait de l'objectif de solidarité poursuivi par les partenaires sociaux de la branche et de l'objet social de l'accord collectif relatif aux frais de santé d'un côté, des instruments de contrôle conférés à l'Etat pour qu'un tel accord soit mis en œuvre d'un autre côté, notamment dans les entreprises non syndiquées, la position dominante conférée à AG2R n'est pas, dans ce cas précis, abusive.

**Jacques Barthélémy**

