

Grosses délivrées
aux parties le :

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 6 - Chambre 2

ARRET DU 16 OCTOBRE 2014

(n° , 20 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **12/17007**

Décision déferée à la Cour : Jugement du 31 Juillet 2012 - Tribunal de Grande Instance de PARIS - RG n° 12/03112

APPELANTE

**FEDERATION NATIONALE DES SYNDICATS DES SERVICES DE SANTE
ET DES SERVICES SOCIAUX CFTD**

47/49 avenue Simon Bolivar
75950 PARIS CEDEX 19

*Représentée par Me Jean-jacques FANET, avocat au barreau de PARIS, toque :
D0675, avocat postulant*

*Représentée par Me Daniel SAADAT, avocat au barreau de PARIS, toque : P0392,
avocat plaidant*

INTIMEES

**FEDERATION DES SYNDICATS PHARMACEUTIQUES DE FRANCE
prise en la personne de ses représentants légaux**

13 rue Ballu
75009 PARIS

*Représentée par Me Jean-loup PEYTAVI, avocat au barreau de PARIS, toque :
B1106, avocat postulant*

*Représentée par Me Laure MARCILHACY, avocat au barreau de PARIS, toque :
G0009, avocat plaidant*

**L'UNION NATIONALE DES PHARMACIES DE FRANCE "UNPF"
prise en la personne de ses représentants légaux**

57, rue Spontini
75116 PARIS

*Représentée par Me Véronique DE LA TAILLE, avocat au barreau de PARIS, toque :
K0148*

**L'UNION DES SYNDICATS DE PHARMACIENS D'OFFICINE
prise en la personne de ses représentants légaux**

43 rue de Provence
75009 PARIS

*Représentée par Me Francine HAVET, avocat au barreau de PARIS, toque :
D1250, avocat postulant*

*Représentée par Me Elise BENISTI, avocat au barreau de PARIS, toque : C2553,
avocat plaidant*

**FEDERATION NATIONALE DU PERSONNEL D'ENCADREMENT DES
INDUSTRIES CHIMIQUES ET CONNEXES CFE-CGC
prise en la personne de ses représentants légaux**

56 rue des Batignolles
75017 PARIS

*Représentée par Me Francine HAVET, avocat au barreau de PARIS, toque :
D1250, avocat postulant*

*Représentée par Me Elise BENISTI, avocat au barreau de PARIS, toque : C2553,
avocat plaissant*

**FEDERATION NATIONALE DE LA PHARMACIE FO
prise en la personne de ses représentants légaux**

7 passage Tenaille
75014 PARIS

*Représentée par Me Francine HAVET, avocat au barreau de PARIS, toque :
D1250, avocat postulant*

*Représentée par Me Elise BENISTI, avocat au barreau de PARIS, toque : C2553,
avocat plaissant*

**FEDERATION NATIONALE DES SYNDICATS CHRETIENS DES
SERVICES DE SANTE ET SOCIAUX CFTC
prise en la personne de ses représentants légaux**

34 quai de Loire
75019 PARIS

*Représentée par Me Francine HAVET, avocat au barreau de PARIS, toque :
D1250, avocat postulant*

*Représentée par Me Elise BENISTI, avocat au barreau de PARIS, toque : C2553,
avocat plaissant*

FEDERATION NATIONALE DES INDUSTRIES CHIMIQUES CGT

263 rue de Paris
Case Postale 429
93514 MONTREUIL CEDEX
défaillante

PARTIES INTERVENANTES VOLONTAIRES

SA ALLIANZ IARD
87 rue de Richelieu
75002 PARIS

*Représentée par Me Christian VALENTIE, avocat au barreau de PARIS, toque :
C2441, avocat postulant*

*Représentée par Me Benoit FLEURY et Me Audrey PAUL, avocats au barreau de
PARIS, toque : J.015, avocats plaissants*

SA ALLIANZ VIE
87 rue de Richelieu
75002 PARIS

*Représentée par Me Christian VALENTIE, avocat au barreau de PARIS, toque :
C2441, avocat postulant*

*Représentée par Me Benoit FLEURY et Me Audrey PAUL, avocats au barreau de
PARIS, toque : J.015, avocats plaissants*

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 11 septembre 2014, en audience publique, devant la Cour composée de :

Monsieur Nicolas BONNAL, Président
Madame Martine CANTAT, Conseiller
Monsieur Christophe ESTEVE, Conseiller

qui en ont délibéré

GREFFIER : Madame FOULON, lors des débats

ARRET :

- réputé contradictoire
- rendu par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.
- signé par Monsieur Nicolas BONNAL, Président et par Madame FOULON, Greffier .

Statuant sur l'appel formé par la FÉDÉRATION NATIONALE DES SYNDICATS DES SERVICES DE SANTÉ ET SERVICES SOCIAUX CFDT contre un jugement rendu le 31 juillet 2012 par le tribunal de grande instance de PARIS qui, saisi par cette fédération syndicale de demandes tendant à voir annuler un accord du 8 décembre 2011 relatif au régime de prévoyance des salariés cadres et assimilés de la pharmacie d'officine, enjoindre aux partenaires sociaux de procéder à une nouvelle réunion aux fins de désignation de la société ALLIANZ ou subsidiairement d'organiser un nouvel appel d'offres, et condamner les défendeurs à lui payer un euro à titre de dommages et intérêts, a :

- déclaré irrecevable un courrier et deux pièces adressés par la fédération demanderesse,
- rejeté l'ensemble des demandes de celle-ci,
- condamné cette fédération à payer une somme de 1 500 euros sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile à 1°) la FÉDÉRATION NATIONALE DU PERSONNEL D'ENCADREMENT DES INDUSTRIES CHIMIQUES ET CONNEXES CFE-CGC, la FÉDÉRATION NATIONALE DES SYNDICATS CHRÉTIENS DES SERVICES DE SANTÉ ET SOCIAUX CFCT, la FÉDÉRATION NATIONALE DE LA PHARMACIE FO et l'UNION DES SYNDICATS DE PHARMACIENS D'OFFICINE, ensemble, 2°) à l'UNION NATIONALE DES PHARMACIES DE FRANCE, 3°) à la FÉDÉRATION DES SYNDICATS PHARMACEUTIQUES DE FRANCE,
- condamné cette fédération aux dépens ;

Vu les dernières conclusions transmises à la cour le 24 mai 2013 pour la FÉDÉRATION NATIONALE DES SYNDICATS DES SERVICES DE SANTÉ ET SERVICES SOCIAUX CFDT, auxquelles on se référera pour un plus ample exposé des moyens et prétentions de l'appelante qui demande à la cour de :

- dire nul et de nul effet l'accord du 8 décembre 2011 relatif au régime de prévoyance des salariés cadres et assimilés de la pharmacie d'officine, pris en violation des accords des 2 décembre 2009 et 18 avril 2011 posant le principe et fixant les modalités de l'appel d'offres,
- ordonner dans les trois mois de la décision à intervenir, sous astreinte de 1 000 euros par jour de retard, à la charge des organisations patronales, la FÉDÉRATION DES SYNDICATS PHARMACEUTIQUES DE FRANCE, l'UNION NATIONALE DES PHARMACIES DE FRANCE et l'UNION DES SYNDICATS DE PHARMACIENS D'OFFICINE, l'organisation d'un nouvel appel d'offres, « selon les principes et modalités fixés par les accords des 2 décembre 2009 et 18 avril 2011, en

procédant à celui-ci tant dans sa préparation, son exécution que dans sa conclusion dans le respect des principes de neutralité, d'impartialité et de transparence applicables en la matière »,

- se réserver la liquidation de l'astreinte,
- condamner la FÉDÉRATION NATIONALE DU PERSONNEL D'ENCADREMENT DES INDUSTRIES CHIMIQUES ET CONNEXES CFE-CGC, la FÉDÉRATION NATIONALE DES SYNDICATS CHRÉTIENS DES SERVICES DE SANTÉ ET SOCIAUX CFCT, la FÉDÉRATION NATIONALE DE LA PHARMACIE FO, la FÉDÉRATION NATIONALE DES INDUSTRIES CHIMIQUES CGT, l'UNION DES SYNDICATS DE PHARMACIENS D'OFFICINE, la FÉDÉRATION DES SYNDICATS PHARMACEUTIQUES DE FRANCE et l'UNION NATIONALE DES PHARMACIES DE FRANCE, à lui payer chacune un euro à titre de dommages et intérêts et la somme de 5 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile, et condamner les mêmes, « solidairement et conjointement », aux dépens, avec distraction au profit de son avocat ;

Vu l'intervention volontaire devant la cour des sociétés ALLIANZ IARD et ALLIANZ VIE et les dernières conclusions transmises à la cour le 4 avril 2014 pour ces parties intervenantes, auxquelles on se référera pour un plus ample exposé de leurs moyens et prétentions, qui demandent à la cour de :

- les recevoir en leur intervention, à titre principal
- faire droit à l'appel interjeté par la FÉDÉRATION NATIONALE DES SYNDICATS DES SERVICES DE SANTÉ ET SERVICES SOCIAUX CFDT,
- infirmer le jugement déféré,
- dire nulle la décision de la commission paritaire nationale du 8 décembre 2011 ayant désigné l'INSTITUT DE PRÉVOYANCE DU GROUPE MORNAY en tant qu'assureur et gestionnaire du régime de prévoyance des salariés cadres et assimilés de la pharmacie d'officine,
- constater la nullité de l'accord collectif du 8 décembre 2011 relatif au régime de prévoyance des salariés cadres et assimilés de la pharmacie d'officine, ayant procédé à cette même désignation,
- leur donner acte de ce qu'elles acceptent de maintenir le régime dont elles sont assureurs jusqu'à ce qu'une décision soit prise régulièrement par la commission paritaire en application du nouvel article L 912-1 du code de la sécurité sociale, à titre subsidiaire,
- dire nuls à compter du 16 juin 2013 les articles 2 2°) et 4 de l'accord du 8 décembre 2011 en ce qu'ils font obligation aux entreprises visées par cet accord - et notamment à celles qui étaient précédemment déjà assurées (pour des prestations égales ou supérieures au régime mis en place par l'accord) auprès d'ALLIANZ ou d'autres organismes assureurs - de s'assurer auprès de l'INSTITUT DE PRÉVOYANCE DU GROUPE MORNAY,
- confirmer que celles de ces entreprises qui ont, en application de l'accord et avant le 16 juin 2013, souscrit ou adhéré à un contrat d'assurance avec l'INSTITUT DE PRÉVOYANCE DU GROUPE MORNAY peuvent à compter de cette date résilier annuellement ce contrat selon les termes et conditions de l'article L 932-12 du code de la sécurité sociale,
- confirmer que celles de ces entreprises qui n'ont pas avant le 16 juin 2013 souscrit un tel contrat n'ont plus depuis cette date une telle obligation, en tout état de cause,
- condamner « in solidum » la FÉDÉRATION NATIONALE DU PERSONNEL D'ENCADREMENT DES INDUSTRIES CHIMIQUES ET CONNEXES CFE-CGC, la FÉDÉRATION NATIONALE DES SYNDICATS CHRÉTIENS DES SERVICES DE SANTÉ ET SOCIAUX CFCT, la FÉDÉRATION NATIONALE DE LA PHARMACIE FO, la FÉDÉRATION NATIONALE DES INDUSTRIES CHIMIQUES CGT, l'UNION DES SYNDICATS DE PHARMACIENS

D'OFFICINE, la FÉDÉRATION DES SYNDICATS PHARMACEUTIQUES DE FRANCE et l'UNION NATIONALE DES PHARMACIES DE FRANCE « chacune » à verser « à ALLIANZ » la somme de 15 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile outre aux dépens, dont distraction au profit de leur avocat ;

Vu les dernières conclusions transmises à la cour le 12 septembre 2013 pour la FÉDÉRATION DES SYNDICATS PHARMACEUTIQUES DE FRANCE, auxquelles on se référera pour un plus ample exposé des moyens et prétentions de cette partie intimée qui demande à la cour de :

- prendre acte de l'intervention volontaire des sociétés ALLIANZ IARD et ALLIANZ VIE,
- confirmer le jugement déféré en toutes ses dispositions,
- rejeter l'ensemble des demandes de la FÉDÉRATION NATIONALE DES SYNDICATS DES SERVICES DE SANTÉ ET SERVICES SOCIAUX CFTD, d'une part, et des sociétés ALLIANZ IARD et ALLIANZ VIE, d'autre part,
- condamner ces trois parties à lui payer chacune la somme de 5 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile et aux dépens, dont distraction au bénéfice de son avocat ;

Vu les dernières conclusions transmises à la cour le 19 mai 2014 pour la FÉDÉRATION NATIONALE DU PERSONNEL D'ENCADREMENT DES INDUSTRIES CHIMIQUES ET CONNEXES CFE-CGC, la FÉDÉRATION NATIONALE DES SYNDICATS CHRÉTIENS DES SERVICES DE SANTÉ ET SOCIAUX CFCT, la FÉDÉRATION NATIONALE DE LA PHARMACIE FO et l'UNION DES SYNDICATS DE PHARMACIENS D'OFFICINE, auxquelles on se référera pour un plus ample exposé des moyens et prétentions de ces parties intimées qui demandent à la cour de :

- confirmer le jugement déféré,
- rejeter l'ensemble des demandes de la FÉDÉRATION NATIONALE DES SYNDICATS DES SERVICES DE SANTÉ ET SERVICES SOCIAUX CFTD, d'une part, et des sociétés ALLIANZ IARD et ALLIANZ VIE, d'autre part,
- condamner la FÉDÉRATION NATIONALE DES SYNDICATS DES SERVICES DE SANTÉ ET SERVICES SOCIAUX CFTD, d'une part, et les sociétés ALLIANZ IARD et ALLIANZ VIE, d'autre part, à leur payer à chacune une somme de 3 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile,
- condamner in solidum les mêmes parties aux dépens, avec application de l'article 699 du code de procédure civile,
- « donner acte de ce que les défendeurs renoncent à solliciter la nullité des accords du 2 décembre 2009 et du 18 avril 2011 ainsi que l'appel d'offre afférent » ;

Vu la constitution pour l'UNION NATIONALE DES PHARMACIES DE FRANCE, qui n'a pas conclu ;

Vu le défaut de comparution de la FÉDÉRATION NATIONALE DES INDUSTRIES CHIMIQUES CGT et les dispositions de l'article 474 du code de procédure civile, étant observé que la déclaration d'appel a été signifiée à cette partie à personne morale, de sorte que le présent arrêt sera réputé contradictoire ;

Vu l'arrêt rendu par cette chambre le 5 décembre 2013 donnant acte aux sociétés ALLIANZ IARD et ALLIANZ VIE de leur désistement de la question prioritaire de constitutionnalité qu'elles avaient précédemment posée ;

SUR CE, LA COUR

Sur l'intervention volontaire des sociétés ALLIANZ IARD et ALLIANZ VIE

Ainsi qu'il n'est pas contesté, l'intervention volontaire en appel de sociétés candidates lors du processus litigieux de désignation du gestionnaire de régime de prévoyance, qui n'étaient ni parties ni représentées en première instance, se rattache aux prétentions des parties par un lien suffisant, au sens de l'article 325 du code de procédure civile, est conforme aux dispositions de l'article 554 du même code et est en conséquence recevable.

Il sera observé qu'il n'est pas contesté qu'outre la société ALLIANZ VIE, qui au vu des pièces produites et spécialement de la réponse à l'appel d'offres en date du 1er juillet 2011, ainsi que des réponses aux questions relatives à cet appel d'offres en date du 21 septembre 2011 (pièces n° 9 et 10 de ces sociétés) était la seule société candidate, la société ALLIANZ IARD, dont le rôle exact n'est pourtant à aucun moment précisé, dispose du même intérêt à agir.

Sur le processus de désignation du gestionnaire du régime de prévoyance

L'article 23 de la convention collective nationale de la pharmacie d'officine du 3 décembre 1997 institue pour les bénéficiaires de la convention un régime de prévoyance obligatoire couvrant « les risques, décès, invalidité, incapacité de travail, maladie, chirurgie, maternité et paternité » et institue une commission paritaire nationale chargée notamment de désigner les organismes auxquels les salariés devront être affiliés. L'annexe IV de la dite convention confiait, s'agissant du personnel cadre et assimilé, et ce dès avant 1997, la gestion de ce régime aux ASSURANCES GÉNÉRALES DE FRANCE AGF, devenues ALLIANZ.

Le 2 décembre 2009, ont été conclus deux accords collectifs nationaux.

L'un, « relatif au régime de prévoyance des salariés cadres et assimilés de la pharmacie d'officine », a été signé par la FÉDÉRATION DES SYNDICATS PHARMACEUTIQUES DE FRANCE et l'UNION DES SYNDICATS DE PHARMACIENS D'OFFICINE, pour les employeurs, et la FÉDÉRATION NATIONALE DU PERSONNEL D'ENCADREMENT DES INDUSTRIES CHIMIQUES ET CONNEXES CFE-CGC, la FÉDÉRATION NATIONALE DES SYNDICATS CHRÉTIENS DES SERVICES DE SANTÉ ET SOCIAUX CFCT et la FÉDÉRATION NATIONALE DE LA PHARMACIE FO, pour les salariés.

Il modifie l'annexe IV, spécialement la stipulation confiant la gestion du régime de prévoyance aux AGF, prévoit que « le régime est mis en œuvre, dans le cadre d'une coassurance, d'une part, par ALLIANZ et, d'autre part, par GENERALI VIE, le groupe MORNAY étant le gestionnaire administratif des opérations assurées par GENERALI VIE » et organise notamment une unification des garanties de prévoyance.

L'autre, « relatif à la mise en concurrence pour la gestion du régime de prévoyance des salariés cadres et assimilés de la pharmacie d'officine », a été signé par toutes les organisations d'employeurs (la FÉDÉRATION DES SYNDICATS PHARMACEUTIQUES DE FRANCE, l'UNION NATIONALE DES PHARMACIES DE FRANCE et l'UNION DES SYNDICATS DE PHARMACIENS D'OFFICINE) et de salariés (la FÉDÉRATION NATIONALE DU PERSONNEL D'ENCADREMENT DES INDUSTRIES CHIMIQUES ET CONNEXES CFE-CGC, la FÉDÉRATION NATIONALE DES SYNDICATS CHRÉTIENS DES SERVICES DE SANTÉ ET SOCIAUX CFCT, la FÉDÉRATION NATIONALE DE LA PHARMACIE FO, la FÉDÉRATION NATIONALE DES SYNDICATS DES SERVICES DE SANTÉ ET SERVICES SOCIAUX CFDT et la FÉDÉRATION NATIONALE DES INDUSTRIES

CHIMIQUES CGT).

Il prévoit le principe d'une mise en concurrence des organismes assureurs, avant le 31 décembre 2010, qui sera réalisée entre les deux organismes mentionnés à l'accord précédent et tout autre organisme habilité, « conformément aux principes de transparence et de non discrimination entre les candidats à la gestion des régimes précisés notamment par la communication interprétative de la Commission européenne relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics » (2006/C 179/02) », renvoie, pour les modalités d'organisation de la mise en concurrence, à « un protocole particulier qui sera soumis pour validation aux autorités administratives compétentes », et précise qu'« un cahier des charges comportant la description détaillée des garanties à mettre en œuvre et des critères qui seront utilisés pour apprécier les propositions des candidats à la gestion des régimes sera élaboré et annexé » au dit protocole, les signataires se réservant enfin, au cas où le nombre des candidats serait supérieur à cinq, la possibilité d'opérer une présélection sur la base des critères de choix qu'ils auraient définis préalablement, afin de ne retenir, en vue du choix final, que cinq candidats.

Le protocole prévu par cet accord qui a été conclu, entre les mêmes parties, le 18 avril 2011, stipule l'organisation d'un appel d'offres par la commission paritaire nationale en vue d'une désignation devant prendre effet au plus tard à compter du 1er janvier 2012, et fixe les modalités de cet appel d'offres, en définissant les conditions à remplir pour concourir, ainsi que les modalités de publication de l'avis d'appel d'offres et de dépôt des candidatures.

Il est stipulé (article 8) que « les candidats sont sélectionnés sur la base d'un barème de notation qui se décompose en quatre parties : activité et environnement du candidat/solvabilité du candidat et du groupe auquel il appartient/expérience du candidat en matière d'assurances collectives obligatoires/réponses au cahier des charges du régime de prévoyance de la branche professionnelle » et que le dossier de candidature comprend la pondération retenue par la commission paritaire nationale entre chacune de ces parties.

La commission paritaire nationale (article 9) « se prononce sur la base d'un rapport établi par les représentants des organisations syndicales signataires du présent protocole réunis en sous-commission prévoyance », rapport qui comprend « des tableaux comparatifs des réponses apportées ainsi que, pour chaque candidat, une appréciation d'ensemble sur ses propositions ». Ce rapport est élaboré avec l'assistance d'un actuaire conseil indépendant (que désigne la commission paritaire nationale selon des modalités prévues à l'article 10), qui présente pour chaque rubrique une proposition de notation ; si la sous-commission décide de ne pas accepter cette proposition, « elle peut la majorer ou la minorer, par accord entre les deux collègues, dans la limite de 10 % de la notation proposée par l'actuaire conseil ».

Les situations de conflits d'intérêt qui pourraient concerner les membres de la commission paritaire nationale ou de la sous-commission sont réglées par la commission paritaire nationale (hors la présence du ou des membres concernés) dans les conditions prévues à l'article 11.

Un calendrier est prévu (article 12), pour l'ouverture des plis par la sous-commission, les conclusions de l'actuaire conseil, l'éventuelle présélection en cas d'excès de candidats, puis l'audition de ceux-ci par la commission paritaire nationale.

Celle-ci (article 14) se prononce sur la base du rapport de la sous-commission, « de

la ou des auditions du ou des actuaires conseils qu'elle a nommés » ; elle « prend notamment en considération les exigences propres à l'équilibre technique et financier des régimes sur une période d'au moins trois ans » et veille, « tout au long de la procédure », « au respect de l'égalité entre les candidats, notamment entre la ou les entreprises d'assurance qui mettent actuellement en œuvre les régimes de prévoyance de la branche et la ou les autres entreprises d'assurance candidates » ; il est enfin prévu que « la ou les entreprises d'assurance chargées d'assurer les présents régimes de prévoyance sont choisies par la voie d'un avenant à la convention collective susvisée conclu conformément aux dispositions du titre III du livre II du code du travail ».

La sous-commission a rendu son rapport le 11 octobre 2011. Elle y rappelle le déroulement de la procédure préalable, précisant notamment qu'elle n'a retenu que quatre dossiers sur les cinq déposés, le cinquième ne comportant pas d'offre d'assurance et étant donc inapproprié. Elle a ensuite analysé, sur la base du tableau dressé par les actuaires conseils désignés par la commission paritaire nationale, les dossiers de candidature au regard des quatre critères retenus à l'article 8 du protocole, puis a livré une appréciation d'ensemble sur les propositions, indiquant à ce stade que les experts mandatés « ont estimé, dans leur conclusions, que chacune des quatre offres est de bonne qualité au plan de la solvabilité et de l'expérience et qu'en ce qui concerne la qualité des réponses, les quatre offres sont globalement satisfaisantes ».

Elle a enfin procédé à la notation de chaque candidat. La méthodologie qu'elle indique avoir adoptée a consisté à établir la moyenne arithmétique des notes attribuées par les deux actuaires conseils, pour chaque candidat et chaque rubrique du cahier des charges, puis à procéder à la majoration ou à la minoration prévues à l'article 9 du protocole en calculant la moyenne arithmétique des notes attribuées après cette opération par chacun des deux collèges, résultant elles-mêmes de la moyenne arithmétique des notes majorées ou minorées par chaque organisation composant le collège.

Elle a à l'issue de ce processus attribué les notes de 86,94 à ALLIANZ, 81,34 à AXA-UNIPRÉVOYANCE, 81,09 à l'INSTITUT DE PRÉVOYANCE DU GROUPE MORNAY et 80,36 à l'APICIL.

La commission paritaire nationale s'est alors réunie le 12 octobre 2011, sans parvenir à trouver un accord, deux syndicats de salariés se prononçant pour ALLIANZ, deux pour l'INSTITUT DE PRÉVOYANCE DU GROUPE MORNAY et un pour AXA-UNIPRÉVOYANCE, les organisations d'employeur émettant des avis conditionnés à un accord majoritaire des organisations de salariés. Il a été décidé, pour autant, de ne pas mettre fin à la procédure et de tenir une nouvelle réunion, le 28 octobre suivant, chacun s'accordant pour que le protocole du 11 avril 2011 soit appliqué jusqu'à cette date. Lors de cette réunion, il a été décidé de la tenue d'une réunion de la sous-commission le 15 novembre 2011 « pour procéder à la rédaction de l'accord de branche de désignation ».

Une réunion de la commission mixte paritaire a été convoquée pour le 8 décembre 2011. Les membres ont été avisés la veille de ce que deux projets d'accord leur seraient soumis, l'un désignant ALLIANZ et l'autre l'INSTITUT DE PRÉVOYANCE DU GROUPE MORNAY, et ce dans des termes identiques.

C'est la version désignant l'INSTITUT DE PRÉVOYANCE DU GROUPE MORNAY qui a été signée par trois organisations de salariés, la FÉDÉRATION NATIONALE DU PERSONNEL D'ENCADREMENT DES INDUSTRIES CHIMIQUES ET CONNEXES CFE-CGC, la FÉDÉRATION NATIONALE DES SYNDICATS CHRÉTIENS DES SERVICES DE SANTÉ ET SOCIAUX CFCT, la

FÉDÉRATION NATIONALE DE LA PHARMACIE FO, et deux organisations d'employeurs, la FÉDÉRATION DES SYNDICATS PHARMACEUTIQUES DE FRANCE et l'UNION DES SYNDICATS DE PHARMACIENS D'OFFICINE. Ce même accord a prévu que les pharmacies d'officine relevant du champ de la convention collective étaient en conséquence tenues d'adhérer aux contrats-types qui leur seraient adressés par l'INSTITUT DE PRÉVOYANCE DU GROUPE MORNAY, et ce au plus tard le 1er avril 2012, ou à défaut le premier jour du trimestre suivant la publication de l'arrêté ministériel d'extension.

C'est l'accord dont l'annulation est l'objet du litige.

Cet accord a été étendu par arrêté du 19 décembre 2012 publié au journal officiel du 23 décembre suivant.

Sur la demande principale en annulation de l'accord du 8 décembre 2011

- Sur les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel du 13 juin 2013

Le processus litigieux a été conduit dans le cadre législatif institué par le code de la sécurité sociale, lequel prévoit, en son article L 911-1, qu'« à moins qu'elles ne soient instituées par des dispositions législatives ou réglementaires, les garanties collectives dont bénéficient les salariés, anciens salariés et ayants droit en complément de celles qui résultent de l'organisation de la sécurité sociale sont déterminées soit par voie de conventions ou d'accords collectifs, soit à la suite de la ratification à la majorité des intéressés d'un projet d'accord proposé par le chef d'entreprise, soit par une décision unilatérale du chef d'entreprise constatée dans un écrit remis par celui-ci à chaque intéressé ».

Dans sa version applicable au litige, l'article L 912-1 du même code, envisageant le cas où ces garanties collectives étaient instituées par voie de convention ou d'accords collectifs, était ainsi rédigé :

« Lorsque les accords professionnels ou interprofessionnels mentionnés à l'article L 911-1 prévoient une mutualisation des risques dont ils organisent la couverture auprès d'un ou plusieurs organismes mentionnés à l'article 1er de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques ou d'une ou plusieurs institutions mentionnées à l'article L 370-1 du code des assurances, auxquels adhèrent alors obligatoirement les entreprises relevant du champ d'application de ces accords, ceux-ci comportent une clause fixant dans quelles conditions et selon quelle périodicité les modalités d'organisation de la mutualisation des risques peuvent être réexaminées. La périodicité du réexamen ne peut excéder cinq ans.

Lorsque les accords mentionnés ci-dessus s'appliquent à une entreprise qui, antérieurement à leur date d'effet, a adhéré ou souscrit un contrat auprès d'un organisme différent de celui prévu par les accords pour garantir les mêmes risques à un niveau équivalent, les dispositions du second alinéa de l'article L 132-23 [L 2253-2] du code du travail sont applicables. »

Cet article a été déclaré contraire à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2013-672 DC du 13 juin 2013, rendue après dépôt par soixante parlementaires d'un recours préalable à la promulgation de la loi relative à la sécurisation de l'emploi, qui se proposait de compléter le dit article L 912-1 d'un alinéa organisant une mise en concurrence préalable au choix des organismes visés au premier alinéa.

Examinant, à l'occasion de l'introduction de cette disposition nouvelle, la

constitutionnalité de l'ensemble de l'article, le Conseil constitutionnel a jugé qu'en imposant aux entreprises d'une branche professionnelle de souscrire un contrat au contenu totalement prédéfini avec un cocontractant qu'elles ne peuvent choisir, et en conduisant à la remise en cause des choix effectués par les entreprises précédemment à la conclusion de l'accord collectif, ce texte portait atteinte à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre.

Le Conseil a décidé que cette déclaration d'inconstitutionnalité prenait effet à compter de la publication de la décision, ajoutant « qu'elle n'est toutefois pas applicable aux contrats pris sur ce fondement, en cours lors de cette publication, et liant les entreprises à celles qui sont régies par le code des assurances, aux institutions relevant du titre III du code de la sécurité sociale et aux mutuelles relevant du code de la mutualité ».

C'est dans ces conditions en vain que les sociétés ALLIANZ IARD et ALLIANZ VIE soutiennent qu'il appartient à la cour, dans le cadre de la présente instance, de tirer les conséquences de la décision d'inconstitutionnalité et d'annuler l'accord du 8 décembre 2011, au motif qu'il aurait été conclu dans le cadre d'un texte législatif depuis déclaré inconstitutionnel, dès lors qu'en juger ainsi aurait pour conséquence de faire perdre tout fondement conventionnel aux contrats conclus entre les pharmacies d'officine et l'INSTITUT DE PRÉVOYANCE DU GROUPE MORNAY en exécution de cet accord, contrats dont il n'est pas contesté qu'ils ont été conclus dans les délais stipulés, à savoir avant le 1er janvier 2013, et donc de retirer tout effet à la décision du Conseil qui a au contraire jugé que la déclaration d'inconstitutionnalité n'était pas applicable à ces contrats.

Il importe peu, à cet égard, que le Conseil constitutionnel n'ait pas, dans sa décision, réservé le cas des instances en cours. Les sociétés ALLIANZ IARD et ALLIANZ VIE soutiennent que le silence de cette décision à cet égard serait dépourvu de signification, en ce qu'il serait seulement la conséquence de ce que la décision du 13 juin 2013 n'a pas été rendue sur une question prioritaire de constitutionnalité.

Cependant, parallèlement saisi d'une telle question qui lui avait été transmise par le Conseil d'État (par un arrêt rendu le 25 juillet 2013 par cette juridiction, précisément saisie par les mêmes sociétés ALLIANZ IARD et ALLIANZ VIE d'un recours pour excès de pouvoir visant l'arrêté d'extension de l'accord du 8 décembre 2011), le Conseil constitutionnel, par sa décision n° 2013-349 QPC du 18 octobre 2013, n'a pas modifié les modalités d'application dans le temps de sa décision précédente, mais a au contraire, dans ses motifs, répété que les contrats en cours n'étaient pas privés de fondement légal et a décidé qu'il n'y avait pas lieu, en raison de sa décision précédente ayant déjà déclaré ce même article contraire à la Constitution, de statuer sur la question prioritaire de constitutionnalité qui lui était transmise.

Enfin, à titre de simple argument et sans en déduire un moyen de nullité de l'accord du 8 décembre 2011, les sociétés ALLIANZ IARD et ALLIANZ VIE soutiennent que, par décision n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013, le Conseil constitutionnel aurait déclaré contraire à la Constitution la nouvelle rédaction proposée à l'article L 912-1 par l'article 14, I, 1°) de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2014. La déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition qui n'est pas applicable au litige ne serait cependant pas susceptible d'avoir d'effet sur celui-ci. Mais, en tout état de cause, cet argument manque en fait, dès lors que le Conseil constitutionnel n'a nullement déclaré contraire à la Constitution cette rédaction nouvelle, qui n'autorise les accords collectifs qu'à recommander, et non plus à désigner, un organisme gestionnaire (rédaction qui n'est applicable qu'aux accords conclus à compter du 1er janvier 2014), la déclaration d'inconstitutionnalité n'affectant que le dispositif d'incitation fiscale à contracter avec l'organisme ainsi recommandé par un accord collectif, qui devait être inséré aux articles L 137-15 et L 137-16 du même code.

Dans ces conditions, étant rappelé que les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent, aux termes de l'article 62 de la Constitution, « aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles », la décision du 13 juin 2013 ne peut emporter annulation de l'accord du 8 décembre 2011.

- Sur la conformité de l'accord du 8 décembre 2011 aux accords organisant les modalités du choix du gestionnaire du régime de prévoyance

La FÉDÉRATION NATIONALE DES SYNDICATS DES SERVICES DE SANTÉ ET SERVICES SOCIAUX CFDT et les sociétés ALLIANZ IARD et ALLIANZ VIE soutiennent que l'accord litigieux aurait été conclu en violation des accords précédents en date des 2 décembre 2009 et 18 avril 2011.

Ils font valoir à juste titre, en droit, que l'accord du 8 décembre 2011 se devait de respecter ces accords précédents. Aucun de ces deux accords ne prévoyant, en effet, de modalités particulières de révision, ils ne pouvaient être modifiés que de l'accord unanime de l'ensemble de leurs signataires, ainsi qu'il résulte des dispositions de l'article L 2261-7 du code du travail.

Il sera d'ailleurs observé qu'il ne résulte d'aucune des stipulations de l'accord du 8 décembre 2011 que les signataires de celui-ci auraient entendu remplacer les stipulations des accords précédents, stipulations qu'ils entendaient seulement mettre en œuvre

La fédération appelante et les sociétés intervenantes volontaires font d'abord grief à cet accord de n'avoir pas retenu le candidat mieux noté.

Il ne résulte cependant pas des termes des accords préparatoires que les partenaires sociaux auraient entendu s'en remettre exclusivement et mécaniquement au processus de notation qu'ils avaient organisé.

Ces accords définissent à la fois les critères qui doivent guider le choix et la procédure selon laquelle celui-ci devra être effectué.

S'agissant des critères de choix, l'accord du 2 décembre 2009, sans les énumérer à proprement parler - dès lors qu'il renvoie à un cahier des charges la description des garanties à mettre en œuvre et « des critères qui seront utilisés pour apprécier les propositions des candidats » -, en dresse cependant une première liste, au travers de l'objectif, qu'il assigne à la mise en concurrence, de « s'assurer que les organismes assureurs actuellement désignés fournissent aux pharmacies d'officine et à leurs salariés cadres et assimilés le meilleur service possible en ce qui concerne notamment : la qualité du provisionnement des engagements/la participation des assurés aux excédents ou bénéfices techniques et financiers/la protection des provisions et réserves affectées au régime/le caractère suffisant du tarif/les frais de gestion/la capacité, par une organisation suffisante, à rechercher et à couvrir l'ensemble des pharmacies d'officine de la branche, notamment dans les DOM/la qualité des contrats proposés, notamment des clauses relatives aux droits des assurés, et de l'information délivrée à ceux-ci/la qualité des informations fournies par les organismes assureurs au comité de gestion/la solvabilité globale des organismes assureurs ou du groupe auquel ils appartiennent/la qualité de leur organisation et des services qu'ils apportent aux entreprises adhérentes comme aux participants ».

Le protocole d'accord du 18 avril 2011, dont les termes ont été rappelés plus haut, définit un « barème de notation qui se décompose en quatre parties : activité et environnement du candidat/solvabilité du candidat et du groupe auquel il appartient/expérience du candidat en matière d'assurances collectives

obligatoires/réponses au cahier des charges du régime de prévoyance de la branche professionnelle », chacune de ces quatre parties étant détaillée dans le cahier des charges de la consultation. Il impose encore à la commission paritaire nationale, au moment du choix qui lui appartient, de prendre « notamment en considération les exigences propres à l'équilibre technique et financier des régimes sur au moins trois ans ».

S'agissant de la procédure, l'accord du 2 décembre 2009, outre la référence aux principes de transparence et de non discrimination entre les candidats, tels qu'interprétés par un document de la Commission européenne, renvoie à un protocole particulier.

Les modalités du choix, telles que précisées par le protocole du 18 avril 2011, ont été décrites plus haut. Y sont distinguées deux phases : une phase de proposition, confiée à la sous-commission prévoyance assistée d'un actuaire conseil, et une phase de décision, laquelle revient à la commission paritaire nationale et prend la forme d'un accord collectif au sens du titre III du livre II (de la deuxième partie) du code du travail.

Le barème de notation est l'outil auquel doit recourir l'actuaire conseil, pour élaborer une proposition de notation qu'il adresse à la sous-commission. C'est encore par référence à ce barème que se détermine la sous-commission, qui peut majorer ou minorer la notation proposée par l'actuaire, dans les limites fixées par l'accord. Le barème de notation n'intervient donc que dans la phase de proposition.

Dans la phase de décision, il n'est en revanche plus fait référence à ce barème de notation. La commission paritaire nationale se prononce, en effet et ainsi qu'il a été rappelé plus haut, « sur la base » du rapport de la sous-commission, et de l'audition du ou des actuaires conseils qu'elle a nommés. C'est à ce stade qu'elle est invitée à prendre « notamment en considération les exigences propres à l'équilibre technique et financier des régimes sur au moins trois ans ».

Il en résulte que le choix de la commission paritaire nationale se fonde certes sur le travail préparatoire des actuaires et de la sous-commission, qui doit constituer sa « base », mais demeure autonome, la référence, entre autres critères ainsi qu'il résulte de l'emploi de l'adverbe « notamment », à « l'équilibre technique et financier », sur une période d'« au moins trois ans », supposant en elle-même une distorsion par rapport au barème de notation, dès lors que cette notion apparaît dans certains seulement des éléments du barème (ceux de la partie II, relative à la solvabilité du candidat et du groupe auquel il appartient, qui s'apprécient en E « pour les trois prochaines années de l'entreprise candidate » et en F « pour les trois prochaines années de l'entité combinante ou consolidante du groupe auquel appartient l'entreprise candidate », et, en partie IV, « éléments relatifs au régime à assurer », s'agissant du « maintien du tarif sur une durée de trois ans » seulement).

La prise en considération de cet équilibre technique et financier sur une durée d'au moins trois années conduit donc la commission paritaire nationale à privilégier certains éléments du barème de notation par rapport à d'autres.

Enfin, les partenaires sociaux, dans le protocole du 18 avril 2011, ont clairement décidé que « la ou les entreprises chargées d'assurer les présents régimes de prévoyance sont choisis par la voie d'un avenant à la convention collective susvisée », avenant qui n'a donc pas simplement pour objet de formaliser un choix précédemment fait, mais d'exprimer ce choix.

Il doit être rappelé, à cet égard, que les principes de la négociation collective supposent, en application de l'article L 2231-2 du code du travail, que les

représentants des organisations syndicales ayant la capacité à négocier et à conclure des conventions ou accords sont habilités à contracter au nom de l'organisation qu'ils représentent, pour l'essentiel selon les modalités et dans les limites que chaque organisation détermine librement.

Dans ces conditions, le renvoi à un accord collectif pour exprimer le choix de l'organisme assureur signifiait clairement que les parties n'entendaient pas s'obliger à entériner purement et simplement la proposition des actuaire conseils et de la sous-commission, mais avaient décidé de conserver leur liberté de choix.

Il résulte de ce qui précède qu'ainsi que l'ont retenu à bon droit les premiers juges, le seul fait que, par l'avenant du 8 décembre 2011, n'ait pas été retenu le candidat qui avait obtenu la meilleure note au terme du processus préparatoire, ne saurait en conséquence emporter la nullité du dit accord.

Il en est de même de la circonstance qu'en vue de la réunion du 8 décembre 2011 de la commission paritaire nationale, seuls deux projets d'accord désignant, l'un les sociétés ALLIANZ (dont la proposition avait recueilli la meilleure notation), et l'autre l'INSTITUT DE PRÉVOYANCE DU GROUPE MORNAY (arrivé en troisième position) aient été préparés, cette sélection résultant clairement des positions exprimées dès la réunion du 12 octobre précédent, ces deux candidats ayant chacun été retenu de façon ferme par deux organisations de salariés, et de façon conditionnée à un accord majoritaire des dites organisations de salariés chacun par une organisation d'employeur, et ce alors que les deux autres candidats n'avaient été retenus que par une organisation (pour ce qui concerne AXA-UNIPRÉVOYANCE, arrivé en seconde position) ou par aucune (APICIL, candidat ayant reçu la moins bonne note).

Pour autant, dès lors qu'il avait aussi été décidé, par le protocole du 18 avril 2011, que le choix serait effectué sur la base du rapport de la sous-commission, c'est en considération des conclusions du dit rapport que doivent être examinés les autres moyens de nullité soumis par la FÉDÉRATION NATIONALE DES SYNDICATS DES SERVICES DE SANTÉ ET SERVICES SOCIAUX CFDT et les sociétés intervenantes volontaires.

Il sera rappelé, à ce stade, que les notations obtenues par les quatre candidats s'évaluaient de 80,36 pour la moins bonne à 86,94 pour la meilleure, que le rapport relève que les experts mandatés par la commission paritaire nationale ont estimé que toutes les offres étaient « de bonne qualité » s'agissant des parties II (solvabilité) et III (expérience) et « globalement satisfaisantes » s'agissant de la partie IV (réponse au cahier des charges).

Les conclusions de ce rapport doivent être complétées par celles de M. DE PRIESTER, actuaire conseil, dont l'analyse est produite aux débats et qui, outre les éléments repris dans le rapport, écrit que « les notes attribuées ne permettent pas de départager les candidats, les différences étant dues à des aspects que nous considérons comme secondaires » et qu'« en ma qualité d'expert mandaté par la commission paritaire, je considère, sur la base des dossiers de candidature qui ont été adressés, que les offres des quatre candidats sont équivalentes au regard de la grille d'analyse qui avait été élaborée avant l'organisation de l'appel d'offres » et conclut qu'il n'a « aucune préconisation à indiquer concernant une ou plusieurs des quatre offres ».

Ainsi que l'ont retenu à bon droit les premiers juges, les éléments techniques et économiques analysés avec l'aide d'actuaire conseils dans le rapport de la sous-commission ne conduisaient donc pas de façon déterminante et incontestable à un choix qui s'imposait d'évidence.

- Sur l'adoption de critères distincts de ceux énumérés dans l'appel d'offres

La FÉDÉRATION NATIONALE DES SYNDICATS DES SERVICES DE SANTÉ ET SERVICES SOCIAUX CFDT et les sociétés ALLIANZ IARD et ALLIANZ VIE font grief aux parties signataires de l'accord d'avoir pris leur décision sur la base de critères qui n'avaient pas été portés à la connaissance des candidats, dans des conditions portant atteinte à la transparence du processus d'appel d'offres et au principe de non-discrimination entre les candidats.

Ces parties s'appuient, à cet égard, sur la motivation du jugement déféré aux termes duquel « les partenaires sociaux restaient libres de prendre en compte, outre les éléments techniques fournis par les actuaires conseils, des critères non retenus dans le cahier des charges, tels la prévention, les droits non contributifs, l'action sociale ».

Elles dénaturent le sens de cette mention, dès lors que les premiers juges n'ont nullement entendu dégager les critères du choix effectué ni apprécier la pertinence du dit choix au regard de ces critères, mais ont seulement évoqué quelques éléments ayant pu être pris en compte par telle ou telle des organisations décisionnaires pour départager les candidats.

Rien ne pouvait, en effet, interdire aux partenaires sociaux de nourrir leur choix final, effectué sur la base d'un rapport établi sur des critères techniques et économiques qui, de l'aveu même des actuaires conseils, ne permettaient pas de départager les différentes offres de façon significative, d'un examen des dites offres prenant en compte ces autres éléments, qui sont de fait difficilement quantifiables dans le cadre du processus de notation.

Pour autant, même si, compte tenu des termes susvisés du jugement déféré, les parties argumentent devant la cour sur la pertinence de ces éléments, c'est en vain que la FÉDÉRATION NATIONALE DES SYNDICATS DES SERVICES DE SANTÉ ET SERVICES SOCIAUX CFDT et les sociétés ALLIANZ IARD et ALLIANZ VIE soutiennent qu'auraient été ainsi substitués aux critères sur la base desquels la consultation avait été effectuée des critères nouveaux, de l'existence desquels les candidats n'auraient pas été informés.

Il ne résulte, en effet, d'aucune des pièces produites aux débats quels éléments circonstanciés chaque organisation syndicale a particulièrement pris en compte pour émettre, lors des réunions successives de la commission paritaire nationale, son propre choix. Le procès-verbal des réunions des 12 et 28 octobre 2011 et les extraits retranscrits des enregistrements effectués lors de cette réunion sont, notamment, muets sur ce point, de même que l'accord du 8 décembre 2011.

Chacune des organisations décisionnaires a ainsi pu se déterminer, comme elle avait pu le faire dans la phase précédente de majoration ou de minoration de la notation proposée par l'actuaire conseil, selon ses règles internes et en fonction d'éléments qui lui sont propres et dont elle n'avait pas à rendre compte, éléments liés à la personne de chaque organisation et qui n'auraient pu faire en conséquence, à supposer que chaque organisation ait été en mesure d'en dresser une liste à l'avance, l'objet d'une consultation préalable.

Il résulte, à cet égard et ainsi que les parties en ont débattu, de la lecture de cette retranscription qu'une organisation de salariés et une organisation d'employeurs ont justifié que leur choix se porte vers l'INSTITUT DE PRÉVOYANCE DU GROUPE MORNAY par leur préférence pour le paritarisme.

Contrairement à ce que soutiennent les sociétés ALLIANZ IARD et ALLIANZ VIE,

une telle prise de position ne peut être considérée comme affectant l'égalité entre les candidats. Il résulte en effet des termes mêmes de l'article L 912-1 du code de la sécurité sociale dans sa version applicable au litige (qui renvoyait à l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques) que les dits candidats pouvaient être soit des entreprises régies par le code des assurance (incluant les institutions de retraite professionnelle ayant leur siège dans un autre État membre de l'Union européenne), soit des institutions relevant du code de la sécurité sociale ou du code rural, soit enfin des mutuelles relevant du code de la mutualité.

Il n'est pas contesté que l'appel d'offres litigieux a été effectivement ouvert à ces institutions de statuts divers, et il n'est soutenu à aucun moment qu'il aurait comporté à cet égard la moindre disposition discriminatoire qui aurait été de nature à nier l'égalité des chances entre les candidats, quel que soit leur statut. Aucune rupture de l'égalité de traitement ne saurait dans ces conditions résulter de la préférence affirmée par telle ou telle des organisations décisionnaires pour ceux des organismes candidats ayant un mode de gestion mettant en œuvre les principes du paritarisme, préférence de nature à permettre à cette organisation de départager des candidats dont les offres étaient, ainsi qu'il a été déjà relevé, très voisines.

Il ne saurait être fait grief, notamment, à certains des partenaires sociaux d'avoir privilégié les institutions de prévoyance, qui se voient interdire, en application des dispositions de l'article L 932-9 du code de la sécurité sociale, de suspendre leurs garanties, de dénoncer une adhésion et de résilier un contrat à l'égard d'une entreprise ne s'acquittant pas de ses cotisations (étant observé qu'il en est de même pour les mutuelles, en application de l'article L 221-14 du code de la mutualité). La prise en compte, par les organisations syndicales, de différences instituées par la loi ne peut, en effet, constituer une rupture de l'égalité de traitement.

Il en serait de même s'agissant de la clause dite de migration figurant à l'accord du 8 décembre 2011, qui découlait de la rédaction de l'article L 912-1 du code de la sécurité sociale applicable à la consultation (en ce qu'il envisageait l'adhésion obligatoire des entreprises concernées à l'organisme choisi par la voie d'un accord collectif), dans le cas où une telle clause ne serait considérée comme admissible, au regard des règles européennes et nationales du droit de la concurrence, que si elle bénéficiait à une institution de prévoyance, et non pas à une société d'assurance (ce qui, en tout état de cause, ne résulte pas de l'analyse du droit positif, tel notamment qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt C-437/09 du 3 mars 2011) : une telle différence, à la supposer caractérisée, aurait alors été également instaurée par la loi et ne pourrait en conséquence constituer une rupture de l'égalité de traitement.

- Sur le déroulement du processus d'appel d'offres

Il est d'abord soutenu que les situations de conflit d'intérêts affectant des membres de la commission paritaire nationale n'ont pas été traitées comme elles devaient l'être en application du protocole du 18 avril 2011, lequel définissait les dites situations comme, notamment, le cumul entre la fonction de membre de la commission paritaire nationale ou de la sous-commission prévoyance et celle d'administrateur, de membre du directoire ou du conseil de surveillance ou de salarié d'une entreprise d'assurance candidate, et prévoyait qu'en pareil cas, le dit membre était tenu soit de se faire remplacer (au sein de la commission ou de la sous-commission), soit de suspendre sa participation aux réunions des organes de l'entreprise d'assurance.

Les premiers juges ont écarté tout grief lié à la seule situation de conflit d'intérêts qui semble leur avoir été soumise, concernant le cas d'un représentant de la FÉDÉRATION NATIONALE DE LA PHARMACIE FO. Le jugement déféré n'est

l'objet d'aucune critique sur ce point et cette situation particulière, quoiqu'elle soit encore mentionnée dans deux attestations produites aux débats, n'est plus évoquée devant la cour.

En cause d'appel la FÉDÉRATION NATIONALE DES SYNDICATS DES SERVICES DE SANTÉ ET SERVICES SOCIAUX CFDT soutient que des représentants de la FÉDÉRATION DES SYNDICATS PHARMACEUTIQUES DE FRANCE et de l'UNION DES SYNDICATS DE PHARMACIENS D'OFFICINE à la commission paritaire nationale auraient été dans une telle situation de conflit d'intérêts, sans donner les noms des personnes concernées ni aucune autre précision à cet égard. Les sociétés ALLIANZ IARD et ALLIANZ VIE ne précisent pas davantage les situations exactes qu'elles dénoncent.

La FÉDÉRATION NATIONALE DU PERSONNEL D'ENCADREMENT DES INDUSTRIES CHIMIQUES ET CONNEXES CFE-CGC, la FÉDÉRATION NATIONALE DES SYNDICATS CHRÉTIENS DES SERVICES DE SANTÉ ET SOCIAUX CFCT, la FÉDÉRATION NATIONALE DE LA PHARMACIE FO et l'UNION DES SYNDICATS DE PHARMACIENS D'OFFICINE font dans ces conditions exactement observer, à titre principal, que la réalité des situations de conflit d'intérêts ainsi dénoncées n'est pas établie.

Sans qu'il soit besoin, en conséquence, d'examiner l'argumentation présentée à titre subsidiaire par ces fédérations syndicales intimées, sur le fait que la notion de conflit d'intérêts ne saurait avoir de sens s'agissant des institutions de prévoyance qui sont composées paritairement de représentants des organisations d'employeurs et de salariés, argumentation subsidiaire critiquée avec pertinence par la fédération appelante et les sociétés intervenantes volontaires dès lors notamment qu'elle est contraire aux stipulations du protocole du 18 avril 2011 pourtant adoptées par ces mêmes organisations, il y a lieu d'écarter ce moyen, qui manque en fait.

Il est encore soutenu que les organisations syndicales de salariés auraient fait l'objet de pressions.

La FÉDÉRATION NATIONALE DES SYNDICATS DES SERVICES DE SANTÉ ET SERVICES SOCIAUX CFDT verse aux débats à cet égard deux attestations émanant de Mme Fatima EL HAJJAM, secrétaire fédérale, et de Mme Corinne N'KAOUA épouse BERNARD, juriste, qui font état des propos tenus par Mme HAMET (CGT) les 12 et 28 octobre 2011 et Mme VASEK (CGC) le 28 octobre 2011 qui déclaraient « avoir subi des pressions ».

Ni ces attestations, ni des retranscriptions des débats devant la commission paritaire nationale, ne donnent cependant une quelconque précision sur la nature et l'origine de ces pressions. Il sera observé que la FÉDÉRATION NATIONALE DU PERSONNEL D'ENCADREMENT DES INDUSTRIES CHIMIQUES ET CONNEXES CFE-CGC, dont un des représentants aurait été l'objet des dites pressions, en conteste par conclusions devant la cour la réalité. Quant à la FÉDÉRATION NATIONALE DES INDUSTRIES CHIMIQUES CGT, elle n'a pas signé l'accord du 8 décembre 2011, de sorte que les éventuelles pressions qu'aurait subies un de ses représentants n'ont pas eu d'incidence sur le processus de sélection.

La FÉDÉRATION NATIONALE DES SYNDICATS DES SERVICES DE SANTÉ ET SERVICES SOCIAUX CFDT produit encore la retranscription par huissier d'un message vocal laissé le 12 octobre 2011 sur le téléphone de Mme BERNARD (dont on peut penser qu'il s'agit de Mme Corinne N'KAOUA épouse BERNARD, rédactrice de l'attestation visée ci-dessus) par une personne dont il n'est pas contesté qu'il s'agit d'un représentant de l'INSTITUT DE PRÉVOYANCE DU GROUPE MORNAY, lequel, tout en assurant respecter la position de la CFDT, évoque sa

crainte que « la section syndicale CFDT du Groupe Mornay n[en] soit la victime collatérale », mentionnant la situation qui serait celle de la responsable de cette section, au cas où « Mornay soit désigné et que la CFDT soit une des seules organisations à avoir voté pour Allianz », et spécialement « le traitement [que] les autres sections, les autres sections concurrentes lui feraient courir », et suggérant qu'une abstention serait préférable.

Est ainsi clairement caractérisée une pression exercée par un des candidats sur une des organisations syndicales décisionnaires, et ce « à deux heures de la décision », ainsi que son auteur l'indique lui-même dans son message.

Cependant, ainsi que l'ont à bon droit retenu les premiers juges, cette pression, qui a été publiquement dénoncée tant lors de la réunion du 12 octobre 2011 que dans un courrier du 4 novembre suivant adressé aux membres de la commission paritaire nationale, n'a pas eu d'incidence sur le choix, dès lors que la FÉDÉRATION NATIONALE DES SYNDICATS DES SERVICES DE SANTÉ ET SERVICES SOCIAUX CFDT n'y a pas cédé et n'a pas signé l'accord litigieux désignant l'INSTITUT DE PREVOYANCE DU GROUPE MORNAY.

Enfin, la FÉDÉRATION NATIONALE DES SYNDICATS DES SERVICES DE SANTÉ ET SERVICES SOCIAUX CFDT dénonce des modifications qui ont été apportées dans la composition des délégations à la commission paritaire nationale, qui auraient abouti à une violation du principe de la continuité du jury.

Un tel principe, qui n'exclut d'ailleurs pas, en cas d'indisponibilité d'un membre d'un jury pendant une partie des épreuves, son remplacement au sein même du jury, ne peut cependant s'appliquer à la commission paritaire nationale, laquelle ne peut être assimilée à un jury d'examen ou de concours, dès lors qu'elle n'avait pas pour rôle d'entendre successivement les candidats, mais avait reçu du protocole du 18 avril 2011 la mission d'examiner le rapport de la sous-commission et d'entendre l'avis des actuaire conseils, avant de se prononcer.

La commission paritaire nationale est, ainsi que le prévoit l'article 23 de la convention collective nationale de la pharmacie d'officine, composée de deux représentants de chacune des organisations de salariés signataires ou adhérentes et d'un nombre total au plus égal de représentants des chambres patronales signataires. Ses membres ne sont donc pas nommés à titre personnel, mais en qualité de représentants de leur organisation. Elle a de plus, pendant toute la procédure, été présidée par un représentant du ministère du travail.

Quant à la décision elle-même, le protocole du 18 avril 2011 a prévu qu'elle n'était pas prise par la commission paritaire nationale mais par les organisations syndicales de salariés et d'employeurs sous forme d'un avenant à la convention collective.

Aucune nullité ne saurait, dans ses conditions, résulter d'un éventuel changement, d'une réunion à l'autre de la commission paritaire nationale, des personnes physiques représentants des organisations signataires de la convention.

Les sociétés ALLIANZ IARD et ALLIANZ VIE font encore valoir que, contrairement aux stipulations de l'accord du 18 avril 2011 (article 16), elles n'ont pas été informées des raisons du rejet de leur candidature. La lettre qui leur a été adressée le 15 décembre 2011 par les organisations signataires de l'accord du 8 décembre précédent ne comporte effectivement aucune motivation du rejet qu'elle notifie. Ainsi que l'ont retenu à bon droit les premiers juges, cette irrégularité postérieure à l'accord litigieux ne saurait cependant avoir de conséquence sur la validité de celui-ci.

- Sur la prohibition des ententes illicites

La FÉDÉRATION NATIONALE DES SYNDICATS DES SERVICES DE SANTÉ ET SERVICES SOCIAUX CFDT soutient que la désignation de l'INSTITUT DE PRÉVOYANCE DU GROUPE MORNAY contrevient aux dispositions de l'article L 420-1 du code de commerce prohibant les ententes illicites, d'une part en ce que les critères sur lesquels elle a été effectuée ne seraient pas ceux figurant dans les accords organisant l'appel d'offres et d'autre part en ce que les réunions que la commission paritaire nationale a tenues postérieurement au 12 octobre 2011 pourraient n'être pas conformes aux exigences du code du travail.

Il résulte des développements qui précèdent que le premier argument est dénué de fondement.

Le second moyen, présenté sous une forme dubitative, n'est pas davantage pertinent. Si le protocole du 18 avril 2011 impartissait la date du 12 octobre 2011 à la commission paritaire nationale pour se prononcer, il résulte du procès-verbal de la réunion tenue par la dite commission à cette date que les partenaires sociaux ont décidé de fixer une nouvelle réunion au 28 octobre et se sont accordés pour que les dispositions du protocole soient appliquées jusqu'à cette date. Lors de la réunion du 28 octobre 2011, la commission paritaire nationale s'est prononcée, au sens du protocole, dès lors qu'il a été proposé la rédaction d'un projet d'accord de branche désignant l'INSTITUT DE PRÉVOYANCE DU GROUPE MORNAY, rédaction qui a été confiée à la sous-commission prévoyance lors d'une réunion qui a été fixée au 15 novembre suivant.

Une réunion supplémentaire de la sous-commission a encore eu lieu le 2 décembre 2011, dans des conditions qui ont permis la signature, le 8 décembre 2011, de l'avenant à la convention collective. Dans ces conditions, aucun manquement au code du travail ni aux accords collectifs antérieurs n'est caractérisé et ce second moyen est également dépourvu de fondement.

S'agissant plus largement du respect du droit de la concurrence, il n'est allégué d'atteinte à celui-ci que dans la mesure où serait caractérisée une violation des principes de transparence et de non-discrimination, principes que les parties signataires avaient en tout état de cause décidé de respecter par l'accord du 2 décembre 2009, qui y renvoie expressément.

Dans ces conditions, et sans qu'il soit besoin de répondre à l'argumentation des parties sur l'applicabilité ou non au présent litige des règles de prohibition des ententes illicites, il suffit de rappeler qu'il résulte de ce qui précède qu'aucune des atteintes alléguées à ces principes n'est caractérisée.

Ce moyen sera également rejeté.

Il convient en conséquence de l'ensemble des développements qui précèdent de rejeter les demandes tendant à l'annulation de l'accord du 8 décembre 2011.

Sur les demandes subsidiaires visant les seuls articles 2 2°) et 4 de l'accord

- Sur les effets de la décision du Conseil constitutionnel

Les sociétés ALLIANZ IARD et ALLIANZ VIE sollicitent d'abord l'annulation des seuls articles 2 2°) et 4 du dit accord du 8 décembre 2011 en ce qu'ils font obligation aux entreprises de s'assurer auprès de l'INSTITUT DE PRÉVOYANCE DU GROUPE MORNAY.

L'article 2 2°) désigne l'INSTITUT DE PRÉVOYANCE DU GROUPE MORNAY pour assurer le régime de prévoyance et prévoit que les organisations syndicales d'employeurs et de salariés signataires concluront, dans le mois qui suivra l'arrêté d'extension, un protocole d'accord relatif à la mise en œuvre du régime « auquel seront notamment annexés les contrats d'assurance type relatifs au présent régime ».

L'article 4 prévoit l'adhésion aux dits contrats types par les pharmacies d'officine au plus tard le 1er avril 2012 ou, à défaut, le 1er jour du trimestre suivant la publication de l'arrêté d'extension et, dans certains cas (article 4.2), au plus tard le 1er janvier 2013.

Dès lors que le 1er jour du trimestre suivant la publication de l'arrêté d'extension (intervenue le 23 décembre 2012) est le 1er janvier 2013, ces deux articles étaient donc censés avoir épuisé leurs effets au moment de la publication de la décision du Conseil constitutionnel du 13 juin 2013.

Dans l'hypothèse où toutes les adhésions n'auraient pas eu lieu dans les délais, il convient néanmoins de statuer sur cette demande.

Pour les raisons déjà évoquées ci-dessus et afin de respecter la décision du Conseil constitutionnel et les dispositions de celle-ci sur son application dans le temps, qui ont pour objet de maintenir la base légale et conventionnelle des contrats conclus avant sa publication, il ne saurait être procédé à l'annulation partielle demandée.

Il doit en revanche être constaté qu'en application de cette décision, les pharmacies d'officine qui n'avaient pas encore, au jour de la publication de la décision du 13 juin 2013, satisfait à l'obligation d'adhérer aux contrats types avec l'INSTITUT DE PRÉVOYANCE DU GROUPE MORNAY prévue par les articles litigieux, ne peuvent plus y être contraintes.

Il sera en conséquence fait droit à la demande présentée en ce sens.

- Sur l'interprétation de ces articles au regard de l'obligation de changer d'organisme assureur

Les sociétés ALLIANZ IARD et ALLIANZ VIE soutiennent encore que les articles 2 2°) et 4 ne pouvaient avoir pour effet d'obliger les entreprises déjà assurées auprès d'elles à adhérer aux contrats types avec l'INSTITUT DE PRÉVOYANCE DU GROUPE MORNAY.

Aucune des parties intimées ne réplique sur ce point.

Les sociétés intervenantes volontaires devant la cour appuient leur argumentation sur les dispositions du dernier alinéa l'article L 912-1 du code de la sécurité sociale alors applicables, ainsi rédigé : « lorsque les accords mentionnés ci-dessus s'appliquent à une entreprise qui, antérieurement à leur date d'effet, a adhéré ou souscrit un contrat auprès d'un organisme différent de celui prévu par les accords pour garantir les mêmes risques à un niveau équivalent, les dispositions du second alinéa de l'article L 132-23 [L 2253-2] du code du travail sont applicables ».

L'article L 2253-2 du code du travail dispose pour sa part que, « lorsqu'une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel vient à s'appliquer dans l'entreprise postérieurement à la conclusion de conventions ou d'accords d'entreprise ou d'établissement négociés conformément au présent livre, les stipulations de ces derniers sont adaptées en conséquence ».

Si ce dernier texte prévoit l'adaptation des accords d'entreprise antérieurs à la

convention de branche, il résulte cependant de la combinaison de ces deux textes, telle qu'interprétée au regard des travaux parlementaires (voir rapports concordants n° 510, Sénat, seconde session ordinaire de 1993-1994, et n° 1446, Assemblée nationale, dixième législature) qu'en introduisant le dernier alinéa de l'article L 912-1, le Parlement a entendu que « lorsqu'une entreprise adhère ou souscrit un contrat auprès d'un organisme d'assurance différent de celui prévu ultérieurement par un accord collectif dont elle relève, elle a droit à l'adaptation de la convention ou de l'accord en question, conformément aux dispositions de l'article 132-23 du code du travail », renonçant par là-même à une version antérieure de l'article qui prévoyait une obligation d'adhérer au nouvel organisme assureur.

L'article 4 de l'accord du 8 décembre 2011 stipule des adaptations au profit des pharmacies d'officine ayant conclu précédemment à son entrée en vigueur des contrats avec un autre organisme assureur, et distingue à cet égard deux cas.

Lorsque les contrats antérieurs assuraient des garanties inférieures à celles prévues par le dernier état de la convention (article 4.2), les pharmacies d'officine concernées doivent adhérer au contrat type dans les mêmes délais que les autres. Ce cas ne pose aucune difficulté au regard du texte susvisé, qui ne concerne que les contrats antérieurs garantissant les mêmes risques à un niveau équivalent.

Lorsque les contrats antérieurs présentaient des avantages égaux ou supérieurs, que ce soit parce qu'ils valaient adhésion au régime supplémentaire facultatif (article 4.5) ou au régime de remboursements de frais de soins de santé au bénéfice des anciens cadres (article 4.6) ou offraient tout régime égal ou supérieur (article 4.7), les pharmacies d'officine doivent contracter avec le nouvel organisme assureur désigné par l'accord, dans tous les cas avant le 1er janvier 2013. Mais les salariés des pharmacies d'officine concernées conservent auprès du dit organisme assureur le bénéfice de ces régimes supplémentaires, et les pharmacies d'officine elles-mêmes ne sauraient se prévaloir des stipulations de l'accord pour dénoncer les avantages supplémentaires qu'elles avaient mis en place.

Dans ces conditions, les adaptations nécessaires ont été prévues par l'accord collectif, lequel n'est donc pas contraire au second alinéa de l'article L 912-1 du code de la sécurité sociale dans sa rédaction applicable au litige.

Il doit être encore rappelé que l'article L 932-12 du code de la sécurité sociale exclut du droit de résiliation annuelle, qu'il instaure pour tous les contrats à adhésion obligatoire, le cas où l'adhésion résulte d'une obligation prévue dans une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel, de sorte que la demande, en tout état de cause présentée comme résultant de l'argumentation qui vient d'être écartée, tendant à voir dire que les entreprises ayant souscrit avec l'INSTITUT DE PRÉVOYANCE DU GROUPE MORNAY peuvent à compter du 16 juin 2013 résilier annuellement le contrat, sera rejetée, comme contraire à la clause d'application dans le temps de la décision du Conseil constitutionnel.

Sur les autres demandes

Le jugement déféré sera donc intégralement confirmé.

Il a été satisfait à la demande de donner acte formée par la FÉDÉRATION NATIONALE DU PERSONNEL D'ENCADREMENT DES INDUSTRIES CHIMIQUES ET CONNEXES CFE-CGC, la FÉDÉRATION NATIONALE DES SYNDICATS CHRÉTIENS DES SERVICES DE SANTÉ ET SOCIAUX CFCT, la FÉDÉRATION NATIONALE DE LA PHARMACIE FO et l'UNION DES SYNDICATS DE PHARMACIENS D'OFFICINE par sa mention dans le corps du

présent arrêt, une inscription au dispositif de celui-ci étant dépourvue de toute valeur décisive.

La FÉDÉRATION NATIONALE DES SYNDICATS DES SERVICES DE SANTÉ ET SERVICES SOCIAUX CFDT, d'une part, et les sociétés ALLIANZ IARD et ALLIANZ VIE, d'autre part, seront chacune condamnées à payer à chacune des parties suivantes la FÉDÉRATION NATIONALE DU PERSONNEL D'ENCADREMENT DES INDUSTRIES CHIMIQUES ET CONNEXES CFE-CGC, la FÉDÉRATION NATIONALE DES SYNDICATS CHRÉTIENS DES SERVICES DE SANTÉ ET SOCIAUX CFCT, la FÉDÉRATION NATIONALE DE LA PHARMACIE FO et l'UNION DES SYNDICATS DE PHARMACIENS D'OFFICINE une somme de 500 euros sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

Sur ce même fondement, la FÉDÉRATION NATIONALE DES SYNDICATS DES SERVICES DE SANTÉ ET SERVICES SOCIAUX CFDT, d'une part, et les sociétés ALLIANZ IARD et ALLIANZ VIE, d'autre part, seront chacune condamnées à payer à la FÉDÉRATION DES SYNDICATS PHARMACEUTIQUES DE FRANCE la somme de 2 000 euros.

La FÉDÉRATION NATIONALE DES SYNDICATS DES SERVICES DE SANTÉ ET SERVICES SOCIAUX CFDT et les sociétés ALLIANZ IARD et ALLIANZ VIE seront condamnées aux dépens de la procédure d'appel, application étant faite des dispositions de l'article 699 du code de procédure civile au profit des avocats de la FÉDÉRATION DES SYNDICATS PHARMACEUTIQUES DE FRANCE, d'une part, et de la FÉDÉRATION NATIONALE DU PERSONNEL D'ENCADREMENT DES INDUSTRIES CHIMIQUES ET CONNEXES CFE-CGC, de la FÉDÉRATION NATIONALE DES SYNDICATS CHRÉTIENS DES SERVICES DE SANTÉ ET SOCIAUX CFCT, de la FÉDÉRATION NATIONALE DE LA PHARMACIE FO et de l'UNION DES SYNDICATS DE PHARMACIENS D'OFFICINE, d'autre part.

PAR CES MOTIFS

Reçoit les sociétés ALLIANZ IARD et ALLIANZ VIE en leur intervention volontaire ;

Confirme le jugement déféré en toutes ses dispositions ;

Y ajoutant,

Dit que les pharmacies d'officine qui n'avaient pas encore, au jour de la publication de la décision du Conseil constitutionnel n° 2013-672 DC du 13 juin 2013, satisfait à l'obligation d'adhérer aux contrats types avec l'INSTITUT DE PRÉVOYANCE DU GROUPE MORNAY prévue par les articles 2 2°) et 4 de l'accord du 8 décembre 2011, ne peuvent plus y être contraintes ;

Rejette toutes les autres demandes formées à titre subsidiaire par les sociétés ALLIANZ IARD et ALLIANZ VIE ;

Condamne la FÉDÉRATION NATIONALE DES SYNDICATS DES SERVICES DE SANTÉ ET SERVICES SOCIAUX CFDT, d'une part, et les sociétés ALLIANZ IARD et ALLIANZ VIE, d'autre part, à payer chacune sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile la somme de :
- 500 euros à la FÉDÉRATION NATIONALE DU PERSONNEL D'ENCADREMENT DES INDUSTRIES CHIMIQUES ET CONNEXES CFE-CGC,

- 500 euros à la FÉDÉRATION NATIONALE DES SYNDICATS CHRÉTIENS DES SERVICES DE SANTÉ ET SOCIAUX CFCT,
- 500 euros à la FÉDÉRATION NATIONALE DE LA PHARMACIE FO,
- 500 euros à l'UNION DES SYNDICATS DE PHARMACIENS D'OFFICINE,
- 2 000 euros à la FÉDÉRATION DES SYNDICATS PHARMACEUTIQUES DE FRANCE ;

Condamne la FÉDÉRATION NATIONALE DES SYNDICATS DES SERVICES DE SANTÉ ET SERVICES SOCIAUX CFDT et les sociétés ALLIANZ IARD et ALLIANZ VIE aux dépens de la procédure d'appel, application étant faite des dispositions de l'article 699 du code de procédure civile au profit des avocats de la FÉDÉRATION DES SYNDICATS PHARMACEUTIQUES DE FRANCE, d'une part, et de la FÉDÉRATION NATIONALE DU PERSONNEL D'ENCADREMENT DES INDUSTRIES CHIMIQUES ET CONNEXES CFE-CGC, de la FÉDÉRATION NATIONALE DES SYNDICATS CHRÉTIENS DES SERVICES DE SANTÉ ET SOCIAUX CFCT, de la FÉDÉRATION NATIONALE DE LA PHARMACIE FO et de l'UNION DES SYNDICATS DE PHARMACIENS D'OFFICINE, d'autre part.

LE GREFFIER

LE PRESIDENT