

**EUROPEAN COMMITTEE OF SOCIAL RIGHTS
COMITÉ EUROPÉEN DES DROITS SOCIAUX**



Confidentiel¹

Confédération Générale du Travail Force Ouvrière (FO) c. France

Réclamation n° 118/2015

RAPPORT AU COMITE DES MINISTRES

Strasbourg, 3 juillet 2018

¹ Il est rappelé qu'en application de l'article 8§2 du Protocole, le présent rapport ne sera rendu public qu'après l'adoption d'une résolution par le Comité des Ministres ou au plus tard à l'issue d'une période de quatre mois après sa transmission au Comité des Ministres, c'est-à-dire le 26 novembre 2018.

Introduction

1. En application de l'article 8§2 du Protocole prévoyant un système de réclamations collectives (« le Protocole »), le Comité européen des Droits sociaux, comité d'experts indépendants de la Charte sociale européenne (« le Comité ») transmet au Comité des Ministres son rapport² relatif à la réclamation n° 118/2015. Le rapport contient la décision du Comité sur le bien-fondé de la réclamation (adoptée le 3 juillet 2018), la décision sur la recevabilité (adoptée le 9 septembre 2015) figure en annexe.

2. Le Protocole est entré en vigueur le 1^{er} juillet 1998. Il a été ratifié par la Belgique, la Croatie, Chypre, la République tchèque, la Finlande, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Italie, les Pays-Bas, la Norvège, le Portugal et la Suède. Par ailleurs, la Bulgarie et la Slovaquie sont également liées par cette procédure en application de l'article D de la Charte sociale révisée de 1996.

3. Le Comité a fondé sa procédure sur les dispositions du Règlement du 29 mars 2004, adopté par le Comité lors de sa 201^e session et révisé pour la dernière fois le 26 janvier 2018 lors de sa 297^e session.

4. Le rapport a été transmis au Comité des Ministres le 25 juillet 2018. Il est rappelé qu'en application de l'article 8§2 du Protocole, ce rapport ne sera rendu public qu'après l'adoption d'une résolution par le Comité des Ministres ou au plus tard quatre mois après sa transmission au Comité des Ministres, c'est-à-dire le 26 novembre 2018.

² Ce rapport peut subir des retouches de forme.

DECISION SUR LE BIEN-FONDE

Adoption : 3 juillet 2018

Notification : 25 juillet 2018

Publicité : 26 novembre 2018

Confédération Générale du Travail Force Ouvrière (FO) c. France

Réclamation n° 118/2015

Le Comité européen des Droits sociaux, comité d'experts indépendants institué en vertu de l'article 25 de la Charte sociale européenne (« le Comité »), au cours de sa 300^e session, dans la composition suivante :

Giuseppe PALMISANO, Président
Monika SCHLACHTER, Vice-Présidente
Karin LUKAS, Vice-Présidente
Eliane CHEMLA, Rapporteur Général
Birgitta NYSTRÖM
Petros STANGOS
József HAJDU
Marcin WUJCZYK
Krassimira SREDKOVA
Raul CANOSA USERA
Marit FROGNER
François VANDAMME
Barbara KRESAL
Kristine DUPATE

Assisté de Jan MALINOWSKI, Secrétaire exécutif ;

Après avoir délibéré le 20 mars, le 15 mai et le 3 juillet 2018,

Sur la base du rapport présenté par Krassimira SREDKOVA,

Rend la décision suivante, adoptée à cette dernière date :

PROCEDURE

1. La réclamation présentée par la Confédération Générale du Travail Force Ouvrière (« FO ») a été enregistrée le 29 avril 2015.
2. FO allègue d'une violation de l'article 6§2 de la Charte sociale européenne révisée (« la Charte ») eu égard aux conditions posées par la législation française relative à la protection sociale complémentaire des salariés, en particulier l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale tel que modifié par la loi n° 2013-1203 de financement de la sécurité sociale pour 2014 du 23 décembre 2013 et des décrets d'application, en ce qui concerne le choix d'un organisme assureur.
3. Le 9 septembre 2015, le Comité a déclaré la réclamation recevable, conformément à l'article 6 du Protocole de 1995 prévoyant un système de réclamations collectives («le Protocole») et à l'article 29§4 du Règlement du Comité (« le Règlement »).
4. Dans sa décision sur la recevabilité, le Comité a invité le Gouvernement à présenter un mémoire sur le bien-fondé de la réclamation avant le 17 novembre 2015.
5. En application de l'article 7§1 du Protocole, le Comité a invité les États parties au Protocole et les États ayant fait une déclaration conformément à l'article D§2 de la Charte, à lui transmettre leurs éventuelles observations sur le bien-fondé de la réclamation pour le 17 novembre 2015.
6. Le 16 novembre 2015, le Gouvernement a sollicité un report de la date limite fixée pour la présentation de son mémoire sur le bien-fondé de la réclamation. Le Président du Comité a accordé une prorogation de ce délai jusqu'au 20 novembre 2015. Le mémoire du Gouvernement sur le bien-fondé de la réclamation a été enregistré le 20 novembre 2015.
7. La date limite pour la réplique de FO au mémoire du Gouvernement sur le bien-fondé de la réclamation a été fixée au 29 janvier 2016. La réplique a été enregistrée le 29 janvier 2016.
8. Le 9 mars 2016, le Gouvernement a sollicité un délai pour la présentation d'une nouvelle réplique. Le Président du Comité a fixé au 12 avril 2016 la date limite de présentation de la nouvelle réplique du Gouvernement. La nouvelle réplique du Gouvernement a été enregistrée le 12 avril 2016.

CONCLUSIONS DES PARTIES

A – L'organisation auteur de la réclamation

9. Force Ouvrière invite le Comité à constater plusieurs violations de l'article 6§2 de la Charte en raison de :

- l'interdiction de clauses de désignation ;
- la diminution du nombre d'accords collectifs en matière de prévoyance ;
- l'adoption tardive des décrets d'application ;
- la procédure de mise en concurrence préalable ;
- l'application des règles en matière de conflits d'intérêt.

B – Le Gouvernement défendeur

10. Le Gouvernement rejette dans leur ensemble les assertions de l'organisation auteur de la réclamation et prie le Comité de déclarer celle-ci non fondée en tous ses aspects.

DROIT ET PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A – Cadre législatif

1. Préambule de la Constitution de 1946

11. L'article 8 dispose que :

« 8. Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises. »

12. L'article 11 dispose que :

« 11. Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence. »

2. Le code de la sécurité sociale

a. Situation en droit jusqu'en 2013

13. Les partenaires de la branche, lorsqu'ils souhaitaient réaliser une mutualisation du risque au sein de la branche, négociaient des accords qui contenaient une définition précise des prestations, du montant des cotisations ainsi qu'une clause portant désignation d'un ou de plusieurs organismes assureurs auprès desquels les entreprises étaient tenues d'assurer leurs salariés. En contrepartie de cette exclusivité, l'organisme était tenu de couvrir tous les salariés du secteur concerné sur la base d'un tarif unique.

14. La constitution d'un régime de garanties par les partenaires sociaux d'une branche professionnelle était donc souvent complétée par :

- une clause de désignation, dont le but était de déterminer l'organisme assureur qui mettrait en œuvre ledit régime ;
- éventuellement, une clause dite « de migration », qui énonçait que le caractère contraignant de l'adhésion à l'organisme assureur désigné s'appliquait également aux entreprises ayant déjà souscrit un contrat complémentaire assurant la couverture des risques sociaux et les enjoignait, dans un certain délai, d'assurer leurs salariés auprès de l'organisme assureur désigné. On parlait aussi de clauses de « désignation avec migration ».

15. Ces clauses conventionnelles se sont développées par la négociation collective en France au cours des soixante dernières années. Ces clauses s'expliquent par un mécanisme de mutualisation des risques particulier qui traduit la solidarité à la fois des employeurs et des salariés. Les partenaires sociaux ont par conventions ou accords collectifs procédé à la désignation d'organismes assureurs pour les besoins du fonctionnement des dispositifs de mutualisation que ces-mêmes partenaires sociaux ont entendu mettre en place.

16. Jusqu'en 2013, l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale disposait :

« 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 du code du travail sont applicables ».

17. La Cour de cassation, dans un arrêt du 10 mars 1994, a admis la validité des clauses de désignation au regard des règles de concurrence.

« Mais attendu que les régimes de sécurité sociale complémentaires qui reposent, comme les régimes de sécurité sociale de base, sur des mécanismes d'affiliation obligatoire pour les employeurs et travailleurs compris dans son champ d'application, et qui imposent aux établissements qui perçoivent les cotisations et répartissent les prestations, quelle que soit leur nature juridique, des sujétions particulières en vue de répondre à la mission sociale qui leur est confiée, ne sont pas visés par les dispositions des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, ni par celles des articles 85 et 86 du Traité instituant la Communauté économique européenne ; »

18. En 2012, la Cour de cassation (Chambre sociale, 27 novembre 2012, n°11-18.556) a repris l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne du 3 mars 2011 (AG2R Prévoyance contre Beaudout Père et Fils SARL), arrêt validant les clauses de désignation et de migration.

« Et attendu, d'autre part, que, selon l'article L. 2251-1 du code du travail, une convention ou un accord ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public ; que,

suivant l'article L. 2253-3 du code du travail, en matière de garanties collectives mentionnées à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ne peut comporter des clauses dérogeant à celles des conventions de branche ou accords professionnels ou interprofessionnels ; qu'il résulte de ces textes que l'obligation d'adhésion à l'organisme désigné par avenant pour gérer le régime complémentaire de remboursement de soins revêt un caractère d'ordre public et, ne comportant aucune dispense, exclut l'application du principe de faveur ; «

19. Le 8 août 1994, la loi n°94-678 relative à la protection sociale complémentaire des salariés a reconnu cette pratique qui a été codifiée à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale (voir ci-dessus).

20. Le seul encadrement législatif consistait donc à imposer une clause dans l'accord qui fixait dans quelles conditions et selon quelle périodicité les modalités d'organisation de la mutualisation des risques peuvent être réexaminées. En outre, il était prévu que la périodicité du réexamen ne pouvait excéder cinq ans.

21. En d'autres termes, les partenaires sociaux étaient relativement libres dans leurs négociations et n'étaient pas tenus par des dispositions contraignantes.

22. Le 11 janvier 2013, l'accord national interprofessionnel (ANI) prévoyait la généralisation de la couverture complémentaire en matière de santé et de prévoyance. Selon l'accord, les partenaires sociaux de la branche laisseraient aux entreprises la liberté de retenir le ou les organismes assureurs de leur choix. Toutefois, ils pourraient, s'ils le souhaitent, recommander aux entreprises de s'adresser à un ou plusieurs organismes assureurs ou institutions pouvant garantir cette couverture après mise en œuvre d'une procédure transparente de mise en concurrence:

"Les partenaires sociaux de la branche laisseront aux entreprises la liberté de retenir le ou les organismes assureurs de leur choix. Toutefois, ils pourront, s'ils le souhaitent, recommander aux entreprises de s'adresser à un ou plusieurs organismes assureurs ou institutions pouvant garantir cette couverture après mise en œuvre d'une procédure transparente de mise en concurrence."

23. Le projet de loi sur la protection de l'emploi du 14 mai 2013 prévoyait la modification de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale. Le texte de loi proposé par le Gouvernement n'a pas transcrit l'accord interprofessionnel national sur les clauses de recommandation en réintroduisant les clauses de désignation. Le projet de loi a été approuvé par le législateur.

24. Le 13 juin 2013, à l'occasion de l'examen de l'article 1er du projet de loi du 14 mai 2013 sur la sécurisation de l'emploi, le Conseil constitutionnel a déclaré l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale contraire à la Constitution mettant fin à la pratique des clauses de désignation :

« Considérant que, toutefois, d'une part, en vertu des dispositions du premier alinéa de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, toutes les entreprises qui appartiennent à une même branche professionnelle peuvent se voir imposer non seulement le prix et les modalités de la protection complémentaire mais également le choix de l'organisme de prévoyance chargé d'assurer cette protection parmi les entreprises régies par le code des assurances, les institutions relevant du titre III du livre IX du code de la sécurité sociale et les mutuelles relevant du code de la mutualité ; que, si le législateur peut porter atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle dans un but de mutualisation des risques,

notamment en prévoyant que soit recommandé au niveau de la branche un seul organisme de prévoyance proposant un contrat de référence y compris à un tarif d'assurance donné ou en offrant la possibilité que soient désignés au niveau de la branche plusieurs organismes de prévoyance proposant au moins de tels contrats de référence, il ne saurait porter à ces libertés une atteinte d'une nature telle que l'entreprise soit liée avec un cocontractant déjà désigné par un contrat négocié au niveau de la branche et au contenu totalement prédéfini ; que, par suite, les dispositions de ce premier alinéa méconnaissent la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre ; »

« L'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale est contraire à la Constitution. »

25. La saisine portait sur le 2° du A du paragraphe I, sur le 2° du paragraphe II et sur l'actuel article L. 912-1 du code de la sécurité sociale. Les requérants invitaient donc le Conseil constitutionnel à faire une nouvelle application de sa jurisprudence dite « néocalédonienne », selon laquelle « la régularité au regard de la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être utilement contestée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine » (décisions nos 85-187 DC du 25 janvier 1985, 2012-654 DC du 9 août 2012, 2012-656 DC du 24 octobre 2012, 2012-659 DC du 13 décembre 2012, 2012-662 DC du 29 décembre 2012, 2013-667 DC du 16 mai 2013 et 2013-669 DC du 17 mai 2013).

26. Le Conseil constitutionnel a déclaré que les dispositions du 2° du A du paragraphe I de l'article 1er ne sont contraires à aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle en relevant « qu'elles se bornent à prévoir l'ouverture d'une négociation portant sur les modalités de choix de l'assureur et les conditions dans lesquelles les entreprises peuvent retenir le ou les organismes de prévoyance de leur choix » (cons. 7).

27. En revanche, et sans examiner les autres griefs, il a censuré les dispositions du 2° du paragraphe II du même article ainsi que celles de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale comme contraires à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle. Le Conseil constitutionnel a censuré l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale en tant que celui-ci prévoyait que, dès l'entrée en vigueur d'un accord de branche, les entreprises de cette branche se trouvaient liées avec l'organisme de prévoyance désigné par l'accord. Selon le Conseil Constitutionnel l'usage des clauses de désignation méconnaît la liberté contractuelle.

28. La déclaration d'inconstitutionnalité de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale rend depuis le 16 juin 2013 impossible la conclusion de clauses de désignation au niveau des branches.

b. La législation nationale actuellement en vigueur

29. C'est à la suite de cette décision du Conseil constitutionnel, que le Parlement a adopté la loi du 23 décembre 2013, dont l'article 14 a introduit dans le code de la sécurité sociale le nouvel article L. 912-1. Conformément à cet article, les accords professionnels ou interprofessionnels peuvent comporter des clauses recommandant, à l'issue d'une procédure d'appel d'offre transparente, un ou plusieurs organismes assureurs en vue de gérer le régime de protection sociale complémentaire.

i. L'article 14 de la loi du 23 décembre 2013

« I.-Les accords professionnels ou interprofessionnels mentionnés à l'article L. 911-1 peuvent, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, prévoir l'institution de garanties collectives présentant un degré élevé de solidarité et comprenant à ce titre des prestations à caractère non directement contributif, pouvant notamment prendre la forme d'une prise en charge partielle ou totale de la cotisation pour certains salariés ou anciens salariés, d'une politique de prévention ou de prestations d'action sociale.

Dans ce cas, les accords peuvent organiser la couverture des risques concernés en recommandant 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 une ou plusieurs institutions mentionnées à l'article L. 370-1 du code des assurances, sous réserve du respect des conditions définies au II du présent article.

Le ou les organismes ou institutions adressent annuellement au ministre chargé de la sécurité sociale un rapport sur la mise en œuvre du régime, le contenu des éléments de solidarité et son équilibre, dont le contenu est précisé par décret.

II.-La recommandation mentionnée au I doit être précédée d'une procédure de mise en concurrence des organismes ou institutions concernés, dans des conditions de transparence, d'impartialité et d'égalité de traitement entre les candidats et selon des modalités prévues par décret.

Le ou les organismes ou institutions ne peuvent refuser l'adhésion d'une entreprise relevant du champ d'application de l'accord. Ils sont tenus d'appliquer un tarif unique et d'offrir des garanties identiques pour toutes les entreprises et pour tous les salariés concernés.

III.-Les accords mentionnés au I comportent une clause fixant dans quelles conditions et selon quelle périodicité, qui ne peut excéder cinq ans, les modalités d'organisation de la recommandation sont réexaminées. La procédure prévue au premier alinéa du II est applicable à ce réexamen.

IV.-Les accords mentionnés au I peuvent prévoir que certaines des prestations nécessitant la prise en compte d'éléments relatifs à la situation des salariés ou sans lien direct avec le contrat de travail les liant à leur employeur sont financées et gérées de façon mutualisée, selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat, pour l'ensemble des entreprises entrant dans leur champ d'application. »

ii. Les décrets d'application de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale

30. Le premier décret est le décret n° 2014-1498 du 11 décembre 2014 relatif aux garanties collectives présentant le degré élevé de solidarité mentionné à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale (ci-après le « décret d'application du 11 décembre 2014 »). Ce décret prévoit que les garanties présentant un degré élevé de solidarité impliquent le respect de deux conditions qui sont liées, d'une part, à leur financement et d'autre part, à leur nature. Ces garanties doivent représenter au moins de 2 % de la prime ou de la cotisation et elles doivent correspondre à des prestations non contributives, à des actions de prévention ou à des prestations d'action sociale.

31. Le deuxième décret est le décret n° 2015-13 du 8 janvier 2015 relatif à la procédure de mise en concurrence des organismes dans le cadre de la clause de recommandation prévue par l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale (ci-après le « décret d'application du 8 janvier 2015 »). Ce décret prévoit que les partenaires sociaux qui recommandent un ou plusieurs organismes assureurs pour assurer la gestion des garanties obligatoires de protection sociale complémentaire qu'ils

instituent doivent procéder à une mise en concurrence préalable de ces organismes. A cette fin, les partenaires sociaux sont tenus de publier un avis d'appel à la concurrence qui doit comporter les conditions de recevabilité et d'éligibilité des candidatures, les critères d'évaluation des offres ainsi que le contenu du cahier des charges que les partenaires sociaux auront élaboré. Le décret d'application du 8 janvier 2015 comporte également des dispositions relatives à la prévention des conflits d'intérêt lors du choix du ou des organismes recommandés.

B – Développements ultérieurs

32. Le projet de loi de financement de la sécurité sociale (LFSS) pour 2017 adopté le 5 décembre 2016 se proposait de permettre aux partenaires sociaux, via des accords de branche, d'organiser la sélection d'au moins deux organismes assureurs en matière de prévoyance lourde (art. 32). En pratique, il s'agissait de réintroduire, sous une forme atténuée, le mécanisme des clauses de désignation jugé inconstitutionnel en juin 2013 à l'occasion de l'examen de la loi relative à la sécurisation de l'emploi (c. constit., décision 2013-672 DC du 13 juin 2013, JO du 16 juin 2013). Le Conseil constitutionnel a censuré la disposition que les pouvoirs publics entendaient introduire, au motif qu'elle ne relevait pas du domaine des lois de financement de la sécurité sociale (considérée comme un « cavalier » législatif).

33. Le Conseil d'Etat a rendu une décision concernant les désignations le 8 juillet 2016 suite à l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne du 17 décembre 2015 (voir §41). Il s'agissait en particulier de la désignation d'AG2R dans la boulangerie. La décision du 8 juillet 2016 rappelle que la désignation d'un organisme assureur doit répondre aux obligations de transparence découlant de l'article 56 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Dès lors, l'extension d'un accord comportant une désignation est contraire au droit communautaire si la réglementation nationale n'a pas imposé une publicité adéquate permettant au Gouvernement d'étendre l'accord en toute connaissance de cause.

34. Par un arrêt du 7 mars 2017, la Cour de cassation a annulé la désignation d'AG2R dans la branche de la boulangerie en écartant l'application de l'arrêté d'extension de 2006. La Cour de cassation considère en effet que l'arrêté du 16 octobre 2006, simplement précédé de la publicité prévue à l'article L. 133-14 du code du travail, laquelle ne peut être regardée comme ayant permis aux opérateurs intéressés de manifester leur intérêt pour la gestion des régimes de prévoyance concernés avant l'adoption de la décision d'extension.

TEXTES INTERNATIONAUX PERTINENTS

A – l'Organisation internationale du travail (OIT)

35. Selon l'article 4 de la Convention n°98 de l'OIT sur le droit d'organisation et de négociation collective :

« Des mesures appropriées aux conditions nationales doivent, si nécessaire, être prises pour encourager et promouvoir le développement et l'utilisation les plus larges de procédures de négociation volontaire de conventions collectives entre les employeurs et les organisations d'employeurs d'une part, et les organisations de travailleurs d'autre part, en vue de régler par ce moyen les conditions d'emploi. »

B – Union Européenne

1. Article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ex-article 81 TCE)

1. Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à :

- a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction,
- b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements,
- c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement,
- d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
- e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit.

3. Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables :

- à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,
- à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et
- à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées

qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans:

- a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,
- b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

2. La Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE)

36. Arrêt de la Cour du 21 septembre 1999, *Albany International BV contre Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*.

37. La Cour de Justice des Communautés Européennes a considéré qu'une convention collective assortie d'une clause de désignation ne constituait pas une entente prohibée entre entreprises en raison de sa nature et de son objet. De sa nature, d'abord, car il s'agit du droit fondamental de la négociation collective ; de son objet, ensuite, car il s'agit d'atteindre un degré de protection sociale le plus élevé possible.

« Certes, certains effets restrictifs de la concurrence sont inhérents aux accords collectifs conclus entre organisations représentatives des employeurs et des travailleurs. Toutefois, les objectifs de politique sociale poursuivis par de tels accords seraient sérieusement compromis si les partenaires sociaux étaient soumis à l'article 85, paragraphe 1, du traité dans la recherche en commun de mesures destinées à améliorer les conditions d'emploi et de travail. »

« Il résulte ainsi d'une interprétation utile et cohérente des dispositions du traité, dans leur ensemble, que des accords conclus dans le cadre de négociations collectives entre partenaires sociaux en vue de tels objectifs doivent être considérés, en raison de leur nature et de leur objet, comme ne relevant pas de l'article 85, paragraphe 1, du traité. »

38. Arrêt de la Cour (sixième chambre) du 21 septembre 2000, *Hendrik van der Woude contre Stichting Beatrixoord*:

« Il y a lieu de rappeler que, dans les arrêts Albany, Brentjen's et Drijvende Bokken, précités, la Cour a jugé que les accords conclus dans le cadre de négociations collectives entre partenaires sociaux destinés à améliorer les conditions d'emploi et de travail doivent être considérés, en raison de leur nature et de leur objet, comme ne relevant pas de l'article 85, paragraphe 1, du traité. »

« À cet égard, il suffit de constater qu'il ne ressort pas du dossier fourni par la juridiction nationale ni des observations écrites ou orales que, en vertu du régime prévu dans la convention collective de travail, l'entreprise chargée de la gestion de l'assurance en cause au principal soit amenée à exploiter son éventuelle position dominante de façon abusive ou que les prestations fournies ne correspondent pas aux besoins des travailleurs concernés. »

39. Arrêt de la Cour (première chambre) du 3 mars 2011, *AG2R Prévoyance contre Beaudout Père et Fils SARL*. Dans sa décision relative à une clause de migration, la CJUE a analysé le régime de santé de branche comme une entreprise chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général.

« Or, il y a lieu de constater que, en cas de suppression de la clause de migration et, par là même, du droit exclusif d'AG2R de gérer le régime de remboursement complémentaire de frais de soins de santé pour l'ensemble des entreprises du secteur de la boulangerie artisanale française, cet organisme, alors qu'il est obligé, en vertu de l'avenant n° 83, d'offrir une couverture aux salariés de ces entreprises dans les conditions définies par ledit avenant, risquerait d'être confronté à une défection des assurés présentant des risques restreints, ceux-ci se tournant vers des entreprises offrant, en ce qui les concerne, des garanties comparables, voire meilleures, pour des cotisations moins élevées. Dans ces conditions, la part croissante des « mauvais risques » qu'il incomberait à AG2R de couvrir provoquerait une hausse du coût des garanties, de sorte que cet organisme ne pourrait plus proposer une couverture de même qualité à un prix acceptable.

Il en serait d'autant plus ainsi dans le cas d'un régime qui, comme celui en cause au principal, se caractérise par un degré élevé de solidarité, en raison, notamment, du caractère forfaitaire des cotisations et de l'obligation d'accepter tous les risques.

En effet, de telles contraintes, qui rendent le service fourni par l'organisme concerné moins compétitif qu'un service comparable fourni par des compagnies d'assurance non soumises à ces contraintes, contribuent à justifier le droit exclusif de cet organisme de gérer un tel régime, sans qu'aucune dispense d'affiliation ne soit possible. »

40. La Cour valide la clause de désignation contenue dans l'accord collectif de branche, mais aussi la clause de migration, laquelle impose l'adhésion à l'organisme désigné et ce, sans qu'il ne soit possible d'être dispensé d'affiliation.

41. Saisie d'une demande à titre préjudiciel par le Conseil d'État, la CJUE a rendu la décision du 17 décembre 2015, (Union des syndicats de l'immobilier (UNIS) (C-25/14), Beaudout Père et Fils SARL (C-26/14), et s'est prononcée sur les conditions nécessaires pour que les accords comportant des clauses de désignation puissent être étendus. Dans sa décision, la CJUE s'est prononcée en affirmant que toutes les

procédures aboutissant à des clauses de désignation doivent respecter l'obligation de transparence :

« L'obligation de transparence, qui découle de l'article 56 TFUE, s'oppose à l'extension, par un État membre, à l'ensemble des employeurs et des travailleurs salariés d'une branche d'activité, d'un accord collectif, conclu par les organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs salariés pour une branche d'activité, qui confie à un unique opérateur économique, choisi par les partenaires sociaux, la gestion d'un régime de prévoyance complémentaire obligatoire institué au profit des travailleurs salariés, sans que la réglementation nationale prévoie une publicité adéquate permettant à l'autorité publique compétente de tenir pleinement compte des informations soumises, relatives à l'existence d'une offre plus avantageuse.

Les effets du présent arrêt ne concernent pas les accords collectifs portant désignation d'un organisme unique pour la gestion d'un régime de prévoyance complémentaire ayant été rendus obligatoires par une autorité publique pour l'ensemble des employeurs et des travailleurs salariés d'une branche d'activité avant la date de prononcé du présent arrêt, sans préjudice des recours juridictionnels introduits avant cette date. »

EN DROIT

42. L'article 6§2 de la Charte est libellé ainsi :

Article 6 – Droit de négociation collective

Partie I : «Tous les travailleurs et employeurs ont le droit de négocier collectivement ».

Partie II : « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit de négociation collective, les Parties s'engagent:

(...)

2 à promouvoir, lorsque cela est nécessaire et utile, l'institution de procédures de négociation volontaire entre les employeurs ou les organisations d'employeurs, d'une part, et les organisations de travailleurs, d'autre part, en vue de régler les conditions d'emploi par des conventions collectives;

(...) »

43. L'article G de la Charte est libellé ainsi :

Article G – Restrictions

« 1 Les droits et principes énoncés dans la partie I, lorsqu'ils seront effectivement mis en œuvre, et l'exercice effectif de ces droits et principes, tel qu'il est prévu dans la partie II, ne pourront faire l'objet de restrictions ou limitations non spécifiées dans les parties I et II, à l'exception de celles prescrites par la loi et qui sont nécessaires, dans une société démocratique, pour garantir le respect des droits et des libertés d'autrui ou pour protéger l'ordre public, la sécurité nationale, la santé publique ou les bonnes mœurs.

2 Les restrictions apportées en vertu de la présente Charte aux droits et obligations reconnus dans celle-ci ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues. »

A – Arguments des parties

1. L'organisation auteur de la réclamation

44. FO allègue que l'impossibilité, pour les accords de branche, de désigner un ou plusieurs organismes de prévoyance chargés d'assurer la couverture complémentaire pour l'ensemble des entreprises de la branche, une clause de désignation s'imposant à ces entreprises, constitue une violation de l'article 6§2 de la Charte.

45. Selon l'organisation réclamante, le cadre législatif actuel, qui interdit la clause de désignation, limite de façon importante la faculté qu'ont les partenaires de recourir à la négociation collective pour conclure des accords collectifs de protection sociale complémentaire contraignants permettant une mutualisation complète au niveau de la branche.

46. En effet, les partenaires sociaux de branche ne pouvant que recommander des organismes assureurs, les entreprises peuvent souscrire un contrat d'assurance auprès de l'opérateur de leur choix. Or, les entreprises présentant des « mauvais risques » d'un point de vue de la prévoyance, c'est-à-dire celles comptant notamment des salariés âgés ou connaissant des risques particuliers de pathologie liés à l'activité auront tout intérêt à recourir à l'organisme recommandé qui ne peut refuser l'adhésion d'une entreprise relevant du champ d'application de l'accord. Au contraire, les entreprises placées dans la situation inverse, avec une faible sinistralité, pourront négocier la souscription d'un contrat d'assurance auprès d'un organisme non recommandé à des tarifs plus avantageux, voire une couverture améliorée.

47. En outre, FO allègue que depuis l'entrée en vigueur de la loi du 23 décembre 2013, le nombre d'accords collectifs en matière de prévoyance a fortement diminué en France et qu'une diminution du nombre de ces accords constitue en soi une violation de l'article 6§2 de la Charte.

48. FO prétend également que l'adoption tardive, le 11 décembre 2014 et le 8 janvier 2015, des décrets d'application de la loi du 23 décembre 2013, a porté atteinte au droit à la négociation collective et constitue donc une violation de l'article 6§2 de la Charte.

49. FO soutient que la procédure de mise en concurrence préalable, prévue par la loi du 23 décembre 2013 et le décret d'application du 8 janvier 2015, porte atteinte à la liberté de négociation collective.

50. Enfin, FO soutient que les règles en matière de conflits d'intérêt prévues par le décret d'application du 8 janvier 2015 portent atteinte à la liberté syndicale.

2. Le Gouvernement défendeur

Sur l'interdiction des clauses de désignation

51. Sur la violation allégué de l'article 6§2 de la Charte en raison de l'interdiction des clauses de désignation, le Gouvernement rappelle que, dans son mémoire sur le bien-fondé, il a d'abord exposé les raisons pour lesquelles les dispositions de l'article 6§2 de la Charte, qui reconnaissent une grande marge d'appréciation aux Etats parties, ne sauraient être interprétées comme interdisant à ces Etats de prohiber les clauses de désignation dans les accords collectifs.

52. Il souligne que, si les partenaires sociaux ne peuvent plus recourir aux clauses de désignation, ils ont toujours la possibilité de recourir à la négociation collective pour définir le cadre de la protection sociale complémentaire en matière de santé et de prévoyance et de prévoir, le cas échéant, une clause de recommandation d'un organisme assureur.

Sur la diminution alléguée du nombre d'accords collectifs en matière de prévoyance

53. Le Gouvernement réfute les arguments de l'organisation réclamante sur la diminution alléguée du nombre d'accords collectifs en matière de prévoyance et le fait qu'une diminution du nombre de ces accords constituerait en soi une violation de l'article 6§2 de la Charte. Selon le Gouvernement il ne ressort pas des conclusions du Comité que la diminution du nombre d'accords collectifs dans un Etat constituerait en soi une violation de l'article 6§2 de la Charte.

Sur l'adoption tardive des décrets d'application

54. Sur la violation alléguée de l'article 6§2 de la Charte en raison de l'adoption tardive des décrets d'application de la loi du 23 décembre 2013, le Gouvernement précise que l'article 1er de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi, a visé à rendre obligatoire, à compter du 1er janvier 2016, la couverture en matière de remboursement de frais de santé pour les salariés. Les garanties offertes par cette couverture doivent être au moins égales à un panier minimal fixé par décret et financé à hauteur d'au moins 50 % par l'employeur. Pour ce faire, et comme les partenaires sociaux l'avaient souhaité, la priorité a été donnée à la négociation qui s'est située au sein de chaque branche professionnelle. Le Gouvernement indique que les partenaires sociaux qui souhaitaient recommander un ou plusieurs organismes d'assurance avaient la possibilité de conclure un accord collectif de branche jusqu'au 1er janvier 2016.

55. Le Gouvernement fait état du nombre important d'accords collectifs examinés par la Commission des accords collectifs de retraite et de prévoyance (ci- après la « COMAREP »). Enfin, il soutient que contrairement à ce que déduit FO du bilan de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 du ministère du Travail du 3 avril 2015 dans ses observations en réplique, les partenaires sociaux ont effectivement recours à la clause de recommandation. Il affirme que, depuis le 1er janvier 2014, date à laquelle les nouvelles dispositions de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale sont entrées en vigueur, 37 clauses de recommandation ont été examinées par la COMAREP.

Sur la mise en concurrence

56. Le Gouvernement soutient, que contrairement aux allégations de FO, l'État n'intervient en rien dans la procédure de mise en concurrence. En effet, selon le Gouvernement, il ne limite en aucun cas le choix des partenaires sociaux qui déterminent librement les critères qui leur permettront de fonder leur sélection.

Sur la réglementation d'un « conflit d'intérêt » supposé

57. Sur la violation allégué des articles 5 et 6§2 de la Charte en raison de la réglementation d'un « conflit d'intérêt » supposé, le Gouvernement fait valoir que la liberté syndicale ne relève pas de cette dernière disposition mais bien de l'article 5 de la Charte et que c'est à tort que FO ne s'est pas référé à cet article. Le Gouvernement ne conteste pas le lien qui existe entre la liberté syndicale de l'article 5 de la Charte et le droit de négociation collective de son article 6§2. Il n'en demeure pas moins que la liberté syndicale relève de l'article 5 de la Charte, qui est intitulé « Droit syndical », et non de son article 6, qui est intitulé « Droit de négociation collective ».

58. Le Gouvernement estime que, quoi qu'il en soit, l'article 5 de la Charte ne saurait être interprété comme interdisant à un Etat membre de prévoir des règles en matière de conflits d'intérêt en vue de prévenir toute suspicion de favoritisme dans le choix des organismes de prévoyance recommandés.

59. Le Gouvernement souligne que le décret d'application du 8 janvier 2015 s'applique aussi bien aux organisations syndicales de salariés qu'aux organisations professionnelles d'employeurs et aux organismes d'assurance relevant du code des assurances, du code de la mutualité et du code de la sécurité sociale. En vertu de l'article D. 912-10 du code de la sécurité sociale, les membres de la commission paritaire qui déclarent une situation de conflit d'intérêts ne peuvent prendre part à aucune réunion ni délibération en lien avec la phase de sélection des offres. Dans ce cas, le ou les membres concernés peuvent être remplacés à l'initiative de l'organisation syndicale de salariés ou de l'organisation professionnelle d'employeurs dont ils relèvent.

B – Appréciation du Comité

Sur l'interdiction des clauses de désignation

60. Le Comité rappelle que l'objectif de l'article 6§2 est de promouvoir la négociation collective à la fois libre et volontaire, à laquelle participent des parties représentant des organisations libres et dûment informées. Selon l'interprétation donnée par le Comité à cette disposition, les Etats Parties s'engagent non seulement à reconnaître dans leur législation la possibilité pour les employeurs et les travailleurs de régler leurs relations mutuelles par voie de convention collective, mais également de promouvoir d'une façon positive, avec l'aide de moyens appropriés, la

conclusion de telles conventions si leur état de développement spontané n'est pas suffisant et à garantir, en particulier, que les partenaires sociaux soient disposés à ouvrir entre eux des négociations collectives. Si, en revanche, des procédures de négociation volontaire existent sur une base spontanée et si elles correspondent à un niveau adéquat, le Gouvernement en question n'est pas tenu, d'intervenir au sens de ce paragraphe (Observation interprétative de l'article 6§2, Conclusions I).

61. Néanmoins, le Comité rappelle que le droit de négociation collective, garanti par l'article 6§2 de la Charte, n'est pas absolu et peut être limité, mais que toute restriction à ce droit ne peut être conforme à l'article 6§2 de la Charte que si elle remplit les conditions énoncées à l'article G de la Charte. Toute restriction doit ainsi (i) être prescrite par la loi, (ii) poursuivre un but légitime, c.-à-d. protéger les droits et libertés d'autrui, l'ordre public, la sécurité nationale, la santé publique ou les bonnes mœurs, et (iii) être nécessaire dans une société démocratique pour parvenir à ces buts – en d'autres termes, la restriction doit être proportionnée au but légitime poursuivi.

62. L'organisation réclamante allègue que, depuis 2013, l'impossibilité des partenaires sociaux de recourir aux clauses de désignation d'un organisme assureur *de prévoyance* ayant pour but de mutualiser les risques au niveau de la branche, est une ingérence injustifiée dans le droit de la négociation collective. Selon FO l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, tel que modifié par la loi n° 2013-1203, ne prévoit que la possibilité de recourir à des clauses de recommandation ce qui constitue une atteinte à la libre négociation des partenaires sociaux.

63. Le Comité rappelle que pareille ingérence enfreint l'article 6§2, sauf si elle est « prévue par la loi », poursuivant un ou plusieurs buts légitimes et « nécessaire, dans une société démocratique ».

64. En l'espèce, l'ingérence litigieuse est *prescrite par la loi*, prévue par l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale. Cette ingérence, dans la mesure où elle vise à protéger les entreprises, poursuit un but légitime : la protection de la liberté contractuelle des entreprises. La question est de savoir si pareille ingérence est « nécessaire, dans une société démocratique », pour atteindre ce but légitime.

65. Le Comité relève que l'ancien article L. 912-1 du code de la sécurité sociale (résultant de la loi n° 94-678 du 8 août 1994, lequel avait entériné la pratique des clauses de désignation) permettait aux partenaires sociaux de prévoir une mutualisation des risques en désignant, dans un accord professionnel ou interprofessionnel, un ou plusieurs organismes assureurs chargés d'assurer ce risque. Une fois l'accord étendu, la clause de désignation rendait obligatoire l'adhésion de toutes les entreprises de la branche à l'organisme assureur désigné.

66. Le 11 janvier 2013, l'accord national interprofessionnel (ANI) prévoit que les partenaires sociaux de la branche laissent aux entreprises la liberté de retenir le ou les organismes assureurs de leur choix. Toutefois, ils peuvent, s'ils le souhaitent, recommander aux entreprises de s'adresser à un ou plusieurs organismes assureurs ou institutions pouvant garantir cette couverture après mise en œuvre d'une procédure transparente de mise en concurrence.

67. Contrairement à l'accord, le Gouvernement a réintroduit les clauses de désignation dans la nouvelle loi sur la protection de l'emploi du 14 mai 2013. Le texte a été voté par le législateur. Le 13 juin 2013, à l'occasion de l'examen de l'article 1er du projet de loi du 14 mai 2013 sur la sécurisation de l'emploi, le Conseil constitutionnel a déclaré l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale contraire à la Constitution mettant fin à la pratique des clauses de désignation comme contraires à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle des entreprises (Cons. const., déc. n° 2013-672 DC, 13 juin 2013, JO, 16 juin 2013, p. 9976). La décision du Conseil Constitutionnel a été suivie par la nouvelle loi n° 2013-1203. Ainsi l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, ne prévoit plus la possibilité de pratiquer des clauses de désignation, mais seulement de recommandation.

68. Les pièces au dossier démontrent que le Conseil Constitutionnel a déclaré inconstitutionnel l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, c'est-à-dire l'article sur lequel depuis des dizaines d'années, se sont fondées toutes les clauses de désignation et de migration, qu'elles aient pour objet la retraite complémentaire ou des garanties de prévoyance quelles qu'elles soient (frais de santé, incapacité, invalidité, décès, inaptitude, dépendance) et quelles que soient les catégories bénéficiaires (cadres, non cadres). Le Comité note qu'en fondant sa décision sur la liberté contractuelle de l'employeur, le Conseil constitutionnel a fait prévaloir la liberté contractuelle sur le droit de négociation collective. De l'avis du Comité, il n'y a pas de raison fondamentale d'accorder plus d'importance à la liberté contractuelle au détriment du droit de négociation collective.

69. Il faut également rappeler que les clauses de désignation et de migration avaient été validées par la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJEU) dans un arrêt du 3 mars 2011 (AG2R Prévoyance contre Beaudout Père et Fils SARL), arrêt repris par la Cour de cassation (Chambre sociale, 27 novembre 2012, n°11-18.556). La CJUE avait affirmé que la législation française telle qu'exprimée au travers de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale était compatible avec le droit européen et la Cour de cassation avait considéré que compte tenu de l'existence de cet article L. 912-1, les clauses de désignation étaient valides et licites.

70. Pour le Gouvernement, le mécanisme de recommandation, actuellement en place, prévu à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, permet, tout autant que la désignation, de mutualiser les risques au niveau de la branche. Il affirme ainsi que, en favorisant l'adhésion d'un grand nombre d'entreprises auprès d'un organisme complémentaire recommandé, l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale permet d'offrir des garanties importantes à un moindre coût. De plus, les organismes recommandés ne peuvent refuser l'adhésion d'une entreprise de la branche et ils sont tenus d'appliquer un tarif unique et d'offrir des garanties identiques pour toutes les entreprises et pour tous les salariés concernés.

71. Le Comité relève qu'une telle affirmation est contestée par FO selon laquelle, le cadre législatif actuel, qui interdit la clause de désignation, limite de façon importante la faculté qu'ont les partenaires de recourir à la négociation collective pour conclure des accords collectifs de protection sociale complémentaire contraignants permettant une mutualisation complète au niveau de la branche.

72. Le Comité note que la désignation d'un organisme assureur par les partenaires sociaux était un mécanisme fondé sur le principe de la solidarité. Cette solidarité se manifestait par l'obligation de toutes les entreprises de la branche d'accéder à une couverture dans les mêmes conditions et aux mêmes tarifs, quelle que soit leur taille ou leur sinistralité. Le principe de solidarité résultait également de l'effectivité réelle de la mutualisation et garantissait l'accès aux entreprises présentant des risques importants rencontrant des difficultés pour accéder, dans des conditions économiques adaptées à leurs capacités financières, à une couverture complémentaire de qualité ; ce mécanisme offrait des garanties importantes à un moindre coût aux entreprises présentant des besoins spécifiques, dites à « mauvais risques » d'un point de vue de la prévoyance, c'est-à-dire celles comptant notamment des salariés âgés ou connaissant des risques particuliers de pathologie liés à l'activité, ou encore exerçant des activités où les salariés changent fréquemment d'employeurs comme l'hôtellerie, la restauration mais aussi les intermittents des spectacles.

73. En vertu de la loi actuellement en vigueur, les partenaires sociaux de branche ne pouvant que recommander des organismes assureurs, les entreprises peuvent souscrire un contrat d'assurance complémentaire auprès de l'opérateur de leur choix. Or, les entreprises présentant des « mauvais risques » auront tout intérêt à recourir à l'organisme recommandé, qui ne peut refuser l'adhésion d'une entreprise relevant du champ d'application de l'accord. Au contraire, les entreprises placées dans la situation inverse, avec une faible sinistralité, pourront négocier la souscription d'un contrat d'assurance auprès d'un organisme non recommandé à des tarifs plus avantageux, voire une couverture améliorée. Ceci met en péril l'équilibre financier du régime d'assurance complémentaire tel que proposé par l'organisme recommandé par les partenaires sociaux. Le Comité considère que le mécanisme de la recommandation conduit à un régime de protection sociale complémentaire « à deux vitesses ».

74. Pour le Comité, l'impossibilité de recourir au mécanisme des clauses de désignation entraîne de facto la limitation des pouvoirs de négociation des partenaires sociaux au niveau de la branche. A cet égard, le Gouvernement ne démontre pas comment la recommandation d'un ou de plusieurs organismes assureurs, permet de garantir l'effectivité réelle de la négociation collective des partenaires sociaux, contrairement à la désignation, qui conduit à un accord contraignant en matière de protection sociale complémentaire. Le Comité note que l'interdiction des clauses de désignation est très générale et ne prend pas en compte certaines branches aux besoins spécifiques, présentant des « mauvais risques » ou encore les activités où les salariés changent fréquemment d'employeurs.

75. De plus, les autorités n'ont pas démontré qu'elles avaient examiné suffisamment si l'objectif poursuivi aurait pu être atteint par une méthode moins intrusive qu'une interdiction générale de la clause de désignation.

76. Pour ces raisons, le Comité considère que l'interdiction générale des clauses de désignation n'est pas proportionnée au but légitime poursuivi. Pareille restriction ne peut dès lors être considérée comme nécessaire dans une société démocratique au sens de l'article G.

77. Le Comité dit qu'il y a violation de l'article 6§2 de la Charte.

Sur le nombre d'accords collectifs en matière de prévoyance

78. FO soutient que, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 23 décembre 2013, le nombre d'accords collectifs en matière de prévoyance a diminué en France et qu'une diminution du nombre de ces accords constitue en soi une violation de l'article 6§2 de la Charte.

79. Cependant, selon le Gouvernement, le nombre d'accords collectifs examinés par la Commission des accords collectifs de retraite et de prévoyance (COMAREP) en 2014, c'est-à-dire après l'entrée en vigueur de la loi du 23 décembre 2013, a substantiellement augmenté par rapport à 2013 et ce nombre ne se situe guère en dessous des plus fortes années antérieures :

- 2011 : 154 accords examinés ;
- 2012 : 153 accords examinés ;
- 2013 : 112 accords examinés ;
- 2014 : 143 accords examinés.

80. Le Comité note d'après le mémoire du Gouvernement, qu'en France, le taux de salariés couverts par des conventions collectives dépasse les 90 % et qu'en 2013, seulement 2,3 % des salariés n'étaient pas couverts par une assurance complémentaire santé.

81. Le Comité relève qu'en l'espèce, les pièces au dossier n'apportent pas de données démontrant un effet préjudiciable de la législation en vigueur sur le nombre d'accords collectifs conclus en matière de prévoyance.

82. Par conséquent, le Comité dit qu'il n'y a pas violation de l'article 6§2 de la Charte sur ce motif.

Sur les décrets d'application de la loi du 23 décembre 2013

83. FO allègue que l'adoption tardive, le 11 décembre 2014 et le 8 janvier 2015, des décrets d'application de la loi du 23 décembre 2013, a porté atteinte au droit de négociation collective et constitue donc une violation de l'article 6§2 de la Charte.

84. Selon le Gouvernement, les partenaires sociaux qui souhaitent recommander un ou plusieurs organismes d'assurance avaient la possibilité de conclure un accord collectif de branche jusqu'au 1er janvier 2016.

85. L'article L. 912-1 a été modifié par la loi n° 2013-1203 du 23 décembre 2013. Le Comité considère dès lors que l'adoption des décrets d'application une année après l'adoption de la loi relève de la marge d'appréciation des autorités nationales et ne soulève aucune question au regard de l'article 6§2 de la Charte.

86. En raison de ce qui précède, le Comité dit qu'il n'y a pas violation de l'article 6§2 de la Charte sur ce motif.

Sur la réglementation de la mise en concurrence et d'un conflit d'intérêt

87. FO allègue que la procédure de mise en concurrence préalable, instaurée par la loi du 23 décembre 2013 et son décret d'application du 8 janvier 2015, porte atteinte à la liberté de négociation collective dans la mesure où elle revêt un caractère formaliste et complexe pour n'aboutir qu'à une simple recommandation d'un organisme de prévoyance.

88. FO soutient également que les règles en matière de conflits d'intérêt prévues par le décret d'application du 8 janvier 2015 portent atteinte à la liberté syndicale et violent donc les articles 5 et 6§2 de la Charte.

89. Le Comité note dans le mémoire du Gouvernement qu'en ce qui concerne les règles en matière de conflits d'intérêt en vue de prévenir toute suspicion de favoritisme dans le choix des organismes de prévoyance recommandés, le décret d'application du 8 janvier 2015 s'applique aussi bien aux organisations syndicales de salariés qu'aux organisations professionnelles d'employeurs et aux organismes d'assurance relevant du code des assurances, du code de la mutualité et du code de la sécurité sociale. Les organismes candidats ont pour seule obligation de mentionner dans leur dossier l'existence de relations ou d'accords commerciaux et/ou financiers avec les organisations syndicales et patronales de la branche professionnelle. En vertu de l'article D. 912-10 du code de la sécurité sociale, l'allégation d'une situation de conflit d'intérêts entraîne seulement le remplacement du membre concerné de la commission paritaire et non l'éviction de l'organisme assureur candidat. Pour le Comité, les griefs fondés sur les règles de concurrence ne font apparaître aucune violation des articles 5 et 6§2.

90. Par conséquent, le Comité dit qu'il n'y a pas violation des articles 5 et 6§2 de la Charte sur ces motifs.

CONCLUSION

Pour ces motifs, le Comité conclut :

- à l'unanimité, qu'il y a violation de l'article 6§2 sur la question de l'interdiction des clauses de désignation ;
- à l'unanimité qu'il n'y a pas violation de l'article 6§2 sur la question du nombre d'accords collectifs en matière de prévoyance ;
- à l'unanimité qu'il n'y a pas violation de l'article 6§2 sur la question des décrets d'application de la loi du 23 décembre 2013 ;
- à l'unanimité qu'il n'y a pas violation des articles 5 et 6§2 sur la question des règles de la concurrence.



Krassimira SREDKOVA
Rapporteur



Giuseppe PALMISANO
Président



Jan MALINOWSKI
Secrétaire exécutif

ANNEXE

Décision sur la recevabilité

DECISION SUR LA RECEVABILITE

9 septembre 2015

Confédération Générale du Travail Force Ouvrière (CGT-FO) c. France

Réclamation n° 118/2015

Le Comité européen des Droits sociaux, comité d'experts indépendants institué en vertu de l'article 25 de la Charte sociale européenne (« le Comité »), au cours de sa 280^e session où siégeaient :

Giuseppe PALMISANO, Président
Petros STANGOS, Vice-Président
Lauri LEPPIK, Rapporteur Général
Birgitta NYSTRÖM
Elena MACHULSKAYA
Karin LUKAS
Eliane CHEMLA
Jozsef HAJDU
Marcin WUJCZYK
Krassimira SREDKOVA
Raul CANOSA USERA
Marit FROGNER
François VANDAMME

Assisté de Régis BRILLAT, Secrétaire exécutif,

Vu la réclamation datée du 28 avril 2015, enregistrée le 29 avril 2015 sous la référence 118/2015, présentée par la Confédération Générale du Travail Force Ouvrière (CGT-FO) (« la CGT-FO ») et signée par son Secrétaire Général, Jean-Claude Mailly, tendant à ce que le Comité déclare que la situation de la France n'est pas conforme à l'article 6§2 de la Charte sociale européenne révisée (« la Charte»);

Vu les documents annexés à la réclamation ;

Vu la lettre du Gouvernement français (« le Gouvernement ») enregistrée le 6 juillet 2015 ;

Vu la Charte, et notamment son article 6§2 ainsi libellé:

Article 6 – Droit de négociation collective

Partie I : «Tous les travailleurs et employeurs ont le droit de négocier collectivement ».

Partie II : « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit de négociation collective, les Parties s'engagent:

(...)

2 à promouvoir, lorsque cela est nécessaire et utile, l'institution de procédures de négociation volontaire entre les employeurs ou les organisations d'employeurs, d'une part, et les organisations de travailleurs, d'autre part, en vue de régler les conditions d'emploi par des conventions collectives;

(...) »

Vu le Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives (« le Protocole ») ;

Vu le Règlement du Comité adopté le 29 mars 2004 lors de sa 201^e session et dernièrement révisé le 9 septembre 2014 lors de sa 273^e session, (« le Règlement ») ;

Après avoir délibéré le 9 septembre 2015 ;

Rend la décision suivante, adoptée à cette date :

1. La CGT-FO se réfère en particulier à l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale tel que modifié par la loi n° 2013-1203 du 23 décembre 2013 de financement de la sécurité sociale pour 2014 et au décret n° 2015-13 du 8 janvier 2015 relatif à la procédure de mise en concurrence des organismes dans le cadre de la recommandation prévue par l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale. Elle allègue que les conditions posées par ladite législation ne sont pas conformes à l'article 6§2 de la Charte. Plus précisément, ses griefs concernent les modalités de choix d'un organisme assureur porteur des engagements conventionnels des employeurs envers leurs salariés en matière de protection sociale complémentaire régi par le livre IX du Code français du travail.

2. Dans sa lettre enregistrée le 6 juillet 2015, le Gouvernement indique ne pas souhaiter formuler d'observations quant à la recevabilité de la réclamation.

EN DROIT

3. Le Comité observe que, conformément à l'article 4 du Protocole, texte que la France a ratifié le 7 mai 1999 et qui a pris effet pour cet Etat le 1^{er} juillet 1999, la réclamation a été déposée sous forme écrite et concerne l'article 6 de la Charte, disposition acceptée par la France lors de la ratification de ce traité le 7 mai 1999 et à laquelle elle est liée depuis l'entrée en vigueur de ce traité en ce qui la concerne le 1^{er} juillet 1999.

4. En outre, la réclamation est motivée.

5. Exerçant ses activités en France, la CGT-FO est une organisation syndicale qui relève de la juridiction de cet Etat conformément à l'article 1 c) du Protocole.

6. En ce qui concerne la représentativité, le Comité constate que la CGT-FO est considérée selon le droit français comme représentative au niveau national. Le Comité rappelle cependant qu'aux fins de la procédure de réclamations collectives, la représentativité est une notion autonome qui n'est pas nécessairement identique à la notion nationale de représentativité (Confédération Française de l'Encadrement (CFE-CGC) c. France, réclamation n° 9/2000, décision sur la recevabilité, §6). Après avoir procédé à une appréciation globale des pièces du dossier, le Comité considère que la CGT-FO est un syndicat représentatif au sens de l'article 1§c du Protocole.

7. La réclamation présentée au nom de la CGT-FO est signée par Jean-Claude Mailly, Secrétaire Général de la CGT-FO, habilité à représenter le syndicat aux fins de la présente réclamation, tel qu'approuvé par la décision du Bureau Confédéral du 20 avril 2015 en application de l'article 8 des statuts confédéraux. Le Comité considère, par conséquent, que la réclamation satisfait à l'article 23 de son Règlement.

8. Par ces motifs, le Comité, sur la base du rapport présenté par Krassimira SREDKOVA, et sans préjuger de sa décision sur le bien-fondé de la réclamation,

DECLARE LA RECLAMATION RECEVABLE

En application de l'article 7§1 du Protocole, charge le Secrétaire exécutif d'informer de la présente décision l'organisation auteur de la réclamation et l'Etat défendeur, de la communiquer aux Parties au Protocole et aux Etats ayant fait une déclaration au titre de l'article D du paragraphe 2 de la Charte révisée, et de la publier sur le site Internet du Conseil de l'Europe ;

Invite le Gouvernement à lui soumettre par écrit avant le 17 novembre 2015 un mémoire sur le bien-fondé de la réclamation ;

Invite la CGT-FO à lui soumettre dans un délai qu'il fixera une réplique au mémoire du Gouvernement ;

Invite les Parties au Protocole et les Etats ayant fait une déclaration au titre de l'article D du paragraphe 2 de la Charte à lui transmettre avant le 17 novembre 2015 les observations qu'ils souhaiteraient présenter ;

En application de l'article 7§2 du Protocole, invite les organisations internationales d'employeurs ou de travailleurs visées à l'article 27§2 de la Charte de 1961 à formuler des observations avant le 17 novembre 2015.



Krassimira SREDKOVA
Rapporteur



Giuseppe PALMISANO
Président



Régis BRILLAT
Secrétaire exécutif