

CHRONIQUE DE DROIT SOCIAL INTERNATIONAL ET EUROPÉEN

Sous la responsabilité de Alexandre Charbonneau, Konstantina Chatzilaou,
Valérie Lacoste-Mary, Emmanuelle Lafuma, Jérôme Porta

PLAN

Reconnaissance du droit à congé comme droit fondamental de l'UE : la fin du feuilleton du droit à congés payés ? par Valérie Lacoste-Mary	258
Les clauses de désignation au crible du Comité européen des droits sociaux par Konstantina Chatzilaou	217

Reconnaissance du droit à congé comme droit fondamental de l'UE : la fin du feuilleton du droit à congés payés ?

par Valérie LACOSTE-MARY, Université de Bordeaux, COMPTRASEC UMR 5114

CONGÉS PAYÉS – Indemnisation du congé non pris en cas de cessation de la relation de travail lorsque le travailleur n'a pas demandé à bénéficier de son congé – Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, art. 7 – Obligation d'interprétation conforme du droit national.

CJUE 6 novembre 2018

Sebastian Kreuziger contre Land de Berlin, aff. C-619/16

Par ces motifs, la Cour (grande chambre) dit pour droit :

L'article 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale telle que celle en cause au principal, dans la mesure où celle-ci implique que, à défaut pour le travailleur d'avoir demandé à pouvoir exercer son droit au congé annuel payé avant la date de la cessation de la relation de travail, l'intéressé perd, automatiquement et sans vérification préalable du point de savoir si celui-ci a été effectivement mis en mesure par l'employeur, notamment par une information adéquate de la part de ce dernier, d'exercer son droit au congé avant ladite cessation, les jours de congé annuel payé auxquels il avait droit en vertu du droit de l'Union lors de cette cessation, ainsi que, corrélativement, son droit à une indemnité financière au titre de ces congés annuels payés non pris.

CONGÉS PAYÉS Indemnisation du congé payé non pris en cas de décès du travailleur – Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, art. 7 – Obligation d'interprétation conforme du droit national – Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 31§2 – Invocabilité dans le cadre d'un litige entre particuliers.

CJUE, 6 novembre 2018

StadtWuppertal contre Maria Elisabeth Bauer aff. C-569/16

CJUE 6 novembre 2018

Volker Willmeroth als inhaber der TWI Technische Wartung und
Instandsetzung Volker Willmeroth e. M. Kreuziger contre Martina Broßonn aff. C-570/16.

Par ces motifs, la Cour (grande chambre) dit pour droit :

1) L'article 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, ainsi que l'article 31, paragraphe 2, de la

charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, en application de laquelle, lorsque la relation de travail prend fin en raison du décès du travailleur, le droit à des congés annuels payés acquis en vertu desdites dispositions et non pris par ce travailleur avant son décès s'éteint sans pouvoir donner naissance à un droit à une indemnité financière au titre desdits congés qui soit transmissible aux ayants droit dudit travailleur par la voie successorale.

2) En cas d'impossibilité d'interpréter une réglementation nationale telle que celle en cause au principal de manière à en assurer la conformité avec l'article 7 de la directive 2003/88 et l'article 31, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux, la juridiction nationale, saisie d'un litige opposant l'ayant droit d'un travailleur décédé et l'ancien employeur de ce travailleur, doit laisser ladite réglementation nationale inappliquée et veiller à ce que ledit ayant droit se voie octroyer, à charge de cet employeur, le bénéfice d'une indemnité financière au titre des congés annuels payés acquis en vertu desdites dispositions et non pris par ledit travailleur avant son décès. Cette obligation s'impose à la juridiction nationale en vertu de l'article 7 de la directive 2003/88 et de l'article 31, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux lorsque le litige oppose un tel ayant droit à un employeur ayant la qualité d'autorité publique, et en vertu de la seconde de ces dispositions lorsque le litige oppose l'ayant droit à un employeur ayant la qualité de particulier.

Une séquence jurisprudentielle majeure s'est ouverte le 6 novembre 2018 sur le droit à congé. Trois affaires, rendues le même jour, passaient une nouvelle fois au crible du droit de l'Union la compatibilité de la réglementation d'un État membre relative à l'indemnisation du congé payé non pris. Au-delà de la résolution des questions préjudicielles, c'est la portée du droit à congé qui mérite une très grande attention. La Cour, en effet, par un raisonnement audacieux, élève le droit à congé au rang de droit fondamental de l'UE en se fondant sur l'article 31 § 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (1).

Les trois affaires se rapportent à une disposition du droit allemand soumise au prisme de l'article 7 § 2 de la directive 2003/88 (2) et à l'article 31 § 2 de la Charte des droits fondamentaux. La première espèce (3) concerne un litige qui opposait Sebastian W. Kreuziger et le Land de Berlin. M. Kreuziger était entré le 13 mai 2008 comme stagiaire en droit public, hors statut de fonctionnaire, dans cette administration. Sa formation a pris fin à la suite de sa réussite à un concours en 2010. Or, du 1^{er} janvier au 28 mai 2010, M. Kreuziger n'avait pas pris de congés payés annuels et réclamait l'indemnisation correspondante lors de son départ. La demande avait été rejetée pour plusieurs motifs, à savoir, d'abord, que l'article 9 de la Verordnung über den Erholungsurlaub der Beaten

und Richter (l'EUrIVO) ne prévoyait pas un tel droit à indemnité, ensuite que la directive 2003/88 ne s'appliquait qu'aux travailleurs, enfin que l'absence de prise de congé n'était pas imputable au Land, mais à l'intéressé.

M. Kreuziger saisit alors les tribunaux allemands. Rejetée en première instance, sa demande est portée devant la juridiction de renvoi. Cette dernière, tout en lui reconnaissant la qualité de travailleur, s'interroge sur la possibilité d'indemniser un congé non pris alors que le travailleur n'a pas demandé à en bénéficier. La Cour de renvoi se tourne vers la CJUE pour savoir si est conforme à l'article 7 § 2 de la directive 2003/88 (4) l'interdiction d'obtenir une indemnité financière au titre de congés payés annuels non pris lorsque le travailleur n'a pas demandé à bénéficier de son congé, d'une part, et, d'autre part, si le droit à indemnisation présuppose que le travailleur n'a pu, pour des raisons indépendantes de sa volonté, exercer son droit à congé annuel.

Sur un terrain très différent, le même jour, dans deux espèces jointes, la CJUE (5) a rappelé les conditions d'indemnisation du congé non pris en cas de décès du travailleur. Si la question n'est pas nouvelle, voire tranchée (6), elle a eu le mérite d'être revisitée à l'aune de l'article 31 § 2 de la Charte des droits fondamentaux.

(1) Charte des droits fondamentaux, art. 31 : « Conditions de travail justes et équitables. 1— Tout travailleur a droit à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et sa dignité. 2 — Tout travailleur a droit à une limitation de la durée maximale du travail et à des périodes de repos journalier et hebdomadaire, ainsi qu'à une période annuelle de congés payés. » Sur la valeur juridique de la Charte, v. Joël Cavallini, « L'invocabilité des principes de la Charte des droits fondamentaux », JCP 2014. 1232.

(2) Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, OJ L 299, 18 novembre 2003, pp. 9–19. Art. 7 § 2 : « La période minimale de congé annuel payé ne peut être remplacée par une indemnité financière, sauf en cas de fin de relation de travail ».

(3) CJUE 6 novembre 2018, Sebastian Kreuziger c/Land de Berlin, aff. C-619/16.

(4) Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, OJ L 299, 18 novembre 2003, pp. 9–19.

(5) CJUE 6 novembre 2018, Aff. C-569/16, Stadt Wuppertal c/Maria Elisabeth Bauer et Aff. C-570/16, Volker Willmeroth c/Martina Broßonn.

(6) CJUE, 12 juin 2014, Aff. C118/12, Bollacke. Cette affaire est citée à plusieurs reprises par la Cour. Philippe Coursier, « De la protection européenne du droit à congé », JCP S, 2018. 1388.

Dans les deux espèces, deux veuves réclamaient l'indemnisation du congé non pris de leur conjoint décédé ; l'un, M. Bauer, travaillant pour une administration (C-569/16), l'autre, M. Broßonn, pour une entreprise privée (C-570/16). Or, au regard du droit allemand, l'indemnisation du congé annuel non pris ne peut tomber dans la masse successorale. S'appuyant sur ce texte, l'employeur public et l'employeur privé avaient refusé de verser l'indemnité compensatrice de congé payé. La Cour fédérale du travail allemande a joint les questions préjudicielles.

Pour les deux affaires, la Cour allemande demande si l'article 7§2 de la directive de 2003 ou l'article 31 § 2 de la Charte accordent à l'héritier d'un travailleur décédé le bénéfice d'une compensation financière pour le congé annuel minimal non pris, ce qui est exclu au regard du droit allemand.

Les réponses apportées à ces trois affaires, au-delà du régime de l'indemnisation du congé payé non pris, sont d'une importance capitale, d'une part, sur les limites de l'interprétation conforme d'une directive et, d'autre part, sur l'invocabilité de l'article 31 § 2 de la Charte dans un conflit entre particuliers.

I. L'indemnisation du droit à congé comme corollaire du droit à congé

La perte du droit à congé et de l'indemnisation y afférente est-elle automatique quand le travailleur décide de ne pas prendre son congé ? La Cour répond négativement dans l'affaire *Kreuziger*, tout en posant des garde-fous.

En premier lieu, la Cour prend soin d'indiquer que le travailleur, partie faible à la relation de travail, peut être empêché de faire valoir ses droits (pt 48). Aussi, afin que l'employeur ne puisse s'exonérer du respect de ses obligations (pt 49), il lui appartient de « *veiller à l'exercice effectif du droit à congé annuel* », car le principe reste que les congés doivent être pris. La Cour donne, par la suite, une marche à suivre qui implique que le travailleur soit informé, « *de manière précise et en temps utile* », de son droit à congé et de sa perte éventuelle, et de l'engager, « *au besoin formellement* », à en bénéficier. Elle termine son raisonnement en estimant que la charge de la preuve incombe ici à l'employeur.

A contrario, le travailleur qui s'abstient d'utiliser ses congés, alors qu'il a été incité à le faire et averti de leur perte éventuelle, ne pourrait réclamer l'indemnisation pour congé non pris (pt 55). Sous ces conditions seulement, les législations nationales seront conformes au droit de l'UE, singulièrement à l'article 7 § 2 de la directive 2003/88.

En second lieu, la CJUE indique que les États peuvent organiser la prise de congé, notamment par l'instauration d'une période de référence et par la limitation de la période de report (7). Donc la perte de congé serait possible, mais à la condition que l'exercice, dans le cadre précité, ait été indiqué au travailleur.

Bien qu'elle ne soit pas inédite (8), la solution de cet arrêt est loin d'être insignifiante. Outre le fait qu'il renforce une jurisprudence établie, l'arrêt affirme la patrimonialité de l'indemnisation des congés payés non pris comme corollaire nécessaire au droit à congé. Par conséquent, il restait à définir les modalités de dévolution aux héritiers des travailleurs décédés.

Jointes, les deux affaires relatives aux travailleurs décédés se plaçaient sur le terrain de la transmission aux héritiers de l'indemnisation du congé non pris, car le droit allemand interdit que l'indemnité de congés payés tombe dans la masse successorale.

Les juges allemands demandent alors à la Cour de dire si cette règle est contraire à la directive de 2003. Ils développent, à cet égard, une argumentation qui tient compte de l'interprétation de la CJUE : si le droit à congé doit se lire en tenant compte de la finalité de repos et de loisirs, de toute évidence ni l'une ni l'autre de ces finalités ne peuvent être atteintes en cas de décès du travailleur. Par conséquent, l'indemnisation du droit à congé devrait disparaître avec le travailleur qui n'a pu en profiter. Ce raisonnement proposé à la Cour permettrait de rendre la législation allemande compatible avec le droit de l'Union.

La Cour de justice réfute cette analyse. Elle affirme que l'indemnisation est le corollaire du droit à congé, et, par conséquent, la privation de l'indemnisation du droit à congé serait une négation de ce droit. Le caractère patrimonial de l'indemnisation permet son inscription dans la masse successorale. Malgré cette affirmation, il restait à résoudre l'incompatibilité intrinsèque du droit allemand avec le droit de l'UE.

(7) Pour une application de cette jurisprudence aux fonctionnaires français : CE, 26 avril 2017, n° 406.009, Rec.; CJUE, 24 janvier 2012, C-282/10, D. 2012. 369 ; M. Véricel, « Le droit à congés payés du salarié malade face à la Cour de justice européenne et à la Cour de cassation », RDT 2012. 371 ; Chahira Boutayeb et Emmanuelle Célestine, « Les difficultés de la mise en œuvre, en droit français, du droit à congé payé garanti par l'Union européenne », RDT 2012, 578 ; S. Robin-Olivier, « L'encadrement du temps de travail ne passe pas (encore) par le recours aux droits fondamentaux », RDT europ. 2012. 490, obs.

(8) Ce raisonnement existait déjà dans l'arrêt *Dominguez*, pour lequel une partie de la doctrine avait regretté la frilosité de la Cour : Robin-Olivier, op. cit. n. 2. Voir aussi : CJUE, 27 novembre 2017 ; CJUE, 29 novembre 2017, aff. C-214/16, *Conley King c/The Sash Window Workshop Ltd*, JCP, 2018. 1037, n. Joël Cavallini. CJUE, 12 juin 2014, aff. C-118/13, *Bollacke* : M. Véricel, « Congés annuels payés : droit à report en cas d'accident du travail ou de maladie et rémunération au titre des congés », RDT 2014. 696 ; L. Driguez, « Congés payés et décès du travailleur », Rev. Europe, 2014, 1.

II. L'invocabilité de l'article 31 § 2 de la Charte

La reconnaissance du caractère patrimonial de l'indemnisation ne suffisait pas à la Cour pour appliquer le droit de l'Union dans les deux espèces en cause. Elle se devait de proposer une interprétation audacieuse des textes relatifs au droit à congé.

Didactiquement, la Cour trace deux voies possibles vers la reconnaissance du droit à congé. Le premier chemin est ouvert par une interprétation, somme toute classique. Ainsi, le droit national doit être lu à la lumière de la directive 2003/88 (9) et la règle demeure que, même dans le cas de l'effet direct d'une directive, l'interprétation ne peut se faire *contra legem* (10) (pts 65 à 69). Néanmoins, quand l'interprétation conforme ne s'avère pas possible, les dispositions de la directive pourront être invoquées si elles se révèlent suffisamment précises et inconditionnelles (11) (pts 70 à 71). Convoquant sa propre jurisprudence, notamment l'arrêt *Dominguez* (pt 72), la Cour de justice réaffirme les caractères d'inconditionnalité et de précision de l'article 7 § 2 de la directive (p. 72, aff. C-569/16 et C-570/16); ce faisant, cette disposition remplit « ainsi les conditions requises pour produire un effet direct ». La conséquence immédiate consiste à reconnaître que l'indemnisation financière est « conférée (e) directement par ladite directive » sans aucune autre condition. L'article 31 § 2 de la Charte, qui a même valeur juridique que les traités (pt, 51 aff. C-569/16 et C-570/16), a départi sa force à l'article 7 § 2. En effet, la Cour explique, dans les points 55 à 56, l'interpénétration de la rédaction de la Charte avec d'autres textes supra nationaux et l'influence particulière de la Charte sur la rédaction de la directive de 1993 dont est issue la directive de 2003. Cette parentalité oblige à lire l'article 7 § 2 « à la lumière de l'article 31 § 2 de la Charte ».

Cette interprétation oblige les États membres à corriger leur droit positif qui priverait le travailleur du droit fondamental au congé annuel payé ou « rétroactivement perdu, y compris dans son volet patrimonial ». Dès lors, dans l'affaire qui opposait la veuve

de M. Bauer avec la ville de Wuppertal, les juridictions nationales sont tenues de laisser inappliquée la réglementation nationale, car l'article 7 a un effet direct compris à l'aune de l'article 31 § 2, qui conduit à écarter une législation nationale contraire à l'indemnisation du congé payé perdu (pt, 63 aff. C-569/16 et C-570/16).

Cette solution est d'une importance majeure sur le droit à congé matériellement entendu, mais également sur la portée de la directive 2003/88, qui se voit conférer une grande effectivité, car l'application *contra legem* de la directive est donc autorisée.

Cette interprétation novatrice des textes de l'UE n'aurait toutefois pas suffi à régler le litige qui opposait Mme Broßon et un employeur du secteur privé (12) (pt 78). Le caractère de *principe essentiel du droit social* de l'Union ne suffit pas à conférer un effet horizontal au droit à congé. En effet, l'effet direct d'une directive ne joue qu'à l'égard de l'État ou d'une personne publique. Aussi, la directive, ne possédant pas d'effet horizontal, sauf exception, ne peut être invoquée dans un litige entre particuliers (13), car cela reviendrait, au fond, à permettre à l'Union de s'emparer de questions hors de sa compétence. Ainsi, la veuve Broßon ne pouvait revendiquer l'indemnisation du congé non pris de son époux décédé par ce biais.

C'est par un véritable coup de théâtre (14) que la Cour de justice dénoue cet imbroglio juridique et ouvre une voie royale à la reconnaissance et à l'effectivité du droit à congé. Ce dernier, envisagé dans l'article 31 § 2 de la Charte des droits fondamentaux, a « un caractère tout à la fois impératif et inconditionnel, ne demandant pas à être concrétisé par des dispositions du droit de l'Union ou de droit national... ». Il s'ensuit que l'article 31 § 2 de la Charte se suffit à lui-même « pour conférer aux travailleurs un droit invocable en tant que tel dans un litige qui les oppose à leur employeur dans une situation couverte par le droit de l'Union et relevant, par conséquent, du champ d'application de la Charte ». Le droit à congé est ainsi consacré comme droit fondamental de l'Union

(9) Denys Simon, « Directive », rép. Dr. europ., Dalloz 2018, sp n°s 98 et s.

(10) Problème qui empoisonne le droit français des congés payés.

(11) Sur les méandres et difficultés à saisir les principes d'interprétation des directives v. J.-F. Delille, « L'effet direct des directives : les juridictions irlandaises face à Enigma », <https://revue-jade.eu> du 7 décembre 2018.

(12) La Cour fait d'ailleurs à ce propos référence à sa jurisprudence *Fenoll* : CJUE, 26 mars 2015, *Fenoll*, aff. C-316/13.

(13) La Cour indique que « même claire, précise et inconditionnelle, une disposition d'une directive visant à conférer des droits ou à en imposer des obligations aux particuliers ne saurait trouver

application en tant que telle dans le cadre d'un litige qui oppose exclusivement des particuliers » (p. 77, aff. C-569/16 et C-570/16).

(14) Ce bouleversement était appelé de ses vœux par l'avocat général dans de remarquables conclusions. Conclusions de l'Avocat général, M. Yves Bot, présentées le 29 mai 2018, sp pt 57 : « Les présentes affaires offrent à la Cour l'occasion de permettre, par une jurisprudence axée sur la nécessité de garantir l'effectivité des droits sociaux fondamentaux au droit à un congé annuel payé, d'être qualifié non plus seulement de principe de droit social de l'Union revêtant une importance particulière, mais aussi et surtout de droit social fondamental à part entière. Nous invitons donc la Cour à renforcer la justiciabilité des droits sociaux fondamentaux qui disposent des qualités leur permettant d'être invoqués directement dans le cadre de litiges entre particulier ».

européenne. Ce changement de grade du droit à congé lui confère un effet direct horizontal, invocable dans les litiges entre particuliers (15).

Cette décision constitue, de toute évidence, une avancée majeure dans l'effectivité du droit à congé. On aimerait croire que l'ensemble des droits portés par la Charte connaîtront le même sort. Or, tout enthousiasme doit être modéré, car l'impérativité et l'inconditionnalité sont les deux jalons posés par la

Cour qui empêcheront de voir, au sein de la Charte, un bouquet de droits fondamentaux.

Sur un autre terrain, alors qu'elle appelait de ses vœux une réforme qui n'arrive jamais, la Cour de cassation tient peut-être un outil efficace contre les dispositions internes non conformes au droit de l'Union, notamment l'article L. 3141-5 du Code du travail (16).

Valérie Lacoste-Mary

(15) La Cour a déjà reconnu d'autres droits fondamentaux, mais il fallait que ces derniers soient portés par une directive : CJUE, 29 janvier 2010, aff. C555/07, *Kücükdeveci* ; CJUE, 15 janvier 2014, aff. C.176/12, *AMS*, Sylvaine Laulom, SSL suppl. n°1640. 9 ; E. Carpano, E. Mazuyer, « La représentation des travailleurs à l'épreuve de l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union : précisions sur l'invocabilité horizontale du droit de l'Union », RDT 2014. 132.

(16) A. Gardin, « Les congés payés du salarié malade : les clés pour une réforme législative indispensable », RJS 10/18. 696 ; Valérie Lacoste-Mary, « Quand la Cour de justice rappelle sa jurisprudence sur le droit aux congés et que le législateur français fait la source oreille », Dr. Ouvr. 2017. 200.

Les clauses de désignation au crible du Comité européen des droits sociaux

par Konstantina CHATZILAOU, Université de Cergy-Pontoise

ASSURANCES SOCIALES – Protection sociale complémentaire d'entreprise – Choix d'un organisme assureur – Clauses de désignation contenues dans les accords collectifs de branche attribuant la gestion de dispositifs de protection sociale à un ou plusieurs organismes – Interdiction instaurée par l'art. L. 912-1 du Code de la sécurité sociale – Violation de l'art. 6 § 2 de la Charte sociale européenne.

COMITÉ EUROPÉEN DES DROITS SOCIAUX (CEDS)

Décision sur le bien-fondé du 3 juillet 2018 (rendue publique le 26 novembre 2018)

Confédération Générale du Travail Force Ouvrière (réclamation n° 118/2015)

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. [...]

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'est-à-dire 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 », poursuit un ou plusieurs buts légitimes et est « 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 1^{er} 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 pour 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. À 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.

Plus de cinq ans après la décision du Conseil constitutionnel faisant primer la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle sur les principes de solidarité et de mutualisation des risques qui irriguent la protection sociale complémentaire d'entreprise (1), le Comité européen des droits sociaux du Conseil de l'Europe relance le débat. Par une décision adoptée le 3 juillet 2018 et rendue publique le 26 novembre 2018 – la décision *CGT FO c. France* – l'instance veillant au respect de la Charte sociale européenne considère que l'article L.912-1 du Code de la Sécurité sociale, modifié sous la pression du juge constitutionnel, n'est pas conforme à l'article 6 § 2 de la Charte, garantissant le droit de négociation collective (2).

Au cœur de la décision du Comité se trouvent les fameuses « clauses de désignation », contenues dans des accords collectifs de branche et attribuant la gestion de dispositifs de protection sociale complémentaire à un ou plusieurs organismes assureurs. Au confluent du droit du travail et du droit de la protection

sociale, ces clauses ont cristallisé les débats autour de la conception même de la protection sociale complémentaire, débats parfaitement résumés dans les termes suivants : les régimes de protection sociale complémentaire constituent-ils des « *« régimes de sécurité sociale » reposant sur une logique hautement solidaire, garantissant une plus forte redistribution [...] et pouvant, de plus, prendre en charge des dimensions collectives [...], compte tenu de leur ancrage dans la négociation collective de branche* » ? Ou s'agit-il, au contraire, « *de services marchands établis par la médiation des entreprises de façon à assurer un accès aux salariés qui soit moins coûteux selon la logique des contrats d'assurance de groupe* » (3) ? Si l'article L.912-1 du Code de la Sécurité sociale traduit actuellement la seconde logique, le Comité européen des droits sociaux se prononce en faveur de la première. Un rappel de l'histoire des clauses de désignation est nécessaire (I) avant d'examiner en détail la décision *CGT FO c. France* (II).

(1) Cons. Const., 13 juin 2013, DC n° 2013-672 DC. Sur cette décision, v. not. les références citées en note de bas de page n° 14.

(2) V. CEDS, décision sur le bien-fondé, 3 juillet 2018, *CGT FO c. France*, n° de réclamation 118/2015.

(3) J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto, R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, coll. « Précis », 18^{ème} éd., 2015, p. 1079.

I. L'histoire tourmentée des clauses de désignation

Développé progressivement dans la pratique, le mécanisme de la clause de désignation a fait son apparition dans le Code de la Sécurité sociale dans les années 1990, avec l'adoption de la loi du 8 août 1994 (4). Admis implicitement par l'article L.912-1, dans sa rédaction antérieure à 2013, ce mécanisme consistait essentiellement à attribuer à un ou plusieurs organismes particuliers – le plus souvent, une ou plusieurs institutions de prévoyance – le monopole de la gestion d'un dispositif de protection sociale complémentaire instauré au sein d'une branche professionnelle. Plus précisément, la clause de désignation était insérée dans un accord collectif de branche (5) créant un dispositif de protection sociale complémentaire et organisant la couverture des risques qu'il entendait mutualiser. En application de cette clause, les entreprises relevant du champ d'application de l'accord étaient tenues de s'assurer auprès d'un ou plusieurs organismes expressément désignés par l'accord. Le monopole accordé aux organismes désignés était, par ailleurs, souvent renforcé par des clauses dites « de migration », en vertu desquelles les entreprises ayant déjà contracté avec un autre organisme devaient, dans un certain délai, le quitter au profit de l'organisme désigné. Bien entendu, en contrepartie de ce monopole, les organismes désignés étaient tenus de couvrir tous les salariés de la branche en question, sur la base d'un tarif unique.

Si le mécanisme de la clause de désignation était souvent accusé d'entraver la « fluidité » du marché des assurances, ainsi que la liberté des entreprises de choisir leur organisme assureur à leur gré, il présentait le mérite indéniable de permettre une mutualisation des risques au sein de la branche et de renforcer la solidarité entre les entreprises et les salariés concernés. D'ailleurs, ce mécanisme fut à maintes

reprises jugé compatible avec le droit de la concurrence, aussi bien par les juges nationaux (6) qu'euro-péens. À cet égard, il importe de rappeler que, dès 1999 (7), la Cour de justice de l'Union européenne considère que des fonds de pension de retraite de type anglo-saxon – qui sont mis en place par voie de convention collective, disposent d'un droit exclusif de gérer des régimes de retraite complémentaire et sont rendus obligatoires par les pouvoirs publics – sont compatibles avec les articles 101, 102 et 106 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (8). Plus récemment encore, dans son important arrêt *AG2R Prévoyance* de 2011, la même Cour a « validé » les clauses de désignation et les clauses de migration françaises au regard des règles européennes de la concurrence (9). Cependant, comme précisé dans un arrêt ultérieur rendu en 2015, l'extension des accords collectifs de branche contenant des clauses de désignation doit être effectuée dans le respect de l'obligation de transparence, consacrée à l'article 56 du TFUE (10).

L'équilibre ainsi instauré fut sérieusement perturbé en 2013. Le premier pas vers l'abrogation des clauses de désignation fut franchi le 11 janvier 2013, avec la signature de l'accord national interprofessionnel pour la compétitivité des entreprises et la sécurisation de l'emploi. En effet, tout en prévoyant l'ouverture de négociations en vue d'étendre à tous les salariés le bénéfice d'une couverture complémentaire santé, cet accord indiquait expressément que « *les partenaires sociaux de la branche laisser[ai]ent aux entreprises la liberté de retenir le ou les organismes assureurs de leur choix* » (11). Par conséquent, les accords collectifs de branche ne pourraient plus *désigner*, mais simplement *recommander*, des organismes assureurs, lesquels devraient, par ailleurs, être sélectionnés au terme d'une procédure d'appel d'offres (12). Le législateur ayant refusé de suivre la volonté des interlocuteurs sociaux (13), c'est le Conseil constitutionnel

(4) V. l'art. 2 de la loi n° 94-678 du 8 août 1994 relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92-49 et n° 92-96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil des communautés européennes.

(5) L'art. L. 912-1 du CSS fait référence aux « *accords professionnels ou interprofessionnels mentionnés à l'article L. 911-1* ».

(6) V. CE, 7 juillet 2000, RJS, 2001, n° 111. Dans cet arrêt, les clauses de désignation sont jugées compatibles avec les articles 7 et 8 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et à la concurrence. En ce sens, v. déjà Cass. Soc. 10 mars 1994, Bull. civ. V, n° 87.

(7) V. CJCE, 21 septembre 1999, *Albany International*, aff. C-67/96 ; *Brentjens*, aff. C-115/97 à 117/97 ; *Bokken*, aff. C-219/97 ; 12 sept. 2000, *Pavlov et al.*, aff. C-180/98 à 184/98. Pareille position fut adoptée à propos des conventions collectives concernant l'assurance maladie et imposant à l'employeur de verser la contribution lui incombant aux seuls assureurs choisis dans le cadre de ces conventions : CJCE, 21 septembre 2000, *Van der Woude*, aff. C-222/98.

(8) Il s'agit des anciens art. 81, 82 et 86 du traité sur la Communauté européenne, portant respectivement sur les ententes illicites, l'exploitation abusive d'une position dominante et l'attribution par les États aux entreprises de droits spéciaux ou exclusifs.

(9) CJUE, 3 mars 2011, *AG2R Prévoyance c. Beaudout Père et Fils SARL*, aff. C-437/09. Les enseignements de cet arrêt furent repris dans Cass. Soc. 21 novembre 2012, n°s 10-21254 à 10-21257.

(10) V. CJUE, 17 décembre 2015, *Union des syndicats de l'immobilier (Unis)/Beaudout Père et Fils SARL*, aff. C-25/14 et C-26/14.

(11) V. l'art. 1^{er} de l'ANI du 11 janvier 2013.

(12) *Ibid.*

(13) Reprenant l'ANI dans le projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi, le législateur avait en effet maintenu les clauses de désignation et ajoutées, dans l'article L.912-1, une possibilité de recours à des clauses de « recommandation ». La mise en œuvre des deux types de clauses était subordonnée à « *une mise en concurrence préalable des organismes, réalisée dans des conditions de transparence, d'impartialité et d'égalité de traitement entre les candidats* ».

qui leur donna, quelques mois plus tard, le coup de grâce. En effet, dans une décision très controversée rendue le 13 juin 2013, il a été jugé que les clauses de désignation portaient « à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi de mutualisation des risques », au motif, notamment, qu'elles imposaient aux entreprises l'obligation de conclure un contrat prédéfini avec un assureur en particulier (14). Désormais, l'article L.912-1 est alors rédigé comme suit (15) : lorsqu'un accord collectif prévoit des « garanties collectives présentant un degré élevé de solidarité », il peut organiser la couverture des risques concernés « en recommandant » un ou plusieurs organismes ou institutions, la recommandation en question devant 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 ».

La suppression des clauses de désignation et la mise en place d'un dispositif de recommandation facultatif marquent un changement profond, sinon une véritable révolution, dans la conception même de la protection sociale complémentaire d'entreprise. En effet, en donnant la priorité à la liberté contractuelle des entreprises sur d'autres principes à valeur constitutionnelle, tels que le droit à la participation des salariés (16), le juge constitutionnel – et, sous la pression de celui-ci, le législateur lui-même – promeuvent désormais une conception purement marchande de la protection sociale complémentaire et atténuent le rôle de la négociation collective, traditionnellement considérée comme un vecteur de solidarité. Plus avant, cette position – qui, rappelons-le, s'avère plus stricte que celle de la CJUE qui autorise, quant à elle, les clauses de désignation (17) – entraîne de sérieux dangers pour l'économie générale du système de protection sociale complémentaire. Parmi ces dangers, figurent notamment la hausse des cotisations pour les entreprises confrontées à de « mauvais

risques » (telles que les entreprises employant des salariés âgés ou exposés, du fait de la nature de leur travail, à des risques professionnels), la diminution de la protection accordée aux salariés exposés à de tels risques, ou encore la remise en question de l'équilibre financier des organismes assureurs recommandés au sein de la branche qui, fatalement, n'attireront que des entreprises regroupant de mauvais risques (18). C'est pour toutes ces raisons que, dans le projet de loi de financement de la Sécurité sociale pour 2017, le législateur a tenté de faire « revivre » les clauses de désignation, avant de se heurter à nouveau à l'opposition du Conseil constitutionnel, au motif, cette fois-ci, que la disposition proposée avait le caractère de « cavalier » législatif (19). Reste à savoir si la décision rendue par le Comité européen des droits sociaux en 2018 est de nature à changer la donne.

II. La défense des clauses de désignation par le Comité européen des droits sociaux

Saisi d'une réclamation collective déposée par l'organisation syndicale CGT-FO le 29 avril 2015, le Comité européen des droits sociaux a été amené à se prononcer sur une question inédite. Il s'agissait de savoir si l'article L.912-1 du Code de la Sécurité sociale – dans sa nouvelle rédaction issue de la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2014 – était conforme à l'article 6 § 2 de la Charte sociale européenne révisée, portant sur le droit de négociation collective (20). Rendue publique le 26 novembre 2018, la décision du Comité sur le bien-fondé de la réclamation est péremptoire : il estime à l'unanimité que les dispositions de l'article L.912-1 violent le droit de négociation collective tel que garanti par la Charte sociale européenne. Pour arriver à cette conclusion, il adopte un raisonnement riche d'enseignements, qui reprend, pour l'essentiel, les craintes exprimées par une partie de la doctrine quant aux conséquences de la suppression des clauses de désignation et l'instauration d'un système de recommandation facultatif.

(14) Cons. Const., 13 juin 2013, DC n° 2013-672 DC. Sur cette décision, v., parmi une abondante littérature, J. Barthélemy, « Le concept de garantie sociale confronté à l'article L.1 du Code du travail et à la décision des Sages du 13 juin 2013 », Dr. soc., 2013, p. 673 ; J.-P. Chauchard, « La prévoyance sociale complémentaire selon le Conseil constitutionnel », RDSS, 2014, p. 601 ; X. Prétot, « La protection sociale obligatoire survivra-t-elle au despotisme de la concurrence ? », RJS, 2013, n° 11/13, p. 643 ; D. Rousseau, D. Rigaud, « Généralisation de la prévoyance complémentaire, loi et Constitution », Dr. Soc., 2013, p. 680.

(15) L'article fut modifié par la loi n° 2013-1203 du 23 décembre 2013 de financement de la Sécurité sociale pour 2014.

(16) En ce sens, v. les trois premiers articles cités dans la note de bas de page n° 14.

(17) Sur ce point, v. J.-F. Akandji-Kombé, « Clauses de désignation et de migration en matière de prévoyance et de retraite, droit de

négociation collective et liberté économique », Dr. Soc., 2013, p. 880.

(18) Pour une analyse plus détaillée de tous ces dangers, v. les observations du Gouvernement déposées devant le Conseil constitutionnel sur les recours contre la loi relative à la sécurisation de l'emploi, JORF, 16 juin 2013, n° 0138, p. 9983.

(19) V. l'article 32 du projet de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2017 ainsi que Cons. Const., 22 déc. 2016, DC n° 2016-742 DC.

(20) Aux termes de cette disposition, « en vue d'assurer l'exercice effectif du droit de négociation collective, les parties s'engagent [...] 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 ».

Dans un premier temps, le Comité considère, sans aucune hésitation, que la modification de l'article L. 912-1 constitue une ingérence dans l'exercice du droit de négociation collective. Approuvant entièrement les allégations de l'organisation syndicale réclamante, il estime, en effet, que l'impossibilité de recourir aux clauses de désignation, imposée par le législateur aux interlocuteurs sociaux, enfreint l'article 6 § 2 de la Charte, dont l'objectif principal est « de promouvoir la négociation à la fois libre et volontaire, à laquelle participent des parties représentant des organisations libres et dûment informées » (21). Ceci étant dit, le Comité rappelle que, comme tous les droits sociaux reconnus par la Charte, le droit de négociation collective « n'est pas absolu et peut être limité », pourvu que les conditions posées par l'article G de la Charte soient réunies (22). Plus précisément, en vertu de cet article, toute ingérence dans l'exercice des droits garantis par la Charte doit être prescrite par la loi, poursuivre un objectif légitime et être nécessaire, dans une société démocratique, pour parvenir à cet objectif. Les deux premières conditions ne font, selon le Comité, aucun doute ; l'ingérence imposée au droit de négociation collective « est prescrite par la loi [car] prévue par l'article L. 912-1 du Code de la Sécurité sociale » et, « dans la mesure où elle vise à protéger les entreprises, poursuit un but légitime : la protection de la liberté contractuelle des entreprises » (23). Toutefois, il se montre beaucoup plus hésitant à admettre que l'ingérence en question est nécessaire, dans une société démocratique, pour atteindre le but légitime invoqué.

Dans un second temps, le Comité se livre à un contrôle de proportionnalité minutieux de l'ingérence apportée au droit de négociation collective. À titre liminaire, il ne manque pas de montrer son étonnement à l'égard de la position du Conseil constitutionnel qui, dans sa décision du 13 juin 2013, a déclaré l'inconstitutionnalité de l'article L. 912-1, « c'est-à-dire l'article sur lequel, depuis des dizaines d'années, se sont fondées les clauses de désignation et de migration » (24). Plus encore, en appréciant la portée de la décision du juge constitutionnel, le Comité ne mâche pas ses mots : il relève qu'« en fondant sa décision sur la liberté contractuelle de

l'employeur, le Conseil constitutionnel a fait prévaloir la liberté contractuelle sur la négociation collective » et souligne qu'« il n'y a pas de raison fondamentale d'accorder plus d'importance à la liberté contractuelle au détriment du droit de négociation collective » (25). Ensuite, le Comité procède à une comparaison entre le régime juridique antérieur et celui résultant du nouvel article L. 912-1 : tandis que la désignation d'un organisme assureur « était un mécanisme fondé sur le principe de solidarité », qui permettait aux entreprises d'une branche professionnelle « d'accéder à une couverture dans les mêmes conditions et aux mêmes tarifs » et garantissait, par la mutualisation des risques, « l'accès aux entreprises présentant des risques importants [...] à une couverture complémentaire de qualité », le nouveau système de recommandation laisse aux entreprises une totale liberté de choix (26). Or, si « les entreprises présentant des « mauvais risques » auront tout intérêt à recourir à l'organisme recommandé [...], les entreprises placées dans la situation inverse [...] pourront négocier la souscription d'un contrat d'assurance auprès d'un organisme non recommandé à des tarifs plus avantageux, voire une couverture améliorée », ce qui conduit « à un régime de protection sociale complémentaire à deux vitesses » (27). Plus avant, en soulignant que l'impossibilité de recourir aux clauses de désignation entraîne, de facto, la limitation des pouvoirs des interlocuteurs sociaux, le Comité relève que le Gouvernement n'a pas démontré « comment la recommandation d'un ou plusieurs organismes assureurs permet de garantir l'effectivité réelle de la négociation collective » et n'a pas examiné si « l'objectif poursuivi aurait pu être atteint par une méthode moins intrusive que l'interdiction générale de la clause de désignation » (28). Il en conclut que l'interdiction générale des clauses de désignation n'est pas proportionnée au but légitime poursuivi et que, par conséquent, l'article L. 912-1 viole le droit de négociation collective (29).

La contradiction de l'article L. 912-1 du Code de la Sécurité sociale avec l'article 6 § 2 de la Charte sociale européenne est donc officiellement constatée. En l'état, la disposition nationale est jugée non conforme au droit de négociation collective, tel que reconnu par la Charte et garanti par son organe d'interprétation.

(21) V. CEDS, *CGT FO c. France*, op. cit., par. 60, 62 et 63.

(22) *Ibid.*, par. 61.

(23) *Ibid.*, par. 64.

(24) *Ibid.*, par. 68.

(25) *Ibid.* À ce point, le Comité rappelle opportunément que les clauses de désignation comme les clauses de migration sont « validées » par l'arrêt *AG2R Prévoyance* de la CJUE, repris par la Cour de cassation dans un arrêt rendu en 2012 (v. *supra*, note de bas de page n° 9).

(26) CEDS, *CGT FO c. France*, op. cit., par. 72.

(27) *Ibid.*, par. 73.

(28) *Ibid.*, par. 74 et 75.

(29) *Ibid.*, par. 76 et 77.

Reste cependant à savoir quelle influence la décision *CGT FO c. France* pourrait exercer sur le droit national. À cet égard, chacun sait que les décisions du Comité européen des droits sociaux souffrent d'un manque d'effectivité persistant, en raison, notamment, de l'absence de mécanismes de sanction permettant d'en assurer le respect par les États parties à la Charte. Il serait alors vain d'espérer une quelconque évolution législative, du simple fait de la « condamnation » de la France dans la décision commentée. Néanmoins, la voie vers une telle évolution pourrait tout à fait être ouverte par le juge national, judiciaire ou administratif. En effet, bien que les références jurisprudentielles à la Charte sociale européenne et, *a fortiori*, aux décisions du Comité européen des droits sociaux ne soient pas légion, rien n'empêche d'imaginer une décision nationale déclarant l'inconventionnalité de l'article L.912-1 du Code de la Sécurité sociale au regard de la Charte (30). Plus encore, si un

retour pur et simple au régime juridique antérieur semble, pour l'heure, fort improbable, l'éventualité d'un retour « partiel » des clauses de désignation n'est pas à exclure. Un regard attentif sur la décision *CGT FO c. France* révèle, en effet, que ce n'est pas tant l'interdiction des clauses de désignation qui est jugée contraire à la Charte que leur interdiction *générale*, le Comité laissant entendre qu'un retour des clauses de désignation pour « certaines branches aux besoins spécifiques, présentant de « mauvais risques » » (31) pourrait suffire pour que la législation nationale soit considérée comme conforme aux exigences de la Charte. Espérons, donc, que cette décision donnera un nouvel élan au contentieux relatif aux clauses de désignation et ouvrira la voie vers le retour d'une conception plus « solidaire » de la protection sociale complémentaire d'entreprise.

Konstantina Chatzilaou

(30) Les exemples récents abondent : citons les trois jugements des Conseils de prud'hommes de Troyes, Amiens et Lyon, constatant l'inconventionnalité de la « barémisation des indemnités

prud'homales » au regard – entre autres – de l'article 24 de la Charte sociale européenne.

(31) CEDS, *CGT FO c. France*, *op. cit.*, par. 74.



LE FOND DE L'AIR EST JAUNE

Comprendre une révolte inédite

SEUIL

Éditions du Seuil,
Sciences humaines
Janvier 2019
EAN 9782021426205
14.50 euros - 224 p.

LE FOND DE L'AIR EST JAUNE

Comprendre une révolte inédite

Les ronds-points sont une invention française, tout comme l'idée de les bloquer vêtus de gilets jaunes. En y installant leurs barrières, les manifestants les ont transformés en places publiques, permettant à des gens qui s'ignoraient jusqu'alors de fraterniser. Ils ont surtout réussi à mettre au centre du débat la question de la justice sociale — et celle, fondamentale pour toute l'humanité, du lien entre justice sociale et justice écologique.

De cette histoire en cours, il est possible de dessiner certains contours sans les figer. Fait singulier, pour le monde des idées, la mobilisation des gilets jaunes a suscité celle des sciences sociales et humaines, rarement aussi présentes et précises face à l'irruption du contemporain. On a vu, très vite, circuler des analyses issues des meilleurs travaux de l'histoire, de la sociologie, de la géographie, de la science politique, de la philosophie, de l'économie, des sciences de l'information. À la fois archives du présent et armes pour l'avenir, quinze d'entre elles sont réunies ici, accompagnées de photographies, de textes et de slogans qui documentent une révolte inédite.

Avec Etienne Balibar, Ludivine Bantigny, Louis Chauvel, Isabelle Coutant, Aurélien Delpirou, Olivier Ertzscheid, Michaël Foessel, David Graeber, Samuel Hayat, Jean-Claude Monod, Thomas Piketty, Pierre Rosanvallon, Alexis Spire, Sophie Wahnich et Michelle Zancarini-Fournel. Textes réunis et présentés par Joseph Confavreux.